



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, RELAÇÕES
INTERNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO – MESTRADO**

ELEONORA ALVES LACERDA

**O DIREITO CONSTITUCIONAL À INFORMAÇÃO COMO ELEMENTO
ASSECURATÓRIO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR NA
DISPENSA ARBITRÁRIA**

**Goiânia
2014**

ELEONORA ALVES LACERDA

**O DIREITO CONSTITUCIONAL À INFORMAÇÃO COMO ELEMENTO
ASSECURATÓRIO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR NA
DISPENSA ARBITRÁRIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás como requisito para a obtenção do título de Mestre.

Área de Concentração: Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento.

Linha de pesquisa: Relações sócio-econômicas

Orientador: Prof. Dr. Gil César Costa de Paula.

**Goiânia
2014**

Dados Internacionais de Catalogação da Publicação (CIP)
(Sistema de Bibliotecas PUC Goiás)

Lacerda, Eleonora Alves.

L131d O direito constitucional à informação como elemento
assecuratório da dignidade do trabalhador na dispensa arbitrária
[manuscrito] / Eleonora Alves Lacerda – Goiânia, 2014.
132 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de
Goiás, Programa de Pós-Graduação *Strito Senso* em Direito,
Relações Internacionais e Desenvolvimento, 2014.

“Orientador: Prof. Dr. Gil César Costa de Paula”.

Bibliografia.

1. Direito à informação. 2. Sistemas de dispensa (Direito do
trabalho). I. Título.

CDU 349.2:342.7(043)

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
MESTRADO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO

COMPLEMENTO DA ATA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO

NOME DO CANDIDATO: ELEONORA ALVES LACERDA

MATRÍCULA: 201211010010011

TÍTULO DO TRABALHO: "O DIREITO CONSTITUCIONAL À INFORMAÇÃO COMO ELEMENTO ASSECURATÓRIO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR NA DISPENSA ARBITRÁRIA"

NOME DO ORIENTADOR: Prof. Gil César Costa de Paula

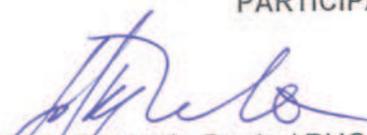
CONCEITO: (A) (A, B, C ou D)

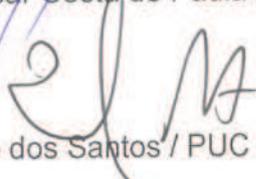
APROVADO

DISSERTAÇÃO
APROVADA COM
MODIFICAÇÕES

REPROVADO

PARTICIPANTES

ORIENTADOR  Dr. Gil Cesar Costa de Paula / PUC Goiás (Presidente)

MEMBRO  Dr. / Nivaldo dos Santos / PUC Goiás (Membro)

MEMBRO  Dr. Carlos Henrique Linares / Faculdade Cambury (Membro Convidado)

Ao meu pai, incomparável incentivador pessoal e profissional.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Doutor Gil César Costa de Paula, externo meus profundos agradecimentos pela valiosa ajuda na condução dos estudos.

À professora Eliane Romero, pelos ensinamentos e sugestões e, especialmente, por reavivar em mim a admiração pelo Direito e pelo saber.

Ao meu carinhoso esposo e aos meus amados filhos, por compreenderem as minhas tantas ausências, sacrifícios necessários numa exaustiva jornada pela busca do conhecimento.

“O sentido dado ao ato laborativo pelo capital é completamente diverso do sentido que a humanidade pode conferir a ele.”

ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2009. (p. 181)

RESUMO

A ausência de legislação complementar ao inciso I do artigo 7º da Constituição Federal gera a incerteza jurídica quanto à licitude da denúncia vazia do contrato de emprego no Brasil, o que também contribui para a pouca invocação do direito à informação como suporte ao direito do empregado de saber a razão de estar sendo dispensado. O forte impacto causado pela dispensa arbitrária na vida do trabalhador, em afronta aos princípios de proteção próprios do Direito do Trabalho, somados ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e ao princípio de direito internacional da justificação, é o que motiva a busca por uma solução para a problemática apontada. A presente dissertação tem como objetivo principal demonstrar que o trabalhador tem o direito de saber qual o motivo de ter sido dispensado sem que, para tanto, tenha cometido falta grave. Para este fim, será feita análise dos princípios relacionados ao tema, com relevância para o princípio responsabilidade, princípios da boa-fé e confiança, valor social do trabalho, função social da empresa, do contrato e da propriedade bem como das normas, doutrina e jurisprudência relativos à dispensa arbitrária e, ainda, do direito constitucional à informação, visando a demonstrar que o ordenamento jurídico pátrio, dentro de uma visão pós-positivista, fundada principalmente nos ensinamentos de Robert Alexy, chancela a obrigatoriedade de fundamentação da dispensa pelo empregador, autorizando concluir pela proteção do direito do trabalhador de saber a causa da extinção do vínculo empregatício, como forma importante de se atingir a plenitude da tutela da dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE: Dispensa arbitrária. Dispensa sem justa causa. Pós-positivismo. Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho. Direito à informação.

ABSTRACT

The absence of complementary legislation to section I of Article 7 of the Federal Constitution entails the legal uncertainty related to the legality of termination without cause of an employment contract in Brazil, which also adds to the low invoking of the Right of Information as support to the employee's right to know the cause of one's dismissal. The unique impact caused by unfair dismissal on the employee's life, without any legal consequences, is what drives the search for a solution to the problem pointed out. This dissertation aims primarily to demonstrate that the employee has the right of information about the cause for an exemption without having, therefore, committed a serious violation. Thus, an analysis of the principles related to the subject, as well as by-laws, legal theory and case law pertained to unfair dismissal and, also, to the constitutional right to information, is performed with intent to prove that the national legal system, within a post-positivist view based primarily upon the teachings of Robert Alexy, endorses the enforcement of rationale from the employer for the exemption, entitling, thus, to conclude for the protection of employee's right to information on the cause for dissolution of the employment bond as an important form of achieving the plenitude of human dignity protection.

KEYWORDS: Arbitrary exemption. Unfair dismissal. Post-positivist. International Labour Organization Convention no. 158. Right to information.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
PRINCÍPIOS INVOCADOS NO TÉRMINO DA RELAÇÃO DE EMPREGO	17
1.1 Moral, ética e princípio responsabilidade	17
1.2 Justiça.....	20
1.3. Dignidade humana	24
1.4 A boa-fé objetiva e a confiança.....	28
1.5 Valor social do trabalho	32
1.6 A função social da propriedade e da empresa.....	34
1.7 Função social do contrato.....	36
1.8 Princípio da continuidade da relação de emprego.....	39
1.9 Segurança jurídica e proibição do retrocesso social.	42
A DISPENSA ARBITRÁRIA	45
2.1. Enquadramento no ordenamento jurídico brasileiro	45
2.2. Distinção entre garantia de emprego e estabilidade.....	51
2.3. Tendência no direito estrangeiro	53
2.4 O Princípio da justificação.....	56
2.4.1 Aspectos materiais da convenção 158 da OIT.....	57
2.4.2 Aspectos formais	60
2.5 A perspectiva pós-positivista	68
2.5.1 Antecedentes – positivismo jurídico	69
2.5.2 O pós-positivismo.....	72
2.6 A dispensa coletiva	79
O DIREITO À INFORMAÇÃO	84
3.1. A informação e as transformações sociais	85
3.2 O direito à informação – dimensões.....	88
3.2.1 O direito de se informar.....	89
3.2.2 O direito de informar.....	90
3.2.3 O dever de informar.....	92
3.3 Eficácia dos direitos fundamentais.....	94
3.4 Eficácia horizontal do direito à informação	100
3.5 Direito à informação e a dispensa arbitrária	103

3.5.1 Situações reconhecidas de obrigatoriedade de motivação da dispensa: justa causa, empregado da Administração Pública e despedida discriminatória.....	106
CONCLUSÃO.....	117
OBRAS CONSULTADAS.....	121
ANEXO I.....	124
Convenção 158 da OIT.....	124

INTRODUÇÃO

A história do capitalismo tem determinado as mais profundas transformações sociais.

Dentre elas, a questão social que se evidenciou nos séculos XVIII e XIX, mais especificamente no período pós 1ª Revolução Industrial, foi, provavelmente, uma das mais sérias causas de intervenção do Estado no ordenamento jurídico, determinada pela constatação de que o crescimento econômico que se verificava não se fazia acompanhar pelo esperado aumento na condição social de grande parte da população.

Pelo contrário, cada vez mais se delineavam dois grandes grupos heterogêneos: os detentores do capital e a massa operária, cuja distância entre eles somente tendia a aumentar.

Muito embora já houvesse, à época, o reconhecimento político dos direitos dos cidadãos, em decorrência dos acalorados debates sobre direitos humanos, o fato é que a ordem econômica desmentia, na prática, tais direitos, negando à grande massa de trabalhadores as condições necessárias para uma vida digna.

O pensamento liberal foi, e continua sendo, o embasamento principal do discurso que protege a propriedade em detrimento dos trabalhadores, dificultando a efetivação de direitos fundamentais da classe operária, quando em conflito com os interesses dos detentores dos meios de produção.

Dentre esses direitos em conflito (no binômio direito de propriedade *versus* direitos trabalhistas), a restrição ao direito do empregador de excluir da sua empresa o trabalhador que não mais lhe interessa é dos mais polêmicos.

Se, por um lado, o direito de liberdade de propriedade assegura ao dono do empreendimento o direito de desprosseguir qualquer contrato de trabalho, sem que, para tanto, seja obrigado a justificar a dispensa, por outro lado se encontra o trabalhador, protegido pelo direito ao trabalho enquanto componente de sua dignidade, de ao menos ter conhecimento da causa que levou ao término da relação contratual.

O conflito é tão evidente que é o exemplo empregado em uma das mais aclamadas obras da atualidade relativas ao confronto entre direitos fundamentais. Em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, leciona Robert Alexy (2011, p. 509):

A colisão entre direitos fundamentais sociais e direitos de liberdade é

especialmente clara no caso do direito ao trabalho. Em uma economia de mercado, o Estado tem controle apenas limitado sobre o objeto desse direito. Se ele quisesse satisfazer diretamente um direito de cada desempregado a um posto de trabalho, ele teria que ou empregar todos os desempregados nos serviços públicos existentes, ou restringir ou eliminar o poder econômico privado de dispor sobre postos de trabalho. A primeira solução, pelo menos como solução geral, está fora de questão, pois conduziria, nas condições existentes, simplesmente a um desemprego disfarçado pelo serviço público. A segunda conduziria ou a uma extensa restrição da competência decisória da economia privada, ou a uma eliminação dessa forma de economia. Mas isso significaria, entre outras coisas, intervenções nos direitos fundamentais daqueles que dispõem da propriedade produtiva.

Prossegue o autor, sobre o mesmo assunto:

Colisões entre direitos fundamentais sociais de uns com direitos de liberdade de outros não surgem somente quando o Estado controla apenas indiretamente uma pequena parcela do objeto do direito em uma economia de mercado, como é o caso do direito ao trabalho. Todos os direitos fundamentais sociais são extremamente custosos. Para a realização dos direitos fundamentais sociais o Estado pode apenas distribuir aquilo que recebe de outros, por exemplo na forma de impostos e taxas. Mas isso significa que os frequentemente suscitados limites da capacidade de realização do Estado não decorrem apenas dos bens distribuíveis existentes, mas sobretudo daquilo que o Estado, para fins distributivos, pode tomar dos proprietários desses bens sem violar seus direitos fundamentais. (p. 510)

A aceitação de um sistema de ponderação, no qual se garanta o direito fundamental social ao trabalho, ao mesmo tempo em que assegure ao empregador margem razoável de liberdade na administração do seu negócio, nos parece ser a melhor solução.

A análise do direito estrangeiro demonstra que em países desenvolvidos e mesmo em países menos desenvolvidos economicamente do que o Brasil, como o Peru, as Filipinas e a Etiópia (dentre muitos outros) já se verifica a existência de um sistema jurídico de proteção à relação de emprego.

O formato já ultrapassado, que impunha, para o alcance do direito à estabilidade, o transcurso de longo tempo, dentre outros requisitos, vem sendo substituído por regra mais simples de ser atingida, com prazos menores para a aquisição do direito, mas compatibilizando com a possibilidade de extinção do contrato por razões que vão além da falta do empregado e se fundam em motivos técnicos, estruturais, econômicos ou financeiros¹.

Na contramão desse pensamento de valorização da continuidade da relação de trabalho e de proteção contra o término injustificado do respectivo contrato,

¹ SÜSSEKIND (2001, p. 125)

observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro autoriza, segundo a doutrina e jurisprudência dominantes, a dispensa arbitrária ou sem justa causa do trabalhador, admitindo, assim, a chamada denúncia vazia.

Em outros termos, permite-se amplamente a extinção do contrato de trabalho pelo empregador, sem que este apresente o motivo que o levou à rescisão do contrato, bastando que afirme se tratar de uma dispensa sem justa causa, a qual se compensa com o simples pagamento de indenização pecuniária equivalente ao acréscimo de 40% do valor total dos depósitos para o fundo de garantia do tempo de serviço efetivados em nome do trabalhador durante o vínculo.

Indene de dúvidas, contudo, que o término de uma relação de emprego por iniciativa do empregador se constitui, via de regra, no momento mais doloroso na vida profissional da grande maioria dos trabalhadores.

O consenso que se observa no meio jurídico brasileiro quanto à possibilidade de que essa rescisão contratual se dê sem que o empregador seja compelido a apresentar qualquer justificativa ou motivação para a dispensa do empregado, caminha, portanto, na via oposta à dos países que se esforçam para atingir ou manter um grau razoável de desenvolvimento social.

Vozes dissonantes, porém, começam a enxergar a necessidade de se partir para uma nova leitura do texto constitucional brasileiro, visando a atribuir plena eficácia aos preceitos fundamentais amparados por princípio constitucional, ainda que penda sobre eles regulamentação específica.

É o que se vislumbra, por exemplo, das decisões judiciais que começam a surgir impedindo a dispensa coletiva de trabalhadores sem a indicação de uma causa que justifique o impacto social que a ela segue.

Nesse novo contexto, que traz em si a visão pós-positivista do direito, a proibição da despedida arbitrária ou sem justa causa, inclusive a dispensa individual, prevista no artigo 7º, I, da Constituição Federal, de 1988 pode ser interpretada como regra plenamente vigente – ainda que não esteja regulamentada – em face do princípio da função social da propriedade, inserido no inciso XXIII do artigo 5º, do texto constitucional.

Por este princípio, impregnado de conteúdo ético e moral, não mais se define o direito de propriedade como algo intangível e absoluto. É necessário, antes, partir de uma visão menos individualista e mais social, na qual todos têm obrigações a serem cumpridas visando a uma sociedade mais justa e equânime.

O *princípio da justificação*, eixo norteador da Convenção de n. 158, da Organização Internacional do Trabalho que trata sobre o término da relação de trabalho pelo empregador, é um componente fundamental na humanização da dispensa.

A necessidade de informar e justificar a causa da extinção do contrato decorre da própria ética pela qual se devem pautar as partes num contrato e se irradia por outros princípios não menos importantes, como o da dignidade da pessoa humana, o da função social do contrato, da propriedade e da empresa e o da continuidade da relação de emprego.

Por essa razão, não se compreende o motivo de o direito à informação não ter sido invocado, até os dias atuais, como prerrogativa da classe trabalhadora, a exemplo do que já se encontra inclusive positivado no campo do direito do consumidor e, aos poucos, no direito ambiental.

O direito de informação, que se subdivide em direito de informar, direito de se informar e direito de ser informado, além trazer implícito o dever de informar, pode, e deve, ser aplicado no âmbito das relações laborais, especialmente no que concerne à dispensa do trabalhador, de maneira a assegurar que este tenha conhecimento das razões que levaram o empregador a extinguir seu contrato para que possa, eventualmente, contestar judicialmente a validade ou invalidade da causa.

Em razão do que se expôs acima, neste trabalho partiremos da problemática decorrente da ausência de legislação complementar ao inciso I, do artigo 7º, da Constituição Federal, cujo vácuo gera a incerteza jurídica quanto à licitude da denúncia vazia do contrato de emprego no Brasil, o que também contribui para a pouca invocação do direito à informação como suporte ao direito do empregado de saber a razão de estar sendo dispensado.

A motivação deste estudo decorre do singular impacto causado pela dispensa arbitrária na vida do trabalhador, sem qualquer consequência jurídica.

Por essa razão, a presente dissertação tem como objetivo principal demonstrar a seguinte hipótese: o trabalhador tem o direito, constitucionalmente assegurado, de saber o motivo de ter sido dispensado sem justa causa, como forma de serem prestigiados os princípios que protegem a dignidade da pessoa humana.

Para este fim, será feita, no primeiro capítulo, a análise dos princípios relacionados à relação de emprego e, de forma específica, ao término dessa relação, visando a demonstrar que o arcabouço teórico sob a ótica dos princípios

leva o jurista na direção da proteção do trabalhador contra quaisquer atitudes do empregador que desrespeitem a igualdade entre as partes contratantes e, em consequência, o estudo em referência deve criar a tendência natural de se privilegiarem as normas e princípios que amparam o direito do trabalhador de receber todas as informações relevantes sobre seu contrato de trabalho, inclusive sobre o seu término.

Estudaremos o tema proposto por um viés diverso do que propõe o positivismo e que, até os dias atuais, vem servindo de suporte argumentativo para a corrente doutrinária e jurisprudencial que admite a denúncia vazia do contrato de trabalho.

Na direção oposta ao positivismo jurídico, faremos uma análise sob o ponto de vista da ética e da moral, no que concerne à busca da justiça e, ainda, do princípio filosófico da função social da propriedade e suas derivações para os princípios da função social do contrato e função social da empresa e, ainda, dos princípios da dignidade da pessoa humana e continuidade da relação de emprego, expondo as implicações no Direito do Trabalho, especificamente na dispensa arbitrária ou sem justa causa.

No segundo capítulo serão analisadas as normas, doutrina e jurisprudência relativas à dispensa arbitrária, em enfoque importante na Convenção de n. 158 da OIT, tendo como objetivo demonstrar que não contraria o ordenamento jurídico a hipótese que se busca provar, sendo plenamente harmonizáveis as regras vigentes sobre o término da relação de emprego com o entendimento de que há a necessidade/obrigatoriedade de se informar ao trabalhador o motivo da extinção do vínculo.

Por fim, no último capítulo o direito constitucional à informação será estudado e apontado como solução jurídica para o problema delineado, visando a demonstrar que a apresentação de uma motivação para a extinção do contrato de trabalho sem justa causa é medida ética social cuja implementação no ordenamento jurídico brasileiro se impõe.

Em resumo, este trabalho visa a demonstrar que o ordenamento jurídico pátrio, dentro de uma visão pós-positivista, fundada principalmente nos ensinamentos de Alexy, chancela a obrigatoriedade de fundamentação da dispensa pelo empregador, autorizando concluir pela proteção do direito do trabalhador de saber a causa da extinção do vínculo empregatício, como forma importante de se

atingir a plenitude da tutela da dignidade humana.

CAPÍTULO I

PRINCÍPIOS INVOCADOS NO TÉRMINO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A análise dos princípios que cercam determinado tema é medida que se impõe num estudo aprofundado, por ser a melhor forma, dentro da visão pós-positivista, de se argumentar sobre a juridicidade dessa mesma tese.

Por essa razão, antes de adentrarmos especificamente nas polêmicas controversias que permeiam as discussões sobre a dispensa arbitrária e, posteriormente, sobre o direito/dever de informação, traremos a lume os princípios relacionados tanto à dispensa arbitrária quanto ao direito à informação, os quais, de uma forma ou de outra, poderão influenciar o pensamento do leitor na conclusão que se pretende apresentar.

Para o fim colimado, partiremos de uma digressão sobre a moral, a ética e o princípio responsabilidade de Boaventura Souza Santos – baseado no princípio homônimo de Hans Jonas – e o conceito de Justiça, para, depois, passarmos à análise dos princípios jurídicos propriamente ditos, com especial ênfase para os da dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho, função social da propriedade, da empresa e do contrato e continuidade da relação de emprego.

1.1 MORAL, ÉTICA E PRINCÍPIO RESPONSABILIDADE

Há diversas teorias que se propõem a diferenciar moral e ética, dentre as quais se destaca a que considera a moral como um conjunto de normas e princípios axiológicos que são seguidos, em senso comum, por uma comunidade em determinada época, ao passo que a ética seria a crítica filosófica a respeito das normas e princípios nos quais os homens deveriam basear suas ações.

Em outros termos, a ética é uma reflexão crítica racional desse senso comum, propondo-se a sugerir novos padrões, partindo da análise dos valores, normas e comportamentos que compõem a moral de uma comunidade.

Santos propõe um novo senso comum *ético*, um senso comum solidário, trazendo para a discussão o princípio responsabilidade de Jonas, segundo o qual, o fato de a natureza estar sob o poder do homem torna este último responsável pela

primeira, tal qual se dá naturalmente na relação entre pais e filhos.

De acordo com a proposta de Santos (*A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*, 2002, p.112)

O novo princípio da responsabilidade reside na Sorge, na preocupação ou cuidado que nos coloca no centro de tudo o que acontece e nos torna responsáveis pelo outro, seja ele um ser humano, um grupo social, a natureza, etc.; esse outro inscreve-se simultaneamente na nossa contemporaneidade e no futuro cuja possibilidade de existência temos de garantir no presente. A nova ética não é antropocêntrica, nem individualista, nem busca apenas a responsabilidade pelas consequências imediatas. É uma responsabilidade pelo futuro.

O princípio responsabilidade de Jonas (2006) é invocado por Santos em interpretação ampla, impondo a responsabilidade de um ser humano por outro ser humano, ou mesmo por um grupo social, na medida em que se verifique a relação de poder entre estes.

Em outras palavras, à medida que se evidencia uma relação hierárquica, de poder, entre duas pessoas, surge para aquela que está no topo deste vínculo uma obrigação para com a outra, que transcende a mera responsabilidade pelas obrigações contratuais que eventualmente tenham assumido e mesmo as obrigações legais expressamente constantes do ordenamento jurídico.

Trata-se de uma responsabilidade implícita no direito/dever de fraternidade, que determina as ações em sociedade com vista para o futuro harmônico entre as pessoas. O princípio responsabilidade, pode se dizer isso, representa o dever de generosidade, imprescindível para o alcance da justiça social.

Seguindo o mesmo raciocínio, o princípio responsabilidade pode – ou mais: deve – ser aplicado às relações de trabalho, partindo do pressuposto de que o trabalhador, como regral geral, também se encontra sob o poder do empregador, que possui o direito de ditar ordens, impor regras de conduta, inclusive de comportamento, sendo, para a grande massa, a única fonte de renda que proporciona o sustento próprio e de sua família.

Trata-se, portanto, de verdadeira submissão do ser humano ao poder de outro, uma vez que a dependência econômica, que se verifica para a maior parte dos trabalhadores hipossuficientes, o obriga a aceitar as regras impostas, não raras vezes, em detrimento de sua própria dignidade.

Um exemplo clássico da submissão do trabalhador ao poder do empregador que se expôs no parágrafo anterior é o caso do lançamento de anão, que chegou ao

Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas e cuja transcrição merece ser feita como ilustração do que se disse no parágrafo anterior e que demonstra claramente o poder do empregador sobre o empregado, inclusive com a anuência deste, para um trabalho que o fere das mais diversas formas.

O fato, que se passou na França, consistia no lançamento de um anão de um lado para outro, dentro de um estabelecimento de entretenimento e foi, ao final, interpretado como atentatório à dignidade do ser humano, muito embora o próprio anão tenha se manifestado oficialmente defendendo a continuidade da atividade, invocando em sua defesa a necessidade que tinha daquele trabalho para a própria subsistência.

O Comitê de Direitos Humanos da ONU confirmou, em setembro de 2002, a decisão originária, mantendo a proibição do espetáculo posto que o ato violava a dignidade da pessoa humana, da qual não se pode dispor.

O exemplo real acima descrito é a evidência do quão extenso é o poder do empregador sobre o empregado e, por consequência, também a responsabilidade daquele sobre este.

A responsabilidade do empregador pela dignidade da pessoa do trabalhador, contudo, está longe ainda de ser reconhecida juridicamente como algo concreto, a não ser em situações muito específicas de ofensa à integridade ou à saúde do empregado.

Em matéria de responsabilidade social da empresa pela melhoria das condições de vida de seus empregados muito pouco se avançou no direito brasileiro.

Interessante fazer, neste ponto, um breve comentário sobre algo de difícil compreensão no ordenamento jurídico brasileiro, pela contradição que representa: quando se trata de responsabilidade *ambiental*, o direito interno se constitui em um dos mais progressistas, defendendo o meio ambiente de forma bastante objetiva, preventiva e repressiva contra os atos da empresa, ainda que não tenha, esta, agido com dolo ou culpa.

Nesse sentido é a Lei de Proteção ao Meio Ambiente, que traz previsão expressa de responsabilidade objetiva na reparação de dano causado por poluição ambiental, a qual foi, inclusive, confirmada pela Carta Magna, ao dispor, em seu artigo 225, § 3º, que: *“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”*

É de difícil compreensão a razão de já se ter avançado tanto no campo da responsabilidade ambiental e ainda estejamos em notório atraso no âmbito da proteção do trabalho e do trabalhador.

Uma boa explicação para esse fenômeno, com a qual somos forçados a concordar, é trazida por Sebastião Geraldo de Oliveira (*Proteção jurídica à saúde do trabalhador*, 2010, p. 119):

É provável que a explicação para essa diversidade de tratamento resida no fato de que o direito ambiental trabalha com o risco de exclusão do futuro de todos, enquanto o direito à saúde ocupacional só atinge a categoria dos trabalhadores. Por outro lado, o inconformismo do vizinho, do cidadão ou de qualquer do povo, que luta para preservar boas condições ambientais, é de mais fácil manifestação, se comparado com o do empregado que luta para manter sua fonte de sobrevivência e qualquer reclamação pode atrair o fantasma do desemprego. Em síntese, o direito ambiental pretende a 'salvação' de todos; o direito à saúde do trabalhador só cogita dos problemas de alguns.

Trazendo a discussão para o tema que interessa a este trabalho, lembramos que a interpretação mais aceita quanto à omissão do legislador acerca do princípio constitucional de vedação à dispensa arbitrária ou sem justa causa é a que simplesmente despreza o direito em si, admitindo sua não existência (ou, pelo menos, uma existência bastante restrita) enquanto não regulamentado.

Em outras palavras, na medida em que a Constituição Federal prevê a necessidade de regulamentação do direito de garantia de emprego e essa regulamentação ainda não sobreveio, conclui-se que o direito não é assegurado e que, portanto, não existe para fins empíricos.

Essa interpretação, contudo, sucumbe a uma análise do ponto de vista ético, ferindo o princípio responsabilidade acima citado, o qual determina a obrigação do empregador de agir visando não apenas ao lucro, mas também ao bem comum.

1.2 JUSTIÇA

Mais do que ferir a ética, a moral e o princípio responsabilidade de Hans Jonas, também sob o ponto de vista teleológico é questionável a interpretação de que o direito brasileiro permite a dispensa por mera denúncia vazia do empregado pelo empregador.

Isso porque, em qualquer ordenamento jurídico a sua função primordial será estabelecer a Justiça na convivência em sociedade.

É fato que o conceito de Justiça não é claro e unânime como se aspira, sendo especialmente nebuloso quando na situação prática estão em choque direitos individuais ou coletivos diferentes.

Na questão que é objeto deste trabalho, discute-se, em seu âmago, o direito de liberdade conferido ao empregador de gerenciar seu negócio da forma que melhor lhe aprouver, assim como o seu direito de propriedade, que seria o embasamento para a prerrogativa de não manter em seu empreendimento o trabalhador que não convém ao negócio, sem que para tanto precise apresentar uma justificativa.

Na outra ponta da discussão reside o direito do trabalhador ao próprio trabalho, de nele permanecer a menos que haja, para o término da relação, uma razão plausível.

Mais do que isso, o direito ao conhecimento do motivo da rescisão contratual poderia ser invocado como derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, posto estar, o trabalho, nela inserido, servindo, assim, como mecanismo de equilíbrio entre partes desiguais.

Em resumo: deve, o empregador, expor, sempre, os motivos que o levam a extinguir um contrato de trabalho? Deverá prevalecer seu direito de liberdade e propriedade ou o direito do trabalhador de saber por qual razão está sendo descartado se sobrepõe?

Ambas as fundamentações são razoáveis e haverá, por certo, defensores nos dois lados.

Como saber, então, que partido tomar? Qual a escolha mais justa ou que, pelo menos, melhor compreenda a definição de justiça?

A se optar por uma visão utilitarista, haveríamos de defender a escolha que trouxer mais felicidade ao maior número de pessoas possível.

Já sob a ótica da *práxis* libertária parece óbvio que a resposta tenderá à proteção da propriedade.

Na meritocracia, por sua vez, a proteção se dá àquele que melhor exerceu seu papel na sociedade, o que poderia levar ao entendimento de que, uma vez construída a empresa por esforço próprio do empregador, dele é o direito de dela usufruir, sem interferências externas.

Muitos trarão o dever de solidariedade como argumento para a obrigatoriedade de motivação da dispensa.

Enfim, várias serão as posições encontradas nas respostas às perguntas feitas acima, dificultando, ou provavelmente impossibilitando, um consenso.

Um interessante exercício, contudo, pode trazer alguma luz ao questionamento sobre quais princípios seriam os mais relevantes.

John Rawls, em sua clássica obra *Uma Teoria da Justiça* (2002, p. 147), traz uma interessante proposta para entender a justiça partindo de uma situação hipotética em que todos nos encontremos em status de equidade, que o autor denomina de *véu da ignorância* sobre suas condições e características pessoais e, nessa situação, estejamos reunidos para definir quais princípios regerão as relações entre as pessoas.

Propõe Rawls que, cobertas pelo véu da ignorância, as pessoas:

... não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base das considerações gerais.

Supõe-se, então, que as partes não conhecem certos tipos de fatos particulares. Em primeiro lugar, ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade, a sua posição de classe ou seu status social; além disso, ninguém conhece a sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidades, sua inteligência e força, e assim por diante.

(...)

Na medida do possível, o único fato particular que as partes conhecem é que a sua sociedade está sujeita às circunstâncias da justiça e a qualquer consequência que possa decorrer disso.

A ousada proposta de Rawls, de levar o leitor a refletir sobre o que, de fato, se pode considerar justo, é analisada por Michael J. Sandel (*Justiça. O que é fazer a coisa certa*, 2013, p. 178):

...a maneira pela qual podemos entender a justiça é perguntando a nós mesmos com quais princípios concordaríamos em uma situação inicial de equidade.

(...)

Se não possuíssemos essas informações, poderíamos realmente fazer uma escolha a partir de uma posição original de equidade. Já que ninguém estaria em uma posição superior de barganha, os princípios escolhidos seriam justos.

Na hipótese de Rawls, o fato de desconhecermos nossa situação real nos levaria a raciocinar num mesmo caminho sobre os princípios que devem reger a vida em sociedade.

Este caminho, ainda de acordo com Rawls, levaria ao descarte da teoria utilitarista. O modelo de pensamento segundo o qual a felicidade da maioria deve se sobrepor aos anseios da minoria seria provavelmente rechaçado na medida em que

haveria o receio de que podemos fazer parte dessa minoria, já que desconhecemos a que grupo pertencemos.

Igual sorte receberia a teoria libertária – na qual se insere o direito de propriedade, vez que, embora possamos fazer parte da minoria que detém os meios de produção ou alguma riqueza acima da média, a probabilidade maior é de que seja o oposto.

Assim, o raciocínio mais provável é o de que haja uma tendência a evitar um sistema que desampare os menos favorecidos, buscando a igualdade política entre desiguais, mas que também proteja as virtudes e liberdades fundamentais do ser humano.

O equilíbrio almejado entre esses dois aspectos se encontra na equidade, e somente pode ser alcançado se os princípios que regem a sociedade forem pautados pelo senso comum de solidariedade.

A inserção dos direitos fundamentais na carta constitucional e o seu reconhecimento como princípios que vinculam e determinam o conteúdo e a própria validade do direito infraconstitucional são apontados por Alexy (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2008, p. 544) como mecanismo que viabiliza a realização da Justiça de forma mais abrangente.

Na visão do autor:

Quando o Tribunal Constitucional Federal afirma que o legislador constituinte se esforçou “em realizar a ideia de justiça na Constituição alemã”, isso diz respeito sobretudo aos princípios de direitos fundamentais. A irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, uma irradiação – requerida pelo direito positivo – da ideia de justiça a todos os ramos do Direito.

A hipótese de Rawls mencionada acima pode, perfeitamente, ser aplicada na seara laboral, na questão analisada neste trabalho: Se, cobertos pelo “véu da ignorância”, tivermos que decidir quais princípios seguir na necessidade, ou não, de motivação da dispensa, qual seria a escolha provável? Chancelaríamos a plena liberdade de ação do empregador na dispensa do empregado, reafirmando seu direito de propriedade legítima, ou defenderíamos o direito do trabalhador de saber a razão do término do seu contrato?

Eis a questão que nos propomos a responder nos próximos capítulos, partindo da análise de princípios que regem o ordenamento jurídico, como o da dignidade da pessoa humana e aqueles que visam a uma estabilidade nas relações sociais, como o da boa-fé e confiança, o direito à liberdade e a função social da

propriedade.

1.3. DIGNIDADE HUMANA

Antes de tratar especificamente sobre o princípio da dignidade humana, interessa, sobremaneira, fazer uma breve digressão sobre o surgimento dos direitos humanos e sua evolução para os direitos humanos do trabalhador, visando a melhor contextualizar a situação atual do ordenamento jurídico no que concerne ao tema epigrafado.

Até o início do século XVIII o termo “direitos humanos” era normalmente empregado em sentido diverso daquele utilizado contemporaneamente.

Não tinha a conotação de respeito ao ser humano pelo próprio ser humano, servindo mais como um diferenciador dos direitos do homem do que se considerava divino e do animal.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) são os primeiros documentos oficiais que trazem a conotação política dos direitos humanos, os quais se reconheciam pelas qualidades de naturalidade, igualdade e universalidade.

Em outras palavras, os direitos humanos se caracterizavam como inerentes ao homem tão somente pelo fato de se ter nascido ser humano (naturais), idênticos para todos (iguais) e aplicáveis em qualquer lugar (universais).

Na obra *A Invenção dos Direitos Humanos* (2009), Lynn Hunt demonstra como as transformações culturais pelas quais passavam as pessoas no citado período – com especial ênfase na individualidade crescente e no acesso a informações que se difundiam em maior escala, foram cruciais na formação de um início de consciência acerca dos direitos humanos, mais acentuadamente quanto àqueles relacionados à integridade física que se violava frequentemente pela imposição de torturas.

Nesse contexto de valorização do individualismo e de empatia com o próximo, surgiram os primeiros documentos formais de direitos humanos acima mencionados.

Ainda assim, mesmo para aqueles que participaram diretamente da redação desses documentos e de suas posteriores revisões, os direitos humanos, malgrado suas características de naturalidade e igualdade, não eram reconhecidos para todo ser humano, havendo evidente discriminação em relação a diversos grupos ou

categorias de pessoas, como os não católicos, os negros e as mulheres, os quais logo começaram a se insurgir.

Como consequência, as discussões sobre direitos humanos passaram paulatinamente, como decorrência das manifestações que se seguiram, a incluir outras categorias de pessoas até então não consideradas, como as já referidas no parágrafo anterior, além dos escravos, índios, estrangeiros e aqueles que não pagavam tributos, os quais, para muitos, deveriam ser somente cidadãos "passivos".

Contudo, nos quase dois séculos que se seguiram à queda de Napoleão, as discussões sobre a universalidade dos direitos se restringiram ao âmbito interno das nações e suas especificidades, coincidindo com a independência de diversas colônias. Por essa razão, o sentimento de nacionalismo terminou por substituir a universalidade até então propagada, acreditando-se que a nação seria a solução para a prática dos direitos individuais.

O sentimento de nacionalismo, como é notório, ultrapassou os limites da defesa de direitos e se voltou, durante todo o século XIX, para a xenofobia, em especial para o antissemitismo que determinou o holocausto no século XX, colocando-se os "puros" de raça no topo da pirâmide hierárquica e, os demais, abaixo deles, inclusive por meio de legislações de restrição à imigração e ao reconhecimento de direitos aos "não puros".

Os argumentos usados para justificar a diferença, foram amparados por explicações biológicas da diversidade dos seres humanos, servindo, a ciência, de suporte para o avanço do imperialismo e para as barbáries havidas durante as Guerras Mundiais.

As atrocidades que vieram a público após o fim da Guerra forçaram a comunidade como um todo a reincluir o tema dos direitos humanos na agenda de discussões, o que culminou na concretização da Carta das Nações Unidas em 1945 e, três anos depois, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, documentos que marcam o início de um período de batalhas políticas pela implantação dos direitos humanos no mundo.

Dentre os mecanismos para referida implantação, provavelmente o mais palpável é o reconhecimento, pelos Estados, da dignidade da pessoa humana como preceito básico a ser protegido e assegurado a todos.

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana está incluído expressamente na Constituição Federal como fundamento da república, embora seja

forçoso reconhecer que ainda não há um consenso sobre sua definição e dimensões.

A doutrina vem construindo teorias que visem a oferecer um arcabouço mínimo de condições que correspondam ao princípio em questão, merecendo destaque a proposta de Luís Roberto Barroso:

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar. Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais.

Ney Stany Morais Maranhão (*O ousado projeto neoconstitucionalista e sua plena adequação a realidade brasileira*, 2010, p. 131) ressalta uma importante característica acerca da proteção à dignidade humana, que deve atuar, sempre que possível, em caráter preventivo:

É importante registrar, ainda, que, bem ao contrário dos direitos de caráter patrimonial – cuja tutela ressarcitória muitas vezes se revela razoavelmente suficiente –, a dignidade humana há de ser tutelada primordialmente na esfera da prevenção, porquanto sua ofensa, regra geral, acarreta repercussões danosas não só com relação ao estrito círculo da pessoa ofendida. Pelo contrário, na grande maioria das vezes a pessoa que é ferida em sua dignidade representa um qualificado fator de ruptura do necessário equilíbrio solidário que socialmente se almeja existir. E essa quebra de harmonia por certo recairá como uma bomba nos alicerces de sua respectiva família, que, por sua vez, ofendida – e em se tratando da célula mater da sociedade –, faz desaguar toda essa densa carga de instabilidade diretamente no campo da sociedade como um todo, não raro dando ensejo a violências e desentendimentos no mais do convívio geral entre as pessoas.

O direito ao trabalho está, sem dúvida, impregnado desse caráter de conferir dignidade ao trabalhador, tanto por propiciar as condições mínimas de sobrevivência, quanto por se tratar de poderoso mecanismo de inclusão social, buscando igualar partes evidentemente desiguais.

Na típica relação de trabalho essa desigualdade entre os contratantes manifesta-se tanto sob o ponto de vista da hierarquia, quanto do ponto de vista social, impondo-se a atuação da vontade da sociedade para, por meio de normas, atenuar tal diferença que, ao contrário da igualdade política, é própria da natureza

humana.

Sobre o tema, interessante o pensamento de Hannah Arendt (*A Condição Humana*, 2007, p. 227):

A igualdade presente na esfera pública é, necessariamente, uma igualdade de desiguais que precisam ser igualados sob certos aspectos e por motivos específicos. Assim, o fator igualador não provém da natureza humana, mas de fora, tal como o dinheiro – para retomar o exemplo de Aristóteles – é necessário como fator externo para igualar as atividades desiguais do médico e do agricultor. A igualdade política é, portanto, o oposto da igualdade de todos perante a morte que, como destino comum aos homens, decorre da condição humana ou da igualdade perante Deus.

Merece transcrição também a proposição de Luiz Phillippe Vieira de Mello Filho (*A proteção contra a despedida arbitrária e o princípio da dignidade do ser humano*, In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* n. vol 76, n. 04/2010. São Paulo: Lex, 2010, p. 59) sobre a concepção de dignidade da pessoa humana, pelo viés trabalhista que imprime ao princípio:

...quando se erigiu a dignidade como valor fundante da Constituição Federal, axiologicamente, significa dizer-se o quê? Que os valores da sociedade brasileira, representada pela vontade dos constituintes, foram no sentido de erigir não só hierarquicamente como um princípio fundamental, mas também como valor ético fundante de toda a sociedade brasileira em um momento que o ordenamento jurídico legal deve respeitar o homem em sua finalidade essencial, que é a sua própria existência. Não basta existir sem ter. Não é possível se falar em democracia com um homem que não tem onde morar, o que comer e como trabalhar. Esse foi o diferencial. Passamos a nos preocupar com isso.

Por essa razão é inegável a concepção de que o trabalho é importante ferramenta para o alcance da dignidade da pessoa humana, já que representa a antítese da exclusão social.

O reconhecimento de direitos de trabalhadores enquanto direitos humanos se estampa na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, principal documento de formalização e internacionalização dos Direitos Humanos, que prevê no item 1, de seu artigo 23º, que *“toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”*.

Prevê, ainda, nos dois itens seguintes, o direito, a quem trabalha, de *“uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social.”*

Os direitos mencionados foram reiterados posteriormente no Pacto

Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, juntamente com outras categorias de direitos, tornando-se, assim, de observância obrigatória aos países signatários do tratado, dentre os quais se inclui o Brasil.

Outros importantes documentos internacionais também contemplam direitos humanos trabalhistas, a exemplo da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e a Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e membros de suas famílias.

No entanto, é, sem dúvida, o próprio direito ao trabalho o mais frequentemente citado nos tratados e convenções internacionais.

A disposição em tratados internacionais, cuja observância é obrigatória para os Estados a eles aderentes, confere a esses direitos a condição de direitos humanos.

Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Miguel F. Canessa Montejo (*Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral*, 2008, p.113):

Así entiendo que los derechos humanos laborales son todos aquellos derechos em matéria laboral consagrados em instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas em el mundo del trabajo.

Em outros termos, são considerados como direitos humanos pela sociedade internacional todos os direitos trabalhistas que estão consagrados em instrumentos internacionais de proteção às condições mínimas de sobrevivência do homem.

1.4 A BOA-FÉ OBJETIVA E A CONFIANÇA

Até há algum tempo, a análise jurídica da boa-fé se restringia ao estado anímico do sujeito, determinando-se se a validade de sua ação ou omissão pela intenção subjetiva que fosse por ele demonstrada.

Entretanto, exatamente por se tratar de elemento externo ao ato, a boa-fé subjetiva tem seus contornos praticamente impossíveis de serem delimitados, por estar adstrita ao pensamento do agente.

De forma diversa se dá quando a análise se volta à mensuração objetiva da boa-fé tomando-se por parâmetro a ação (ou omissão) em si e suas consequências, independente da intenção do sujeito que a pratica.

A mudança do foco na tipificação da conduta como de da boa-fé, que passou do sujeito em si para a sua ação ou omissão, levou à definição do princípio, hoje largamente reconhecido, da boa-fé objetiva.

Essa transformação do pensamento jurídico está estampada na atual Constituição Federal, cujos valores pautados na dignidade da pessoa humana, tornam necessária a análise da boa-fé não sob o ponto de vista do sujeito que age ou se omite, e sim sob a ótica dos efeitos advindos de sua ação ou omissão sobre os direitos do próximo.

João Ricardo Brandão Aguirre (*Responsabilidade e Informação*, 2011, p. 68) descreve com propriedade essa transformação no nível constitucional do ordenamento jurídico brasileiro, afirmando que:

Com o advento da Constituição de 1988 e a mudança de um paradigma centrado na proteção do patrimônio, essencialmente, para outro em que se privilegia a tutela da pessoa humana, sua existência, dignidade e o pleno desenvolvimento de sua personalidade, operou-se vultosa reforma em nosso ordenamento jurídico, por meio da inserção de uma base axiológica humanista e destacadamente solidária, pela qual as ações humanas devem pautar-se por um ideal de honradez, eticidade e probidade, como contraponto ao exagerado individualismo de antanho.

Como corolário dessa nova ordem de valores insculpida pela Constituição Federal de 1988, os efeitos sociais da conduta humana recebem a primazia do legislador, bem como do julgador, em detrimento da busca pela real intenção do sujeito ou da proteção de sua vontade interior.

Por essa razão, importa o estabelecimento de um padrão ético de conduta, capaz de servir de parâmetro e de alicerce às relações intersubjetivas, em geral, e, em especial, às relações jurídicas, a fim de se distanciar da ingloria busca acerca da real intenção da pessoa, aproximando-se, por conseguinte, do elemento ético essencial ao seu comportamento, trazendo-se para a ordem jurídica “um elemento de Direito Natural, que passa a integrar a norma de direito”.

Prossegue, o autor, mais à frente (p. 70), definindo de forma sucinta, e ao mesmo tempo abrangente, o princípio da boa-fé objetiva como o:

...dever geral de conduta ética, ressaltando-se, destarte, a correção e a lealdade daquele que praticou o ato jurídico, de modo que a ignorância de vício capaz de invalidá-lo ou até mesmo a intenção de prejudicar terceiro não afastam a necessidade de se perquirir sobre o comportamento adotado antes, durante e depois da celebração do contrato ou da prática de determinado ato.

O princípio da boa-fé objetiva está igualmente consagrado nos documentos internacionais que regulam as relações entre as pessoas, tratando-se, apenas para citar um desses documentos, de um dos mais importantes princípios do UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*).

O UNIDROIT, como também é conhecido o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, do qual o Brasil é membro, é uma organização

intergovernamental independente, com sede em Roma, que tem como propósito o estudo das necessidades e métodos para modernização, harmonização e coordenação do direito privado entre os Estados, sugerindo uma base legislativa de direito privado uniforme.

Também a CISG, Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, ou simplesmente “Convenção de Viena”. (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods), traz em seus princípios fundantes a boa-fé que deve ditar as regras de comportamento das partes.

Releva lembrar que a CISG é a lei de uniformização de regras sobre trocas mercantis que maior sucesso obteve no âmbito internacional, reunindo as matérias previstas em outros instrumentos internacionais e sendo adotada por mais de setenta países, inclusive pelo Brasil, que se tornou o 79º, Estado-Parte da Convenção de Viena de 1980, como é conhecida².

No âmbito interno brasileiro, o princípio da boa-fé objetiva rege o cumprimento das obrigações contratuais, nos termos do artigo 422 do Novo Código Civil que estabeleceu cláusula geral a ser observada que *“os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”*

A formação de um contrato baseado no princípio da boa-fé faz nascer vários outros efeitos jurídicos, e não apenas aqueles decorrentes das obrigações principais assumidas, impondo-se aos contratantes uma obrigação de conduta.

Dentre os denominados deveres de conduta a doutrina tem classificado os deveres de informação, lealdade, transparência e proteção.

A aplicação da boa-fé objetiva tem sido reconhecida na doutrina e jurisprudência reiteradas vezes, a exemplo do aresto que se transcreve abaixo:

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL - ARTS. 927, 186 e 187 DO CCB - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA - ARTS. 113, 187 e 422 DO CCB - TRATATIVAS PRÉ-CONTRATUAIS - POLICITAÇÃO - CRIAÇÃO DE EXPECTATIVA DE CONTRATAÇÃO FRUSTRADA POR ABUSO NO DIREITO DE CONTRATAR - PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA - DEVER DE INDENIZAÇÃO IMPOSITIVO: Consoante princípio da boa-fé objetiva, previsto nos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil, aplicável à generalidade das espécies contratuais, inclusive trabalhistas, as partes devem agir em conformidade com parâmetros razoáveis de boa-fé, tratando o contratante como parceiro e buscando relação de cooperação, boa-fé objetiva esta que

² A CISG foi aprovada pelo Congresso Nacional em outubro de 2012 e entrará em vigor no Brasil no dia 1º.04.2014.

deve informar todas as fases do contrato, inclusive as fases pré-contratuais. Logo, ainda que um dos pilares do direito contratual seja o princípio da liberdade de contratar, quando verificado o abuso no exercício de tal direito, possível se evidencia a responsabilização civil quando da conduta abusiva decorrer um dano a direito ou interesse da parte inocente. Demonstradas, no caso, as tratativas empregatícias na sua fase pré-contratual - policação-, bem assim transgredido o dever das partes de agir de forma correta e honesta, antes, durante e após a extinção da relação contratual - obrigação atualmente adotada expressamente como cláusula geral no art. 422 do CC -, impositivo o reconhecimento do direito ao ressarcimento pelo autor, não contratado pela empresa que nele criou uma expectativa real nesse sentido. Sentença reformada para se condenar a ré ao pagamento de indenização a título de responsabilidade pré-contratual. (TRT-PR-00506-2008-024-09-00-5-ACO-27977-2008 - 4A. TURMA, Relator: SUELI GIL EL-RAFIHI Publicado no DJPR em 08-08-2008.)

A boa-fé, portanto, é o comportamento que se espera das partes em suas ações e omissões nas mais diversas formas de relacionamento, contratual ou não.

Embora intimamente relacionadas, há que se distinguir a boa-fé da confiança, consubstanciando-se, esta, na expectativa que tem, um sujeito, de que o outro agirá de boa-fé.

Nas palavras de Roberto Senise Lisboa (*Confiança Contratual*, 2012, p. 151):

Boa-fé e confiança não se confundem, se complementam. Boa-fé não se tutela, boa-fé se espera. Boa-fé se revela na conduta pessoal. O que se tutela é a pessoa. O Direito tem por finalidade proteger pessoas. Quando se afirma a proteção da confiança, o mais apropriado é dizer “do confiante”. Por isso, repito, agora de forma mais completa: boa-fé não se tutela, boa-fé se presume e se espera. O que se tutela é a pessoa que espera a conduta de boa-fé porque nela depositou sua confiança.

A base axiológica em que se funda a Constituição Federal de 1988 faz com que as obrigações assumidas pelos sujeitos sejam avaliadas conforme os dois nortes mencionados: a boa-fé objetiva e a confiança, de forma a tutelar esta última e exigir a primeira.

À confiança, como valor, corresponde o princípio da confiança, que, além de complementar o princípio da boa-fé objetiva como exposto anteriormente, possui duas outras importantes funções apontadas pela doutrina: verificar se a expectativa legítima de umas das partes foi correspondida pela outra e ensejar a responsabilidade civil pela reparação dos danos causados em decorrência da expectativa causada e frustrada.

Dentre as expectativas geradas para o confiante, a que mais interessa ao presente estudo é a expectativa de esclarecimento, direito anexo ao próprio negócio, que pressupõe que a informação verídica e relevante será transmitida a quem interessa. Para Lisboa:

Muito embora o art. 5º, XIV, da Constituição Federal estabeleça que o acesso à informação é direito e garantia fundamental, deve-se compreender que essa expressão se estende para as relações privadas e pode, ainda, ser utilizada pelo intérprete, abrangendo: o conselho, a advertência e a informação (em sentido estrito).

Sobre o direito à informação em sentido estrito será feito o maior aprofundamento de estudo no capítulo deste trabalho que será a ele integralmente destinado.

1.5 VALOR SOCIAL DO TRABALHO

A importância atribuída juridicamente ao trabalho, além das disposições em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se repete nas discussões filosóficas, merecendo lembrar a opinião de Ricardo Antunes (*Os sentidos do trabalho*, 2009, p. 145) sobre a centralidade do labor na formação do ser social:

...pelo trabalho, o ser social produz-se a si mesmo como gênero humano; pelo processo de autoatividade e autocontrole, o ser social salta da sua origem natural baseada nos instintos para uma produção e reprodução de si como gênero humano, dotado de auto-controle consciente, caminho imprescindível para a realização da liberdade.

Prossegue o autor, mais à frente, afirmando que:

O trabalho, portanto, configura-se como protoforma da práxis social, como momento fundante, categoria originária, onde os nexos entre causalidade e teleologia se desenvolvem de modo substancialmente novo; o trabalho, como categoria de mediação, permite o salto ontológico entre os seres anteriores e o ser que se torna social. É, como a linguagem e a sociabilidade, uma categoria que se opera no interior do ser: ao mesmo tempo em que transforma a relação metabólica entre homem e natureza e, num patamar superior, entre os próprios seres sociais, autotransforma o próprio homem e a sua natureza humana. E como no interior do trabalho estão pela primeira vez presentes todas as determinações constitutivas da essência do ser social, ele se mostra como sua categoria originária.

Ao cabo, Antunes conclui “*de maneira sintética, que a importância da categoria trabalho está em que ela se constitui como fonte originária, primária, de realização do ser social, protoforma da atividade humana, fundamento ontológico básico da omnilateralidade humana*”.

Constitui-se, assim, o trabalho, em requisito imprescindível para a formação humana *não unilateral*, ou, em outros termos, que não decorre do trabalho isolado, socialmente separado, coisificado e alienado.

A proteção, portanto, do trabalho, é medida que se impõe como ferramenta de resguardo deste que é um direito humano incontestável.

O Direito do Trabalho, a bem da verdade, é todo baseado no princípio protetor do empregado.

Espinha dorsal do Direito do Trabalho, o Princípio da Proteção deve pautar a atuação de todos: do legislador, na elaboração das regras jurídicas; do juiz, na solução dos litígios que a ele são submetidos; e de governantes e governados, aqueles direcionando as políticas públicas para conferir prioridade no atendimento dos menos afortunados. (OLIVA, 2008, p. 110)

Para tanto, necessário se faz que haja mecanismos de defesa do trabalhador contra o término da relação de emprego de forma arbitrária, visando a garantir o direito ao trabalho e, como consequência, o direito à busca por melhores condições sociais.

No século XX, enquanto os países europeus discutiam e desenvolviam ferramentas de proteção contra a dispensa arbitrária, a exemplo da reforma legislativa Alemã de 1951 e 1952, que expressamente previu como lícita apenas a dispensa socialmente justificável, no Brasil vivemos movimento inverso.

A estabilidade decenal prevista na CLT foi aos poucos sendo minada até sua total revogação na Constituição Federal de 1988 que, ao contrário do que parecia ser sua intenção originária, autorizou a dispensa arbitrária generalizada ao delegar para legislação complementar (até hoje inexistente) a regulamentação do direito à proteção contra o término da relação de emprego. Pelo menos é esse o entendimento dominante.

O conflito entre o direito ao trabalho – embora seja inegável seu valor social e a sua condição de assegurar dignidade à pessoa – e o direito à liberdade de propriedade é de difícil solução se partirmos do pensamento liberal que confere às pessoas o direito de propriedade, de usar de seus bens da forma como melhor aprover, de não ser tolhido ou limitado seu direito de uso daquilo que legitimamente adquiriu.

A bem da verdade é possível afirmar que a própria existência desse conflito somente se dá sob a ótica do liberalismo utilitarista, uma vez que o conflito em si não é, a rigor, inerente à atividade do trabalho. Assim, na visão liberal não se concebe a relação de igualdade entre as partes no contrato de trabalho, uma vez que a relação econômica e sócio-jurídica é desigual fundada no binômio obediência-subordinação ou hierarquia/cumprimento do contrato. Essa é a harmonia intocável

da relação hipossuficiente e empregador no liberalismo utilitarista, no qual ao direito de igualdade se sobrepõe o de liberdade e, por consequência, o de propriedade.

Transcendendo, contudo, a esse modelo liberal, não se pode olvidar que o direito de propriedade tem limites, os quais são impostos pelo próprio ordenamento jurídico e que serão analisados no item a seguir.

1.6 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA EMPRESA

O direito de propriedade constitui-se, sem dúvida, em um dos principais fundamentos da vida em sociedade, cuja proteção é necessária para a convivência harmoniosa entre os homens.

Por propriedade entendem-se não apenas os bens materiais de que podemos usufruir, mas igualmente os imateriais, tais como o próprio direito à vida e à liberdade, cujas titularidades dependem de uma regulamentação que estabeleça as condições em que cada um deve e pode agir sem que atinja o direito de propriedade do próximo.

Essa função regulamentadora coube, no modelo de sociedade em que vivemos, ao Estado enquanto seu representante maior e a quem incumbe definir as bases e diretrizes do direito de propriedade.

Ao contrário do que possa parecer, contudo, a cessão desse poder feita pelo homem para a sociedade não lhe retira os direitos. Nas palavras de Amaury Cesar Moraes (*Liberalismo e Propriedade*, 2007, p. 77):

A cessão dos poderes individuais do homem e de sua liberdade para o todo chamado sociedade civil não acarreta, no entanto, nenhum malefício para o homem. Ao contrário, é justamente através dessa cessão que o homem tem garantidos, por essa sociedade que se formou, seus direitos e liberdade. É através do poder dessa sociedade, o poder de legislar, julgar e fazer respeitar as leis, que o homem, agora em estado de sociedade, tem garantido o respeito à sua propriedade.

Explica o mesmo autor (p. 76) que tal se dá, porquanto:

... os homens necessitam disciplinar essas relações, de forma que cada um tenha garantido o seu usufruto e liberdade. Essa garantia advém de um consentimento mútuo da formação de um governo: (a) é necessário estabelecer uma lei positiva, de total consentimento dos associados, um pacto; (b) é necessário existir um juiz que resolva, dentro da lei estabelecida, as dissensões havidas entre os homens; (c) é necessário o estabelecimento de uma força que execute as sentenças e imponha o respeito à lei.

A regulamentação, portanto, imposta pelo Estado, de proteção ao direito de

propriedade, é medida legítima e absolutamente necessária.

Não se pode, contudo, interpretar a legislação protetiva do direito de propriedade olvidando sua finalidade básica que, como exposto, é a própria vida harmônica em sociedade.

Por essa razão, qualquer que seja a norma que discipline o direito de propriedade, essa deve se pautar, obrigatoriamente, por sua função social.

Mais do que uma expressão derivada de discursos e teorias filosóficas, a função social da propriedade é princípio positivado no ordenamento jurídico interno em seu maior nível hierárquico, inserido na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXIII, que determina, logo depois de assegurar o direito de propriedade, que esta “*atenderá a sua função social*”.

Além disso, também o inciso III, do artigo 170, da Constituição Federal estabelece a observância do princípio da função social da propriedade na ordem econômica, que é “*fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa*” e que “*tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social*”.

Em várias outras passagens o constituinte inseriu o princípio da função social da propriedade, merecendo destaque o artigo 186, segundo o qual “*a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:*” (...) “*III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.*”.

Sobrepõe, assim, o legislador, princípio maior da dignidade da pessoa humana ao preceito liberal do individualismo ao valorizar a função social da propriedade, atendendo aos comandos éticos de uma sociedade mais justa.

Nesse contexto, o empregador, como proprietário que é do meio de produção, deverá assumir sua responsabilidade social, ou, em outros termos, especifica-se a função social da propriedade para a função social da empresa, que não se resume às obrigações ambientais e às relativas ao consumidor, mas antes devem proteger os trabalhadores que nela atuam diretamente.

Sobre o assunto, ensina Anelia Li Chum (*Responsabilidade social do empregador no término da relação de emprego*, 2010, p. 90) que:

Apesar de existir certa dificuldade para o fornecimento do melhor conceito de “responsabilidade social da empresa”, pode-se dizer que se cuida do compromisso assumido pelo ente empresarial de praticar uma gestão ética

e transparente perante todos aqueles com os quais se relaciona. A empresa socialmente responsável não é apenas aquela que desenvolve ações sociais e que respeita o meio ambiente, mas, também, aquela que age transparentemente na condução dos seus negócios, na sua governança corporativa, bem como no seu relacionamento com os órgãos governamentais, com os consumidores de seus produtos e serviços, com os seus empregados e colaboradores, bem assim com a comunidade em geral. (Sem grifos no original).

Não se concebe a transparência e ética imprescindíveis para se considere ter, uma empresa, cumprido sua função social, quando esta põe fim a um contrato de trabalho sem que exponha qualquer razão para tanto.

A função social da propriedade, portanto, como gênero do qual a função social da empresa é espécie, compõe mais um dos elementos que embasam a necessidade de exposição dos motivos que ensejaram a dispensa do empregado sem justa causa.

1.7 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Relevante trazer à discussão também o artigo 421, do Código Civil, segundo o qual “*a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”, abarcando, assim, outra variável da função social da propriedade, que tem por objetivo aproximar e equilibrar partes economicamente desiguais, de modo a conferir certa proteção ao que detém menor poder nessa relação.

Não é necessário tecer digressão profunda para se concluir que essa característica de desigualdade entre as partes é, obviamente, aplicável também aos contratos de trabalho e, por essa razão, a transposição do princípio da função social do contrato para a esfera trabalhista é imperativa.

Lembrando a importante função do trabalho como elemento de pacificação social, argumenta Maria Beatriz Ribeiro Dias (*Direito à informação no Direito do Trabalho*, 2012, p. 84) que:

... o contrato de trabalho também deve cumprir a sua função social, sendo regido pelo princípio da boa-fé. A função social do contrato está prevista no art. 421 do Código Civil e tem, como base, o princípio constitucional da solidariedade. Em que pese originar-se em diploma de natureza civil e não trabalhista, não há como afastar a função social do contrato de trabalho. Se existe no âmbito civil, com muito mais razão deve ser aplicada à esfera trabalhista: o trabalho é fator de pacificação social. Com o trabalho, atingir-se-ão os objetivos da República mencionados acima.

Com isso, não basta que o contrato atinja apenas os interesses das partes contratantes. É necessário que ele irradie efeitos para a sociedade e, nesse contexto, o princípio da boa-fé se revela, conferindo ao contrato a igualdade de condições entre as partes contratantes, e impedindo a violação à liberdade de contratar.

Muito embora o artigo 421 mencione a liberdade *de contratar*, o que poderia levar, numa primeira análise, apenas ao ato de formação do contrato, obviamente que a interpretação literal do artigo se submete ao próprio princípio que a regra exprime.

Por essa razão, a interpretação mais lógica determina que a função social do contrato seja observada não apenas no ato de sua formação, mas durante todo o cumprimento do contrato e, obviamente, também no ato de sua extinção.

O que se quer dizer, em outras palavras, é que qualquer contrato, e em especial o contrato de trabalho, deve ser formado, executado e *terminado* sob o império do princípio da função social do contrato, traduzido para texto de lei no direito brasileiro.

Embora o objeto de estudo deste trabalho seja o término do contrato individual de trabalho, é interessante ressaltar que, ao menos no que se refere às dispensas coletivas, sobre as quais falaremos mais profundamente em capítulo próprio, já se vê importante evolução do pensamento jurídico na doutrina e jurisprudência pátrias, as quais, por influência da ética de que está impregnado o princípio da função social do contrato, têm imposto óbices à extinção em massa de contratos de trabalho.

Nesse sentido é o acórdão do c. Tribunal Superior do Trabalho, cuja relatoria coube ao Ministro Maurício Godinho Delgado, transcrevendo-se, abaixo, parte da ementa que resumiu o pensamento daquela corte:

A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas tem natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea – sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada- é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão

aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já que mais de um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável conclui-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontrastável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. (Ac TST RODC 309/2009-000-15-00.4 de 18/08/2009)

O que se conclui da ementa acima, é que as dispensas coletivas têm sido consideradas como uma afronta à função social da propriedade e do contrato, impondo a toda a dinâmica da sociedade, um forte risco de abalo estrutural.

Constata-se, assim, uma crescente e robusta tendência jurisprudencial e doutrinária em vedar a dispensa arbitrária de coletividades, embora ainda seja tímida a aplicação dos mesmos fundamentos nas despedidas individuais.

Fato é, contudo, que os mesmos argumentos que alicerçam a proibição de demissão massiva servem para a condenação da despedida arbitrária, posto se basearem em princípios que não estão adstritos ao campo do direito coletivo, como o da função social da propriedade, da empresa e do contrato, além, obviamente, da dignidade da pessoa humana.

A bem da verdade, a dispensa individual, ao menos sob o ponto de vista psicológico, é ainda mais nefasta para o trabalhador do que a dispensa coletiva, na qual há pelo menos um indicativo do que levou o empregador a extinguir os contratos (ainda que injusto ou cruel o motivo).

Na dispensa arbitrária nada é dito ou subentendido.

Descarta-se, simplesmente, a pessoa, sem sequer lhe dizer qual a razão, expondo o trabalhador, no mais das vezes, ao desemprego, sem que possa ao menos compreender a razão da extinção do contrato que deixa, dessa forma, de dar fiel cumprimento à sua função social.

Importante ressaltar que a garantia de emprego que se defende neste trabalho é a que assegura ao trabalhador o direito de ser informado das causas da extinção do contrato, tal qual prevê a Convenção de n. 158 da Organização Internacional do Trabalho, mas não se quer, com isso, impor ônus insuportável à

empresa ou ao empregador de ser compelida a manter em seus quadros mão-de-obra que se tornou desnecessária por motivos de ordem técnica, financeira ou econômica, por exemplo.

Ao se autorizar a dispensa justificada, parece estar sanada a questão acerca da autonomia da empresa na gerência de seu negócio, uma vez que mantém o seu direito de dispensa, bastando, para a validade do ato, que se indique a causa justificada que a levou ao termo.

Traz-se, a propósito, interessante comentário feito por Halton Cheadle (*A proibição da despedida arbitrária nas legislações nacionais: uma perspectiva de direito comparado*, 2010, p. 52) quando de sua apresentação no Fórum Internacional sobre Direitos Sociais, realizado pelo Tribunal Superior do Trabalho, em agosto de 2010, ao se referir à Convenção 158, da OIT e à resistência da classe patronal em aceitá-la no Brasil:

Provavelmente, o que mais preocupa os empregadores é o fato de terem de justificar uma demissão. A Convenção diz que é permissível demitir por motivo válido relacionado à conduta, à capacidade ou ao trabalho do empregado. Esses são os motivos válidos para a demissão.

Eu gostaria que os senhores parassem e se perguntassem se isso está em desacordo com práticas de gestão aceitáveis em qualquer lugar do mundo. Será que o empregador estaria demitindo alguém arbitrariamente? Será que isso faria sentido, do ponto de vista comercial, financeiro, demitir alguém que teve uma conduta adequada, que teve um desempenho adequado? Não faz sentido demitir alguém que é capaz.

Prossegue o ilustre palestrante, lembrando que dificilmente ocorrerá a dispensa de um empregado capacitado e produtivo, a menos que razões externas, em geral de ordem econômica ou técnica, o obriguem a isso.

Por essa razão, conclui ele, a necessidade de justificação da dispensa pelo empregador *“não é mais do que aquilo que é comercialmente, racionalmente uma boa decisão.”*

1.8 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO

O reconhecimento da injustiça representada historicamente pelo trabalho escravo e as consequências nefastas que este representava na vida em sociedade levaram o pensamento jurídico, num primeiro momento, no sentido de acreditar que a limitação no tempo dos contratos de trabalho seria medida esperada para o alcance da justiça, uma vez que implicaria em óbice ao trabalho forçado.

À medida, contudo, que evoluíram as relações de trabalho percebeu-se que o inverso seria a condição ideal, ou seja, que a estabilização dos contratos no tempo implicaria em forma muito mais adequada de proteção da parte considerada hipossuficiente nesse vínculo.

Na análise de Américo Plá Rodriguez (*Princípios de Direito do Trabalho*, 2000, p. 240):

Tudo o que vise à conservação da fonte de trabalho, a dar segurança ao trabalhador, constitui não apenas um benefício para ele, enquanto lhe transmite uma sensação de tranquilidade, mas também redundante em benefício da própria empresa e, através dela, da sociedade, na medida em que contribui para aumentar o lucro e melhorar o clima social das relações entre as partes. Por isso diz *Krotoschin* que esta proteção não somente constitui “*uma medida de segurança econômica, mas também garante a incorporação do trabalhador na empresa como meio de integração para os fins específicos do direito social*”.

Na linha desse raciocínio, surge o princípio específico da continuidade da relação de emprego como elemento norteador, não apenas quanto à dispensa arbitrária, mas quanto à própria sobrevivência do contrato de trabalho no tempo, princípio, este, que, nas palavras do referido autor (p. 244), “*expressa a tendência atual do direito do Trabalho de atribuir à relação de emprego a mais ampla duração, sob todos os aspectos.*”

O alcance do princípio em estudo é bastante amplo, projetando-se sobre os contratos de trabalho e sobre a legislação trabalhista desde a sua formação até a interpretação do texto pronto de diversas formas.

Por aplicação desse princípio se extrai, por exemplo, a presunção de que o contrato, salvo disposição expressa em contrário, se presume firmado por prazo indeterminado.

Também em razão do princípio da continuidade da relação de emprego se minimizam os efeitos das mudanças na estrutura da empresa ou mesmo das alterações de empregadores, sobre os contratos de trabalho, os quais permanecem em vigor independente de tais transformações.

O aspecto, contudo, que interessa a este estudo é o de limitação à extinção do contrato de trabalho por vontade exclusiva do empregador.

Por aplicação do princípio da continuidade da relação de emprego, o Direito deve impor obrigações que representem dificuldades à rescisão do contrato de trabalho por iniciativa patronal.

Nesse sentido é o escólio de Alice de Barros Monteiro (2009, p. 187):

Outro princípio é o da continuidade, que visa à preservação do emprego, com o objetivo de dar segurança econômica ao trabalhador e incorporá-lo ao organismo empresarial. Para entender esse princípio, compre ressaltar que uma característica do contrato de trabalho é o trato sucessivo, ou seja, ele não se esgota mediante a realização instantânea de certo ato, mas perdura no tempo. Daí se infere que a relação de emprego pressupõe uma vinculação que se prolonga. Esse princípio revela que o Direito do Trabalho tende a resistir à dispensa arbitrária, como se infere do art. 7º, I, da Constituição de 1988, embora ainda não regulamentado, e a manter o pacto laboral nas hipóteses de sucessão, de suspensão e interrupção do contrato e em face de algumas nulidades por descumprimento de formalidades legais. O Direito do Trabalho tem, ainda, como regra, os contratos de duração indeterminada e procura mantê-los quando institui as estabilidades provisórias. Esse princípio sofreu os efeitos da flexibilização, com a ampliação das formas de contratação por prazo determinado, mas ainda persiste inspirando o nosso ordenamento jurídico.

As restrições a serem impostas ao direito do empregador de extinguir unilateralmente o contrato de trabalho podem ser próprias – o reconhecimento da garantia de emprego - ou impróprias – a imposição de reparação pecuniária pela dispensa arbitrária.

A principal crítica que se faz ao sistema jurídico de imposição de obrigações impróprias (reparação pecuniária) consiste no fato de ser quase impossível se chegar a um equilíbrio, de modo que as indenizações não sejam ínfimas, a ponto de não representarem qualquer empecilho à dispensa arbitrária, nem tão significativas, que importem em estímulo inverso, o de levar o empregado a desejar o término da relação de emprego.

Por essa razão, a aplicação de medidas próprias, que visem à garantia do emprego propriamente dita, é mais desejável no alcance do objetivo final, de assegurar a estabilidade nas relações sociais. Responde, portanto, de maneira mais completa ao princípio da continuidade da relação de emprego, do que a imposição de medidas impróprias.

Independentemente, contudo, de qual seja a solução a ser dada ao caso concreto – reintegração ou indenização, o fato é que antes disso é necessário se estabelecer um obstáculo ao término arbitrário do contrato de trabalho.

O obstáculo proposto neste estudo é a obrigatoriedade de o empregador informar ao empregado os motivos determinantes da extinção do vínculo, uma vez que se parte do pressuposto de que a relação é contínua no tempo e não se deve a ela pôr fim, a menos que se haja, para tanto, causa justificada.

O direito do empregado de receber essa informação e o dever do empregador de fornecê-la estão resumidos em um só direito fundamental, previsto em nosso

ordenamento jurídico no mais alto nível legislativo, e que se convencionou chamar de direito à informação.

À proteção contra a dispensa arbitrária e a este relevante direito/dever (à informação) serão destinados os dois próximos capítulos deste trabalho.

1.9 SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL.

Finalizando este capítulo, quanto aos princípios e valores que serão utilizados como ferramentas na defesa do argumento proposto, é importante trazer um provável argumento daqueles que defendem a manutenção do sistema como está, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Poder-se-ia argumentar, por exemplo, que o reconhecimento de que a convenção 158, da Organização Internacional do Trabalho se encontra vigente no ordenamento pátrio implicará em caos nas relações sociais já extintas sem justa causa.

De fato, o argumento é forte e gera, em uma análise superficial e precipitada, o medo de que situações consolidadas há mais de uma década sejam revistas, impondo-se ao empregador o dever de reintegrar trabalhadores em vagas já ocupadas por outros trabalhadores, criando, na administração empresarial, uma desordem total que poderá, inclusive, inviabilizar o próprio negócio.

Mais do que isso, o argumento faz subentender que tal reconhecimento poderia gerar uma crise sem precedentes no Judiciário Trabalhista, onde seriam travadas as controvérsias decorrentes das dispensas imotivadas dos últimos quase vinte anos (a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho entrou em vigor no Brasil em 1996).

A análise mais criteriosa do argumento, contudo, revela sua superficialidade.

Primeiramente, quanto ao critério temporal, relembra-se que o inciso XXIX, do artigo 7º, da Constituição Federal, prevê prazo prescricional de apenas dois anos para o direito de ação quanto a créditos decorrentes de um contrato de trabalho já extinto.

Isso implica dizer que não serão submetidas ao crivo do Judiciário todas as controvérsias decorrentes das dispensas sem justa causa dos últimos vinte anos, mas apenas aquelas que se tenham dado há menos de dois anos.

Além disso, e como veremos mais à frente, o direito/dever que se defende neste trabalho é simplesmente o de informar a razão da dispensa, que poderá estar baseada em razões de ordem técnica ou financeira, além, obviamente, das causas disciplinares. O direito, portanto, do trabalhador, é o de ter conhecimento das razões que levaram seu empregador à extinção do contrato de trabalho e não à reintegração imediata.

Em outras palavras, nem toda relação extinta imotivadamente será declarada nula. Para aquelas em que o empregador informar a razão da dispensa e, sendo esta, uma causa justificada, nenhuma irregularidade haverá na rescisão contratual operada.

De fato haverá muitos casos em que a reintegração será determinada, por não ter, a informação, correspondido à verdade, mas isso é exatamente o que faz do Direito a mais importante ferramenta de imposição da justiça.

Traz-se à luz, em contrapartida, o princípio da proibição do retrocesso social, que, mais do que determinar que o legislador avance, na elaboração das leis, além do arcabouço mínimo assegurado pelos direitos fundamentais, impede que um direito já estabelecido seja diminuído ou extinto.

Barroso (*Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, 2006, p. 370) define o princípio em comento nos seguintes termos:

A vedação do retrocesso, por fim, é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais.

Partindo dos pressupostos mencionados, afirma Barroso que:

...o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente.
(sem grifos no original)

O Supremo Tribunal Federal se pronunciou pela matéria, pela primeira vez, na ADI nº 2.065-0/DF, reconhecendo a aplicação desse princípio no sistema jurídico

brasileiro. Na ação, que discutia extinção do Conselho Nacional de Seguridade Social e dos Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social, o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, reconheceu a inconstitucionalidade da lei que revogava lei anterior que, por sua vez, se consubstanciava em mecanismo para a plena eficácia de uma norma constitucional.

Embora a ação tenha sido declarada extinta, de enorme relevância é o voto do relator³:

De outro lado, a preliminar, nos termos peremptórios em que articulada, vai de encontro a um dogma da teoria contemporânea da Constituição: o de que toda norma constitucional, mesmo as despidas de eficácia plena e ainda as ditas programáticas, tem positividade jurídica imediata, que se manifesta – assinala Canotilho (Direito Constitucional, 5ª Ed, 1991, p. 190) – não apenas em sentido afirmativo, como “vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização” e como “diretivas materiais permanentes” a tomar “em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição)”, mas também que “como limites negativos, justificam a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação a atos que as contrariam”.

Prossegue o relator, no mesmo voto:

Certo, quando, já vigente à Constituição, se editou lei integrativa necessária à plenitude da eficácia, pode subseqüentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa do preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; mas não pode retroceder – sem violar a Constituição – ao momento anterior de paralisia de sua efetividade pela ausência da complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional.

Em conclusão, resume o Ministro de forma bastante elucidativa:

... com o admitir, em tese, a inconstitucionalidade da regra legal que a revogue, não se pretende emprestar hierarquia constitucional à primeira lei integradora do preceito da Constituição, de eficácia limitada. Pode é óbvio, o legislador ordinário substituí-la por outra, de igual função complementadora de Lei Fundamental; o que não pode é substituir a regulação integradora precedente – pré ou pós-constitucional – pelo retorno ao vazio normativo que faria retroceder a regra incompleta da Constituição à sua quase impotência originária.

Em outros termos, em contraposição ao argumento que invoca o princípio da segurança jurídica como forma de se manter a situação como está, vale a lembrança de que o Direito é dinâmico e evolui com a sociedade e essa evolução, necessariamente, deve se dar para a frente, vedado que é o retrocesso social.

³ Leia-se, na íntegra, o acórdão: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375320>, acessado em 29/01/2014.

CAPÍTULO II

A DISPENSA ARBITRÁRIA

Feito o apanhado acerca dos princípios que norteiam o tema em estudo, faremos, a seguir, a análise do instituto da dispensa arbitrária, seu enquadramento histórico no ordenamento jurídico brasileiro e a tendência no direito estrangeiro acerca do tema.

Necessário, ainda, estabelecer alguns conceitos imprescindíveis para a clareza do debate, como a corriqueira confusão que se observa entre os termos estabilidade e garantia de emprego.

A seguir, será exposta a posição doutrinária e jurisprudencial, com ênfase nas decisões do Supremo Tribunal Federal, sobre as normas (legais ou convencionais) existentes sobre o tema e a necessidade de se motivar a dispensa do trabalhador, dentro da visão pós-positivista.

Por fim, uma breve demonstração de que se evidencia uma alteração no pensamento jurídico brasileiro sobre o assunto, na medida em que não se admite, ao menos no âmbito das dispensas coletivas, a terminação do contrato de trabalho por mera denúncia vazia, ainda que não exista, até o momento, norma positivada reconhecida de proteção a este direito.

2.1. ENQUADRAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A garantia de permanência no trabalho não é, absolutamente, instituto novo no Direito Brasileiro.

Desde a Constituição de 1824 já havia previsão expressa desse direito, embora restrito aos oficiais do Exército e da Armada, os quais não poderiam ser privados de suas patentes salvo por sentença judicial transitada em julgado (artigo 149).

A previsão se repetiu na Constituição de 1891, na qual se estendeu a garantia também aos juízes federais, que passaram a deter a prerrogativa da vitaliciedade (art. 57).

Referido direito, contudo, somente atingiu a esfera privada a partir do século

XX, com a publicação da Lei n. 4.682, conhecida como Lei Eloy Chaves, de 24 de janeiro de 1923.

A lei mencionada, a rigor, tinha nítido caráter previdenciário, tendo criado um sistema de aposentadorias e pensões para os empregados do setor ferroviário que precisava ser financeiramente custeado. O que se observava, à época, era que a grande massa de trabalhadores deixava de se associar às Caixas de Previdência por medo de ser dispensado a qualquer momento e, com isso, perderem as contribuições que tivessem feito.

Entretanto, ainda que a intenção do legislador fosse a de assegurar o financiamento do sistema previdenciário, não se pode negar que foi um grande avanço no âmbito das relações de trabalho o reconhecimento do direito à estabilidade de emprego para os empregados com mais de dez anos de serviço.

A prerrogativa foi, aos poucos, se espalhando para outras categorias de trabalhadores, tais como os empregados da indústria e comércio em 1935, tendo culminado com a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, quando finalmente o direito foi estendido a todos os trabalhadores.

Prevista, na Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 492, a impossibilidade de dispensa do empregado que contasse mais de dez anos de serviço na mesma empresa, senão por motivo de falta grave ou por circunstância de força maior devidamente comprovados, conferindo, assim, estabilidade no emprego para todos os trabalhadores que preenchessem os requisitos mencionados.

Foi o ápice da proteção trabalhista contra o término da relação de emprego no ordenamento jurídico brasileiro.

Não tardou, contudo, para que começassem a surgir críticas ao sistema, oriundas, em boa parte, das categorias patronais, as quais de fato surtiram efeito paulatino.

As últimas décadas, porém, revelam um movimento de refração. A sociedade denominada “neoliberal” acabou por se convencer de que a liberdade a ser privilegiada não era tanto a do trabalhador, mas a do mercado. Sem questionar a centralidade do trabalho ou mesmo seu valor social, transforma-se a necessidade de garantir um trabalho digno, com remuneração adequada e constante melhoria das condições em que exercido, na pura e simples necessidade de existência de um trabalho. (SEVERO, 2011, p. 77)

A Lei do FGTS (5.107, de 1966) trouxe a possibilidade de o empregado optar pelo sistema da compensação pecuniária em caso de dispensa, renunciando, assim, ao direito à estabilidade.

Embora a lei previsse uma opção livre do empregado, que poderia escolher continuar no sistema antigo, da estabilidade decenal, na prática, a grande massa de trabalhadores passou a assinar a “opção” pelo regime do FGTS no ato de sua contratação, como uma espécie de requisito velado à formalização do contrato.

Malgrado o alarde de que o sistema do FGTS era equivalente ao sistema da indenização por tempo de serviço, por representar aproximadamente um mês de salário por ano de trabalho, na prática não era isso o que se constatava, como bem explica José Alberto Couto Maciel (*Garantia no emprego já em vigor*, 1994, p. 21):

Ocorre que, inobstante tenha sido intenção do legislador proceder a uma equivalência econômica entre os dois sistemas, o do FGTS e o da indenização do estável, pois 8% ao mês totalizaria ao final de 12 meses o equivalente a um salário por ano trabalhado, tal equivalência não se caracterizou porque, devido à conjuntura inflacionária que nosso país tem vivido nos últimos anos⁴, a correção monetária e os juros aplicados para atualizar os depósitos do FGTS não são suficientes para fazê-los equivaler à indenização do estável, que é apurada com base no último salário percebido pelo obreiro, ou seja, incide sobre um valor já atual, com enorme prejuízo para o optante.

Para sanar a controvérsia quanto à pretensa equivalência entre os dois sistemas, o TST fez editar a súmula n. 98, que considerava jurídica, e não econômica, a equiparação entre a indenização do estável e o FGTS, sendo indevida qualquer reparação pecuniária pela mudança de um para outro regime.

Na Constituição de 1988, nesse aspecto contraditoriamente conhecida como “Constituição Cidadã”, veio o tiro de misericórdia ao já moribundo instituto da estabilidade, tornando obrigatória a inclusão no prejudicial regime do FGTS para os novos contratos e, também, para aqueles firmados antes do seu advento, desde que não alcançada a estabilidade decenal.

Em substituição ao regime da estabilidade decenal, prevê o inciso I, do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, *nos termos de lei complementar*, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Em alusão à citada norma, o artigo 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, disciplina que até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição, fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º,

⁴ O texto citado é datado de 1994, antes do início do período de estabilidade inflacionária dos dias atuais.

caput, e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, que tratam da indenização sobre o saldo de FGTS depositado.

O referido artigo do ADCT veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa apenas em duas hipóteses: a do empregado eleito para cargo de direção de CIPA (comissões internas de prevenção de acidentes), desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato e; a da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Extensos debates antecederam a aprovação do texto do inciso I do artigo 7º, que previa, no seu projeto original, a proteção ampla contra a despedida injustificada.

Maciel (1994, p. 133) faz uma boa análise das alterações sofridas pelo texto originalmente proposto para o artigo 7º, I, da Constituição Federal e o que foi, ao final, aprovado.

De acordo com o autor, texto inicial, criado pela Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores tinha a seguinte redação:

...estabilidade desde a admissão no emprego, salvo o cometimento de falta grave comprovada judicialmente, facultado o contrato de experiência de noventa dias.

No entanto, a força dos sindicatos e partidos de esquerda não foi suficiente, à época, para manter a proposta inicial contra a qual se insurgiam grupos empresariais e partidos de direita.

Por essa razão, a redação transcrita sofreu mudança na Comissão da Ordem Social para:

...garantia de direito ao trabalho mediante relação de emprego estável, ressalvados:
a) ocorrência de falta grave comprovada judicialmente;
b) contrato a termo, não superior a dois anos, nos casos de transitoriedade dos serviços ou da atividade da empresa;
c) prazos definidos em contrato de experiência, não superiores a noventa dias, atendidas as peculiaridades do trabalho a ser executado.

Já na Comissão de Sistematização, o texto proposto foi alterado para:

...garantia de emprego, protegido contra despedida imotivada, assim entendida a que não se fundar em:
a) contrato a termo, assim conceituado em lei;
b) falta grave, assim conceituada em lei;
c) justa causa, baseada em fato econômico intransponível, fato tecnológico ou infortúnio da empresa, de acordo com os critérios estabelecidos na legislação do trabalho.

Ao final, todos cederam à proposta de centro que, embora previsse o direito à

proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, condicionava sua eficácia à existência de uma regulamentação complementar, recebendo, o inciso I, do artigo 7º, da Constituição Federal, o texto conhecido, que assegura a *“relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.”*

Como ainda não foi regulamentado o direito previsto no inciso acima transcrito, o entendimento predominante é no sentido de ser permitida a dispensa do empregado sem qualquer justificativa, bastando que este receba uma indenização compensatória.

Em outros termos, têm entendido, doutrina e jurisprudência majoritárias, que o direito à garantia de emprego assegurado constitucionalmente, não tem eficácia jurídica enquanto não for regulamentado, o que autoriza concluir, *contrario sensu*, que o ordenamento jurídico pátrio, inclusive em sua esfera constitucional, *consagra* a possibilidade da dispensa arbitrária.

Mais do que isso, há interpretação de que mesmo a lei complementar, quando sobrevier, não deverá vedar a dispensa arbitrária, devendo se limitar a impor uma compensação pecuniária, criando tão somente uma monetização dos danos decorrentes da violação ao direito de proteção contra a denúncia vazia, em vez de efetivar o próprio direito.

Nesse sentido explica Arnaldo Sussekind (*Direito Constitucional do Trabalho*, 2001, p. 122):

O disposto no inciso I do art. 7º revela, claramente, a diretriz que prevaleceu na Assembléia Constituinte: dificultar a despedida do empregado, tornando-a mais onerosa, ao invés de proibi-la, ainda que arbitrária. Se o preceito adotado manda a lei complementar prever “indenização compensatória” – indenização que só pode ser devida em casos de rescisão contratual, e não nos de reintegração – é porque parte do princípio de que o contrato de trabalho pode ser denunciado unilateralmente pelo empregador, mesmo quando arbitrário o seu ato. Pelo menos como regra, constituindo exceções os casos de estabilidade provisória, condicionada a determinadas situações. Este foi, aliás, o objetivo confessado da emenda resultante do acordo entre as correntes do centrodireita e do centroesquerda, aprovado pelo Plenário da Assembléia, nos dois turnos de votação.

Sob o ponto de vista do positivismo jurídico, este é, portanto, o cenário legal em que se encontra o Brasil nos dias atuais.

Há, contudo, entendimento doutrinário em sentido contrário, de plena eficácia do direito previsto no inciso I, do artigo 7º, da carta magna.

A premissa dessa corrente doutrinária é a de que o sistema de estabilidade previsto anteriormente à Constituição Federal de 1988 não poderia ser, simplesmente, substituído pela completa ausência de proteção ao emprego.

Pelo contrário, parece ser um contrassenso reconhecer o direito potestativo do empregador de despedir arbitrariamente qualquer empregado quando a própria Constituição veda tal atitude.

É verdade que o artigo 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 disciplina que a proteção referida no inciso I, do artigo 7º, até que seja promulgada a lei complementar a que se refere, limita-se a quatro vezes a porcentagem prevista na lei do FGTS ou seja, a indenização, que antes era de 10% do valor dos depósitos, passa para 40%.

Argumenta-se, com isso, que enquanto não sobrevier a referida lei complementar, essa é a única forma de reparação possível para a despedida arbitrária, não havendo que se falar em reparação de forma própria (reintegração) ou necessidade de justificar a dispensa.

Ocorre que a indenização de 40% do FGTS depositado, prevista no ADCT, refere-se, obviamente, à indenização reparatória prevista no inciso I, do artigo 7º, e não ao direito de garantia de emprego.

Socorre-se, uma vez mais, do escólio de Maciel (1994, p. 137):

É evidente, porém, que tal regulamentação refere-se à compensação prevista no inc. I, do art. 7º da Constituição, mas não substitui a garantia de proteção ao emprego nele expressa.

Se a estabilidade, prevista no antigo texto constitucional, foi substituída pela garantia no emprego na nova Constituição, não é possível se entender que o constituinte quis garantir ao trabalhador apenas uma indenização compensatória, reduzindo seus direitos nessa Constituição, que foi até apelidada de Constituição Cidadã, tais as garantias que trouxe para os trabalhadores em seu texto.

Não se pode, assim, confundir o direito à garantia de emprego, que é o objeto principal do inciso I, do artigo 7º, da Constituição Federal, com o direito a indenização reparatória previsto na parte final do mesmo dispositivo.

Nesse sentido é a conclusão do autor acima mencionado:

O que quis o constituinte foi sustar o arbítrio patronal, exigindo, desde logo, a existência de um motivo válido para a despedida, sendo claro que a indenização, por si só, não repõe o dano causado pelo arbítrio.

Admitir-se que a compensação indenizatória seria substituta da garantia no emprego com a conseqüente reintegração, seria aceitar que o novo texto constitucional protege é a despedida e não o emprego, e, dessa forma, estaria admitindo-se, também que a estabilidade anteriormente existente teria sido substituída pelo poder totalmente arbitrário do empregador de demitir quem quer que seja, mediante simples compensação indenizatória.

Conclui-se, a seguir o raciocínio proposto por Maciel, de que a indenização prevista no ADCT da carta constitucional haveria de ter lugar quando, pelas circunstâncias do caso concreto não for recomendada a reintegração do empregado ao emprego.

Repete-se, contudo, que a interpretação majoritária feita por doutrina e jurisprudência no que concerne ao tema dispensa arbitrária ou sem justa causa vai em sentido oposto ao que se disse acima, sendo praticamente pacífico o entendimento de que é autorizada a rescisão do contrato de trabalho unilateralmente pelo empregador, independente de qualquer justificação.

2.2. DISTINÇÃO ENTRE GARANTIA DE EMPREGO E ESTABILIDADE

Embora haja evidente confusão doutrinária e jurisprudencial acerca dos termos epigrafados, fato é que são institutos diferentes.

Não se ignora a conexão entre a garantia de emprego e a estabilidade no emprego, mas, sem dúvida, tais institutos representam e protegem direitos diversos.

Valentim Carrion (*Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 2003) sintetiza a distinção entre os conceitos, afirmando que:

O primeiro, a garantia de emprego, abrange não só a restrição ao direito potestativo de rescindir o contrato (afastamento da despedida arbitrária) como a instituição de mecanismos de informações e consultas entre a empresa que deseja despedir, o Sindicato e o trabalhador, e a política estatal, criando estímulos para evitar desemprego. O despedimento arbitrário é aquele que não se fundamenta: a) em sérias razões de interesse objetivo da empresa ou b) na atitude ilícita do empregado, ao descumprir seus deveres funcionais (justa causa). Neste sentido é que o despedimento não arbitrário já inclui a existência de uma de suas espécies, que é a justa causa.

(...)

O segundo dos institutos, a estabilidade, é o direito de não ser despedido, senão em razão da prática de ato que tenha violado o contrato. A estabilidade real é a absoluta, a que resulta em reintegração do trabalhador e não se substitui por indenização, nem sequer com a sua concordância.

Em outros termos, é possível definir a estabilidade no emprego como o direito do empregado de somente ter extinguido seu contrato de trabalho se cometer falta grave, regularmente tipificada e apurada. Trata-se de um instituto que visa à aquisição de um direito eminentemente individual do trabalhador, de manter-se em trabalho após o preenchimento de determinados requisitos.

A garantia de emprego, por sua vez, tem um aspecto social preponderante, por representar uma política a ser implementada, de manutenção da estabilidade financeira da categoria profissional.

Nesse mesmo rumo é o entendimento de Maciel (1994, p. 17):

A garantia no emprego, ao meu ver, é o direito que tem o empregado de permanecer no serviço, protegido contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, de acordo com a Constituição de 1988, direito esse que não se confunde com a estabilidade como garantia absoluta de manutenção no emprego decorrente do tempo de serviço, baseada no institucionalismo de Paul Durand e na teoria da estabilidade como propriedade de emprego, expressão também usada por Georges Ripert, pela qual “uma vez admitido o empregado na empresa, deveria nela permanecer até sua aposentadoria, salvo se cometesse falta grave, quando então seria justificada sua despedida.

Como política que é, a garantia de emprego não é unilateral, ou seja, não tem por escopo apenas a proteção do empregado, a qualquer custo.

Assegura-se, por meio da garantia de emprego, também o direito do empregador de excluir de seus quadros de empregados o trabalhador por outros motivos, ainda que não tipificados como falta grave, tais como as razões de ordem técnica, financeira ou econômica.

Protege-se, dessa forma, a própria manutenção dos níveis de emprego, uma vez que não engessa a empresa, não lhe impõe um ônus excessivo de ser compelida a manter vigente um contrato de trabalho quando razões justificadas indicariam o contrário.

Por todo o que se expôs acima, é possível concluir que a estabilidade no emprego visa, como regra geral, à proteção do *empregado*, ao passo que a garantia de emprego visa à proteção do *emprego*.

A previsão contida no artigo 492, da CLT se amolda à definição de estabilidade no emprego, enquanto que a regra do artigo 7º, I, da Constituição Federal se tipifica como garantia de emprego.

O instituto da garantia de emprego também tem outra previsão no ordenamento pátrio. Trata-se do empregado eleito para compor a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, o qual não poderá ser dispensado arbitrariamente, assim considerada a extinção do contrato não determinada por motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, nos termos do artigo 165, da CLT.

Veja-se que a própria lei tratou de definir o que considera como dispensa arbitrária, havendo, portanto, previsão positivada sobre seu enquadramento fático.

Quanto aos limites de tais motivos, Sussekind (2003, p. 720) exemplifica o que são as razões de ordem disciplinar, técnica, econômica ou financeira:

A despedida será nula, salvo se o empregador comprovar, perante a Justiça do Trabalho, que ela se fundou em motivo disciplinar (atos faltosos, considerados justas causas para a rescisão do contrato de trabalho), técnico (introdução de novas máquinas ou métodos de trabalho que importem, necessariamente, na redução do pessoal utilizado no respectivo setor), econômico (p. ex: redução do mercado consumidor) ou financeiro (p. ex: falta de capital de giro).

Consideram-se, portanto, motivos de ordem disciplinar, as faltas graves previstas no artigo 482, da CLT e em outros comandos normativos constantes da lei.

Motivos técnicos são aqueles que determinam a total desnecessidade de manutenção do posto de trabalho ocupado pelo empregado, o que se dá, no exemplo citado, com a aquisição de uma máquina que substitua o trabalho de pessoas, ou a terceirização de um setor não considerado atividade-fim da empresa, no qual laborava o trabalhador detentor da garantia de emprego.

As razões de ordem econômicas e financeiras possuem definição próxima, porém não idêntica, tratando, o primeiro, de uma situação macro que afete a empresa, como uma crise na atividade exercida, que atinja todas as empresas do mesmo ramo, ao passo que o motivo de ordem financeira está relacionado à situação exclusiva do empregador.

Imagina-se, por exemplo, uma empresa do ramo de locação de vídeos que, antevendo a diminuição do mercado, decida reduzir seu quadro de pessoal antes de sofrer as consequências. Trata-se de motivo evidentemente econômico e não seria razoável que se exigisse que entrasse em crise financeira para poder dispensar mão-de-obra.

Se, por outro lado, a empresa já se encontra em situação de dívida, por qualquer motivo, estamos diante de razão de ordem financeira.

A definição ora analisada para o cipeiro sobre o que se considera dispensa arbitrária pode perfeitamente ser utilizada na hipótese do artigo 7º, I, da CLT, enquanto não sobrevier regulamentação específica, o que põe por terra o argumento de que não há previsão sobre os contornos do instituto. Sobre este tema, contudo, faremos análise melhor aprofundada mais adiante.

2.3. TENDÊNCIA NO DIREITO ESTRANGEIRO

Como visto anteriormente, o estudo do direito estrangeiro leva à constatação de que a garantia de emprego, ou ao menos a existência de um sistema jurídico de proteção à relação de emprego, é uma tendência que se observa na maior parte dos ordenamentos jurídicos dos países desenvolvidos e se faz presente, também, em Estados inclusive menos desenvolvidos do que o Brasil, como o Peru, as Filipinas e a Etiópia.

No direito comparado verifica-se uma tendência quase unânime de garantir aos cidadãos o direito ao trabalho através da segurança no emprego, o que se confirma pelas convenções e recomendações adotadas pela OIT (Organização Internacional do Trabalho) e pela Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, porquanto o trabalho é um dos direitos fundamentais do ser humano, como reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 23) e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (art. 6º), ambos aprovados pela Assembléia Geral das Nações Unidas. (MACIEL, 1994, p. 61)

O modelo jurídico que confere ao empregador o direito potestativo de extinguir o contrato de trabalho, embora tenha influenciado o Direito do Trabalho em sua fase embrionária, hoje se evidencia em franca decadência.

Sobre o assunto, Barros (2009, p. 972) lembra que:

À luz da doutrina estrangeira, o direito potestativo de despedir, independentemente de controles externos, é uma expressão típica da concepção dominial de empresa, inspiradora da formação do Direito do Trabalho. Essa concepção, que destaca a posição de supremacia do empregador, encontra-se em declínio, haja vista que “o perfil do empregador – único juiz”, preconizado pela jurisprudência francesa, está hoje ultrapassado. É que a empresa “socializou-se”, transformando-se a estrutura de poder no organismo empresarial, em decorrência dos mecanismos negociais das condições de trabalho, da ação sindical no âmbito da empresa e dos sistemas de controle de sua gestão.

O princípio ideal de que só é lícita a despedida socialmente justificada teve seu ponto de partida na legislação alemã na reforma legislativa de 1951 e 1952.

A partir do modelo alemão, diversos outros Estados enrijeceram sua legislação de proteção ao emprego, considerando nula ou anulável a dispensa arbitrária ou sem justa causa ou, ao menos, prevendo indenização compensatória em caso de impossibilidade ou inviabilidade da reintegração.

Um estudo da legislação vigente em diversos países acerca da garantia de emprego foi apresentado pela Repartição Internacional do Trabalho visando a subsidiar a aprovação da Convenção 158, da OIT, em 1982, que disciplina os princípios que devem reger o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, no qual os países foram divididos em quatro conjuntos, didaticamente descritos por Sussekind (2002, p. 686):

1º) A legislação de um número cada vez maior de países prevê a continuidade da relação de trabalho como reparação única ou principal ou como reparação possível em caso de despedida injustificada. Em certos países a anulação de uma despedida injustificada e/ou a reintegração é a única reparação prevista pela legislação, e, portanto, o organismo competente deve concedê-la se estima que a despedida foi injustificada.

Essa era, à época do estudo mencionado, e ainda conforme Sussekind, a situação na Argélia, Áustria, Bulgária, Checo-Eslováquia, Etiópia, Filipinas, Hungria, Indonésia, Iraque, Itália, Romênia e Somália. O sistema adotado por estes países reconhece, portanto, a reintegração ao emprego como melhor forma de reparação de uma despedida arbitrária, sendo desnecessário que haja pedido nesse sentido pelo trabalhador lesado, uma vez que esta é, senão a única, a preferencial decisão a ser tomada.

2º) Em vários outros países (Jamahirija Arábia, Líbia, Peru e Portugal), os tribunais devem anular a despedida e/ou determinar a reintegração em caso de despedida injustificada, se assim o solicitar o trabalhador, porém este tem direito a pedir uma indenização no lugar da reintegração. Este parece ser, igualmente, o caso do Japão, com esteio em decisões dos tribunais.

Nessa segunda sistemática, também se adota a reintegração ao emprego, porém se houver pleito do empregado para tanto. O trabalhador mantém, contudo, o direito de solicitar a indenização reparatória em vez de pedir o seu retorno ao trabalho do qual foi injustamente dispensado.

3º) De conformidade com a legislação de outros países, os tribunais competentes podem anular a despedida (determinando a reintegração) ou conceder uma indenização... ainda que, em alguns desses países, a legislação prescreva as circunstâncias em que a reintegração deve ser substituída por uma indenização.

É o sistema que atualmente vigora no Brasil, exclusivamente quanto à reintegração do empregado estável, contido no artigo 496 da CLT, assim redigido:

Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.

Aponta, Sussekind, que este sistema de dualidade de reparações era o adotado na República Federal da Alemanha, Antígua, Bangladesh, Canadá, Índia, Irlanda, Quênia, México, Noruega, Nova Zelândia, Paquistão, Cingapura, Sri Lanka e Trinidad e Tobago. Consistia na possibilidade de o órgão competente (no Brasil seria a Justiça do Trabalho) optar por uma ou outra forma de reparação (reintegração ou indenização substitutiva), não cabendo ao empregado indicar qual era a forma de sua preferência.

4º) Em vários países, a conclusão de que uma despedida foi injustificada

determina sua anulação e/ou uma ordem de reintegração do trabalhador (como no Congo, Espanha e Venezuela), ou dá direito ao organismo competente de propor a reintegração (como na França) ou de conceder, a seu arbítrio, a reintegração ou uma indenização (como na Holanda e na Inglaterra); porém se o empregador se nega a reintegrar o trabalhador, o organismo competente deve conceder uma indenização. No Panamá, se se conclui que a despedida foi injustificada, o empregador pode reintegrar o trabalhador no seu cargo ou pagar-lhe uma indenização.

Neste último grupo de países o sistema adotado praticamente deixa ao arbítrio do empregador a decisão de reintegrar ou pagar a indenização substitutiva.

Constata-se, assim, que há forte tendência mundial em se atribuir à dispensa arbitrária a condição de ilicitude, impondo-se a sua reparação de forma própria, que é a reintegração no emprego, ou de forma imprópria, que é a indenização, porém em todos os casos se evidencia a possibilidade de se reintegrar, diversamente do que ocorre hoje, como regra geral, no nosso ordenamento interno, no qual se permite, ao menos sob o ponto de vista da maioria, que o término da relação contratual se dê sem qualquer exposição de motivo, violando o princípio de justificação da dispensa que será analisado a seguir.

2.4 PRINCÍPIO DA JUSTIFICAÇÃO

Não se defendo neste trabalho, repete-se, a estabilidade absoluta no emprego, que implica a possibilidade de dispensa apenas quando o empregado comete falta grave.

O que se observa e se argumenta é a necessidade de a empresa expor o motivo que a impele à extinção do contrato de trabalho, o qual deve ser socialmente justificável e não necessariamente deve estar pautado em razões de ordem disciplinar.

É a expressão do *princípio da justificação*, como requisito de validação da terminação do contrato de trabalho pelo empregador, e que está presente na maior parte dos ordenamentos jurídicos que protegem o empregado contra a dispensa imotivada.

Transcreve-se o esclarecimento de Sussekind (2002, p. 684) sobre o princípio mencionado e seu uso no direito estrangeiro:

Como registrou um estudo da OIT, “a legislação em matéria de terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador modificou-se radicalmente em muitos países. Deixou de constituir-se, essencialmente,

em regras sobre períodos de pré-aviso e indenizações por despedida e sobre as condições em que não são devidos, passando o requisito de justificação por parte do empregador a corresponder ao centro jurídico das análises de decisões dos tribunais, principalmente como consequência do frequente recurso à sua proteção, por parte dos trabalhadores que estimam ter perdido o emprego sem motivo justificado. Assim, pois, o princípio da justificação se converteu no fundamento de muitos países sobre a terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador.”. Nos últimos anos, a legislação comparada vem atribuindo ora ao empregador, ora ao empregado, ora ao tribunal, a faculdade de escolher entre a reintegração e a indenização, como forma de ressarcimento da despedida arbitrária ou imotivada.

Exige-se, pois, do empregador, que apresente as razões que o levaram ao término do contrato de trabalho, sendo este o princípio que vem influenciando a legislação comparada.

No Brasil, malgrado a discussão acerca da vigência, ou não, do inciso I, do artigo 7º, da Constituição Federal, que expressamente desautoriza a dispensa arbitrária, fato é que a própria Constituição traz em outro dispositivo comando de proteção ao direito à informação, que abrange, como veremos no terceiro capítulo dessa dissertação, tanto o dever de informar quanto o direito a ser informado e que são o suporte positivado para a plena aplicabilidade do princípio da justificação em nossa ordem jurídica, seguindo, assim, a tendência já observada no direito internacional de impor a regra de obrigatoriedade da exposição da causa da extinção do contrato de trabalho pelo empregador.

Não é por outra razão que a própria Organização Internacional do Trabalho aprovou a Convenção 158, cuja Seção A traz como título “*A Justificação do término*” e que é o instrumento de maior representatividade do princípio epigrafado, merecendo, por essa razão, estudo mais aprofundado.

2.4.1 Aspectos Materiais da Convenção 158 da OIT

Conforme já mencionado no item anterior, a Organização Internacional do Trabalho aprovou, em Genebra (1982), a Convenção 158, que trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, a qual entrou em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985.

Referida convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional em 17 de setembro de 1992, por meio do Decreto Legislativo de n. 68, tendo sido ratificada pelo Brasil em 04 de janeiro de 1995 e, por fim, entrou em vigor em 10 de abril de

1996, quando foi publicado o Decreto n. 1855 com o texto oficial traduzido para o português.

Menos de oito meses depois o Brasil denunciou a ratificação à Convenção, tendo sido promulgada a denúncia em 20 de dezembro de 1996, quando foi anunciado que a Convenção deixaria de ter vigência no plano jurídico interno a partir de 20 de novembro de 1997.

Independentemente da discussão que se trava até os dias atuais quanto à vigência e eficácia da Convenção 158 no plano interno e que será retomada no próximo item, importa trazer ao presente estudo as diretrizes, princípios e direitos consagrados naquele tratado internacional e sua importância para o Direito do Trabalho no Brasil.

A leitura atenta do tratado leva à inegável conclusão de que sua premissa maior, seu eixo, é *princípio da justificação*.

A parte II da convenção, que trata das normas de aplicação geral e cuja seção A é intitulada, como exposto no item anterior, de “*A Justificação do término*”, traz o principal artigo para a discussão sobre a extinção do contrato de trabalho por iniciativa unilateral do empregador, que é assim redigido:

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

Como se vê, a convenção exige, para o término da relação contratual trabalhista, que o empregador apresente uma justificativa plausível para a dissolução, a qual não necessariamente estará ligada a motivos de ordem disciplinar.

Ao mencionar causas relacionadas à capacidade ou ao comportamento do empregado e, ainda, às necessidades de funcionamento da empresa, a convenção deixa clara a intenção de assegurar a garantia de emprego em sentido amplo, em vez da estabilidade absoluta.

É possível concluir, portanto, que a convenção 158, da OIT, não assegura aos trabalhadores o direito à estabilidade no emprego, propriamente dita, aquela que somente pode ser elidida por falta grave.

O direito previsto no instrumento internacional mencionado é nitidamente o de se ter conhecimento da causa da dispensa em primeiro plano (necessidade de expor a causa) e, em segundo plano, mas não menos importante, que essa motivação seja

razoável (causa justificada), sob pena de invalidade do ato.

Consagra, portanto, a convenção 158, da OIT, não só o direito do empregado de somente perder o emprego por causa justificada, mas, também, a vinculação do motivo determinante da rescisão contratual.

Por outro lado, ao permitir que causas não associadas a razões disciplinares sejam invocadas como motivação da dispensa, a convenção adquire a característica de proteção das duas partes do contrato, uma vez que permite ao empregador a condução de seu negócio de forma bastante razoável e flexível, autorizando a rescisão do contrato por questões de ordens outras, tais como a tecnológica, estrutural, financeira ou econômica, além da própria insuficiência no desempenho do trabalhador.

Obviamente que quaisquer dessas causas deverá ser demonstrada em juízo se o trabalhador entender que se trata de uma inverdade, utilizada pelo empregador com o fito exclusivo de mascarar uma dispensa injusta.

Sobre a incorporação da referida convenção no ordenamento jurídico brasileiro, argumenta Maciel (1994, p. 139) que:

Seguiu-se a tendência do direito comparado, que é a de promover a segurança do emprego mediante normas impeditivas da despedida arbitrária ou imotivada. Hoje, em grande número de países, a lei garante a estabilidade do emprego após a fluência de prazo considerado como de experiência (seis a doze meses), possibilitando, porém a despedida do empregado não somente em razão de atos faltosos por ele praticados, mas também por motivos de ordem tecnológica, estrutural ou econômico-financeira, que atinjam a empresa. Conforme registrou a OIT, o princípio da justificação (da despedida) se converteu no fundamento de muitos países para a terminação de contrato de trabalho por iniciativa do empregador, dando origem ao complexo campo de novos estudos jurídicos.

Em resumo do que se disse acima, subsume-se da leitura atenta da Convenção 158 que seus pressupostos de ação são: em primeiro lugar, a obrigatoriedade de o empregador informar ao empregado o motivo de estar sendo dispensado (direito à informação); em segundo lugar, que este motivo seja justo, o qual vinculará a dispensa e; por fim, a proteção do direito do empregador de melhor gerenciar seu negócio, permitindo que a dispensa se dê por diversos motivos, podendo estar relacionada ao próprio empregado (razões de ordem disciplinar, comportamental ou de rendimento), ou relacionada à empresa (motivos estruturais, econômicos, financeiros ou tecnológicos).

É a caracterização plena do que se convencionou chamar de garantia de emprego.

No que tange à solução a ser dada em caso de constatação de dispensa injusta, a convenção deixa aberta a possibilidade de ser determinada a reintegração ou indenização adequada ou outra reparação apropriada, remetendo ao ordenamento interno a opção pelo sistema mais adequado à sua realidade.

É o que se infere do art. 10, do Tratado:

*Se os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é injustificado 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.*

Observou, portanto, a Convenção 158, da OIT, a tendência mundial mencionada no item anterior de se atribuir à dispensa arbitrária a condição de ilicitude, impondo-se a sua reparação pela reintegração no emprego de forma prioritária, porém sem excluir a possibilidade secundária de o Estado optar pela forma imprópria, que é a indenização.

Em todos os casos, porém, permanece, pela convenção, a necessidade de justificação do término, rendendo homenagem ao princípio da informação que será melhor estudado no próximo capítulo.

2.4.2 Aspectos Formais

Inúmeras discussões se seguiram à denúncia feita à Convenção 158, da OIT no Brasil, especialmente no que concerne ao interregno em que, em tese, a Convenção 158 teve vigência no plano interno, não se podendo deixar de mencionar, também, a severa crítica ao procedimento adotado para a denúncia do instrumento.

Isso porque, se a legislação prevê diversas formalidades, quóruns e procedimentos específicos para a ratificação de uma convenção internacional, exigindo, para sua efetivação, um ato complexo, envolvendo tanto o Poder Legislativo quanto o Executivo, o raciocínio lógico é de que a sua exclusão do ordenamento jurídico também deve seguir os mesmos requisitos.

No caso em apreço não se concebe a possibilidade de denúncia por simples nota enviada pelo Governo ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, assinada pelo Embaixador Chefe da Delegação permanente do Brasil em

Genebra.

Nem mesmo o Decreto 2.100 de dezembro de 1996, assinado pelo presidente da República anunciando a denúncia, é capaz de suprir a inobservância dos requisitos formais para a exclusão da convenção do Direito Brasileiro, não se admitindo que esse ato se dê por vontade e manifestação exclusiva do Presidente da República, sem que antes tenha passado por todo o processo no Poder Legislativo.

Traz-se, sobre o tema, o ensinamento de Claudenir Alves Souza (*Convenção 158 da OIT e a dispensa (i) motivada do empregado*, 2009, p. 34):

O vício formal que inquina o decreto de denúncia resulta da ausência de oitiva prévia do Congresso Nacional. Conforme delineado alhures, a denúncia de qualquer convenção internacional pelo presidente da República deve, obrigatoriamente, ser precedida de manifestação do Parlamento Nacional, em obediência ao princípio da simetria, que, na espécie, exige que o ato de denúncia tenha os mesmos procedimentos da promulgação, com manifestação cumulada dos Poderes Executivo e Legislativo, uma vez que se trata de uma espécie de ato jurídico complexo, dependente de manifestação de dois órgãos distintos do Estado.

Inadmissível, portanto, que se reconheça força jurídica a um ato de denúncia de convenção que não tenha percorrido o mesmo caminho obrigatoriamente trilhado quando da ratificação à mesma convenção.

Soma-se ao vício acima lembrado, outra grave mácula na denúncia efetivada à convenção, que é relacionada à vedação de retrocesso social.

Por este princípio – *proibição de retrocesso social*, uma vez incorporada ao ordenamento jurídico pátrio uma regra que confere melhor condição social ao cidadão, restringe-se o poder do legislador, quando da criação de novas regras ou exclusão de antigas sobre o mesmo tema, a promover condição ainda mais benéfica, sendo vedada a imposição de situação que prejudique ou retire direitos fundamentais já consagrados.

Pode-se concluir, com isso, que a Convenção Internacional de n. 158 da OIT por ter sido devidamente ratificada no Brasil e indevidamente denunciada, encontra-se em plena vigência há cerca de 15 anos.

Esse é, igualmente, o pensamento de Sussekind (2002, p. 1511) ao tratar especificamente da convenção em comentário:

Se as normas internacionais se incorporam à legislação nacional, por ter sido a respectiva convenção aprovada pelo Congresso Nacional e depois ratificada pelo Presidente da República, revogando ou modificando as leis que dispunham em contrário (jurisprudência pacífica do co. STF), parece-nos injurídico admitir sua revogação por simples ato administrativo do Poder

Executivo. Até porque a legislação alterada ou revogada pela vigência nacional do tratado não se restabelece com a denúncia da sua ratificação (art. 1º, § 3º, da LICC brasileiro). A denúncia, por conseguinte, deve ser autorizada pelo Congresso Nacional ou submetida ao seu referendo com a cláusula de condição suspensiva, uma vez que a denúncia da ratificação, no sistema da OIT, só tem eficácia doze meses depois de registrada na Repartição Internacional.

O entendimento é antigo e remonta à vigência da Constituição de 1967, merecendo transcrever o magistério de Pontes de Miranda, invocado por Süsskind na mesma obra (p. 1511):

Pode o Presidente da República, só, denunciar os tratados, convenções ou acordos que foram aprovados pelo Poder Legislativo?

.....
*Aprovar tratado, convenção ou acordo, permitindo que o Poder Executivo o denuncie, sem consulta, nem aprovação, **é subversivo dos princípios constitucionais**. O Presidente da República pode apresentar projeto de denúncia, ou denunciar o tratado, convenção ou acordo, ad referendum do Poder Legislativo. (sem grifos no original)*

Não é demais lembrar que a própria Constituição Federal reconheceu os tratados e convenções internacionais ratificados pelo país, trazendo expressa previsão em seu artigo 5º, § 2º, de 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.”

Em outros termos, a Carta Magna assumiu como componentes do ordenamento jurídico brasileiro as normas constantes de tratados e convenções internacionais, elevando-as ao nível constitucional e tomando-as como paradigma de interpretação do próprio texto constitucional.

Quer-se dizer, com isso, que ainda que determinado enunciado da Constituição Federal ceda espaço a interpretação restritiva de direitos, se estes mesmos direitos estiverem mais amplamente previstos de convenção ou tratado internacional, obrigatoriamente a interpretação do texto constitucional há de ser, também, ampliativa.

É possível dizer, portanto, que ainda que o artigo 7º, I, faça alusão a regulamentação complementar, quando o mesmo texto constitucional albergou os direitos previstos em normas internacionais, legitimou, dentre eles, a Convenção 158, da OIT.

Não foi esse, contudo, o entendimento dominante quanto à vigência da Convenção 158 no plano interno, sendo praticamente pacífico o posicionamento no

sentido oposto, conforme, inclusive, já se manifestou o próprio Supremo Tribunal Federal, em sede cautelar, ao suspender os efeitos da referida convenção na ADIN 1480-3-DF.

Na medida cautelar deferida, trouxe o STF, em síntese, os seguintes argumentos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96)- POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I)- CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88)- CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO.PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. (ADI 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

O primeiro argumento se referia à incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. Nele, a corte suprema fez a análise do sistema vigente à época quanto às formalidades legais para que uma convenção internacional tivesse plena vigência no Brasil e, neste particular, mencionou as fases da celebração da convenção internacional, da sua aprovação pelo Congresso e da ratificação pelo Chefe de Estado, concluindo com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto de promulgação do tratado internacional e publicação oficial de seu texto e da sua executoriedade.

Em seguida, passou o STF, ao enquadramento hierárquico da convenção, assumindo o entendimento de que o ato internacional não poderia ser contrário, formal ou materialmente, ao que reza a Constituição Federal. É o que se denominava, à época da concessão da liminar pelo STF, de controle de

constitucionalidade de tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro. Concluiu, o Pleno do STF, que os tratados ou convenções internacionais incorporados ao direito interno, situavam-se no mesmo nível hierárquico em que se posicionam as leis ordinárias.

Uma vez que o inciso I do artigo 7º, da Constituição Federal, expressamente prevê a necessidade de regulamentação da proteção contra a dispensa arbitrária por meio de lei complementar, tratava-se de reserva constitucional e, por essa razão, o STF, naquela ação, defendeu o entendimento de que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil não podem versar sobre o assunto em relação ao qual a carta magna expressamente determinou fosse feito o detalhamento por lei complementar.

É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. (extraído da ementa já citada anteriormente)

Por fim, trouxe o STF, mais dois argumentos: o primeiro, de que a Convenção nº 158/OIT se trata de mera *proposta de política* a ser implementada pelo Governo que a ratifica, trazendo apenas diretrizes a serem observadas na criação legislativa sobre o assunto, sem possuir, contudo, eficácia plena e imediata.

Dependia, portanto, a própria Convenção, de regulamentação legal posterior no plano interno, conforme entendimento exposto pelo STF.

O segundo argumento é no sentido de que a Convenção 158 consagrou as duas formas de restrição à dispensa arbitrária – própria e imprópria, e, portanto, o Brasil não estaria obrigado a instituir por lei exclusivamente a reintegração no emprego do trabalhador dispensado arbitrariamente.

Em outras palavras, afirmou o Supremo Tribunal Federal que a Convenção 158/OIT permite, em seu Artigo 10, que o país opte pela solução que for mais próxima do seu ordenamento interno, seja ela a reintegração no emprego ou a indenização compensatória.

Essas foram as razões que levaram a mais alta corte brasileira a conceder liminar suspendendo os efeitos da Convenção 158, da OIT, no país.

Frisa-se, contudo, que se tratava de decisão *liminar*.

Na *sentença definitiva* da ADI 1480/DF, a ação foi extinta sem resolução de mérito em decorrência da superveniência do decreto que denunciou a convenção,

não tendo, o STF, se manifestado sobre os efeitos concretos observados no exíguo período em que se manteve em vigência o ato internacional em comento ou sobre efeitos posteriores, ou mesmo sobre a constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) formal e material da ratificação feita pelo Brasil e da denúncia que se seguiu.

Transcreve-se, abaixo, parte da ementa do acórdão final proferido na ADI já mencionada:

...em 20 de dezembro de 1996, o Estado brasileiro, por intermédio do Presidente da República, que agiu em sua condição de Chefe de Estado, denunciou a mencionada Convenção nº 158/OIT.” (...) “Isso significa que, já decorrido o lapso temporal de 1 (um) ano - e revelando-se plenamente eficaz, desse modo, o ato unilateral da denúncia - cessou, “tractu temporis”, quanto ao Estado brasileiro, a vigência da mencionada convenção internacional.” (...) “Vê-se, portanto, que a Convenção nº 158/OIT não mais se acha incorporada ao sistema de direito positivo interno brasileiro, eis que, com a denúncia dessa convenção internacional, registrada, junto à O.I.T., em 1996, operou-se, quanto ao Brasil, a própria extinção do referido ato de direito internacional público, o que importa - considerada a integral cessação de sua eficácia - em situação configuradora de perda superveniente do objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade. Não custa enfatizar, neste ponto, que, em decorrência do referido ato de denúncia, deixou de existir o próprio objeto sobre o qual incidiram os atos estatais - Decreto Legislativo nº 68/92 e Decreto nº 1.855/96 - questionados nesta sede de controle concentrado de constitucionalidade, não mais se justificando, por isso mesmo, a subsistência deste processo de fiscalização abstrata, independentemente da existência, ou não, no caso, de efeitos residuais concretos gerados por aquelas espécies normativas. A situação que vem de ser referida, não obstante a peculiaridade de que se reveste, equipara-se - considerada a cessação da vigência doméstica da Convenção nº 158/OIT - à revogação superveniente de diplomas legislativos ou de atos estatais impugnados em sede de ação direta, fazendo instaurar, por isso mesmo, típica hipótese de prejudicialidade do processo de controle normativo abstrato. Cabe rememorar, por oportuno, a propósito da situação que ora se registra na presente causa, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em sucessivas decisões, tem enfatizado que a revogação superveniente dos atos estatais impugnados em ação direta de inconstitucionalidade - à semelhança do que ocorre com o exaurimento da eficácia das normas temporárias - provoca a extinção do processo de controle normativo abstrato, independentemente da existência de efeitos residuais concretos que possam derivar da aplicação dos diplomas questionados (...) (STF - ADI: 1480 DF , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 26/06/2001, Data de Publicação: DJ 08/08/2001 PP-00003)

A questão que se põe à prova é: se o julgamento fosse nos dias atuais, o entendimento do Supremo Tribunal Federal seria o mesmo?

Para a resposta à pergunta acima, é necessário fazer uma análise mais aprofundada dos fatos:

Como já dito, o Governo Brasileiro, ao ratificar a Convenção 158, da OIT, seguiu e cumpriu integralmente todos os trâmites legalmente previstos nas diversas fases necessárias para a concretização desse ato complexo, conforme inclusive

reconheceu o STF já no início da decisão proferida na ADI 1480/DF, o que importa dizer que o tratado em estudo adquiriu plena vigência no plano interno, ao menos no que tange ao seu aspecto formal.

Quanto ao aspecto de reserva legal defendido em sede liminar pelo STF ou, em outros termos, a impossibilidade de se regulamentar a proteção contra a dispensa arbitrária por meio de convenção internacional e não por lei complementar, importa trazer um fato posterior à data da concessão da liminar: em dezembro de 2004 sobreveio a Emenda Constitucional de n. 45 que, acrescentando o § 3º, ao artigo 5º, da Constituição, reconheceu que *“os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”*

Elevou, assim, a EC 45/04, o nível hierárquico das convenções internacionais ratificadas ao de emenda constitucional.

Com essa alteração, cai por terra o argumento de que o inciso I do artigo 7º da Constituição Federal somente poderia ser regulamentado por lei complementar e não por convenção internacional, já que esta deixou de ser considerada como lei ordinária no plano interno, para ser reconhecida como emenda constitucional.

Ressalta-se, por oportuno, que a Convenção 158, da OIT, tem nítido viés de proteção a direitos humanos, como já visto nos capítulos anteriores, amoldando-se perfeitamente ao enquadramento invocado na Emenda citada.

Dessa forma, se à época da concessão da liminar pelo STF as convenções internacionais eram equiparadas, no plano interno, a lei ordinária, após dezembro de 2004 passaram a deter *status* inclusive superior ao de lei complementar.

Ainda que a Convenção 158 não tenha passado pelo processo próprio de emenda à Constituição – aprovação, pelo Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos, admitindo-se, assim, não se tratar de um texto de nível constitucional sob o aspecto formal, não se pode negar sua hierarquia constitucional, ao menos sob o ponto de vista material.

O próprio Supremo Tribunal Federal decidiu, em 2008, ao analisar a constitucionalidade da prisão civil por dívida vedada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que esta detém o *status* de supralegal.

Importante ressaltar que a convenção mencionada, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, a exemplo do que ocorreu com a de n. 158, da

OIT, não se submeteu ao processo de aprovação de emenda constitucional de que fala o § 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal, e, exatamente por essa razão, decidiu, o Supremo, que o tratado não se equiparava a uma emenda constitucional, mas detinha, sem sombra de dúvida, ao menos a condição hierárquica superior à legislação ordinária.

Dessa forma, ao se seguir a doutrina acolhida pelo Supremo Tribunal Federal em 2008, é possível concluir que a Convenção Internacional 158, da OIT também detém o *status* de norma supralegal, devendo ser aplicada mesmo quando em desconformidade com o ordenamento jurídico infraconstitucional.

Na prática, contudo, não se consegue distinguir um tratado considerado como de nível constitucional sob o aspecto formal e material daquele que o é apenas materialmente, porquanto, como já dito, nenhum deles poderá ser denunciado após sua vigência nacional, por obediência ao princípio da proibição de retrocesso social.

Seja por um ou por outro argumento, o fato é que a Convenção 158, da OIT, por ter sido devidamente ratificada, detinha *status*, no mínimo, de norma supralegal, sendo de aplicação imediata e de observância obrigatória no plano interno, entendimento que, nos dias atuais, muito melhor se amolda ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Isto é o que se vislumbra do julgamento de outra ADI proposta perante aquela Corte, cujo julgamento está suspenso por pedido de vista da Ministra Ellen Gracie desde 2009. O voto do ministro relator Maurício Correa foi pela procedência, em parte, da ação, no sentido acima exposto, ou seja, de que o Congresso deveria ter participado do processo de denúncia da convenção 158, tal qual se dá quando da sua aprovação. O ministro Carlos Britto também apresentou seu voto, acompanhando o relator. Abriu divergência o ministro Nelson Jobim, votando pela improcedência da ação. Por fim, em junho de 2009, o ministro Joaquim Barbosa apresentou seu voto, indo além da procedência dada pelo relator, para declarar integralmente inconstitucional o decreto de denúncia da Convenção 158.

Como se vê, dos quatro ministros que já votaram, três votaram, em algum grau, pela inconstitucionalidade do Decreto 2100/1996, seguindo, assim, a tendência apontada nos parágrafos anteriores e que deve se confirmar com os votos dos ministros faltantes.

O último voto apresentado, do Ministro Joaquim Barbosa, teve como fundamentação basicamente os mesmos argumentos já trazidos neste tópico,

merecendo transcrição o seguinte trecho:

Se se atribui o caráter supralegal aos tratados de direitos humanos e se se reconhece à Convenção 158 da OIT o status de tratado de direitos humanos, chega-se facilmente à conclusão de que o Poder Executivo não podia, sem a intervenção do Congresso, denunciar o referido tratado. Isso porque, estar-se-ia permitindo que uma norma de grau hierárquico bastante privilegiado pudesse ser retirada do mundo jurídico sem a intervenção de um órgão legislativo. Mais que isso, estar-se-ia permitindo que o Poder Executivo, por sua vontade exclusiva, reduzisse de maneira arbitrária o nível de proteção de direitos humanos garantido aos indivíduos no ordenamento jurídico nacional. Se já é inviável pensar que seja possível a revogação de um ato com força de lei por ação apenas do Executivo, o fato de estar-se diante de um ato com força supralegal agrava ainda mais a situação.

Concluindo seu argumento, explica o ministro Joaquim Barbosa que:

Todas essas considerações levam a crer que não era possível ao Poder Executivo denunciar unilateralmente a Convenção 158 da OIT, afastando a possibilidade de o Congresso Nacional emitir uma opinião sobre a denúncia. Os arts. 49, I e 84, VIII, da CF/1988, abrangem, também, a necessidade de autorização do Congresso Nacional para os casos de denúncia. A ausência de um pronunciamento parlamentar, no caso, leva à violação dos citados dispositivos.

Após o voto deste último ministro, o julgamento foi suspenso em decorrência de pedido de vista feito pela ministra Ellen Gracie.

Permanece, portanto, a dúvida acerca da existência de uma norma válida positivada no ordenamento jurídico que regulamente o direito de proteção contra a dispensa arbitrária.

A dúvida mencionada reforça o entendimento contrário ao que se defende neste trabalho, dando maior poder de argumentação à tese de que, por não haver norma expressa que vede a dispensa arbitrária no Brasil, nosso direito a permite.

Esse entendimento, radicado de forma fundamental no positivismo jurídico, tem como contraponto a visão pós-positivista, que, ao elevar os princípios à condição de norma, harmoniza o vácuo legislativo com a necessidade de se atribuir efeito prático à regra constitucional do inciso I, do artigo 7º, da Constituição Federal, e que representa, sem dúvida, importante reconhecimento do valor do trabalho enquanto elemento de dignidade do trabalhador. Essa é a perspectiva que será analisada a seguir.

2.5 A PERSPECTIVA PÓS-POSITIVISTA

2.5.1 Antecedentes – Positivismo Jurídico

Como dito, o posicionamento jurisprudencial e doutrinário segundo o qual a ausência de lei complementar que regulamente o direito de proteção contra a dispensa arbitrária leva à permissão da dispensa arbitrária é decorrente, precipuamente, do pensamento positivista.

Não há como se negar que, por muito tempo, a dogmática tradicional positivista teve assento cativo no ensino do Direito no Brasil, influenciando o pensamento jurídico dos estudiosos e levando-os à crença, quase inabalável, de que norma e Direito são conceitos tão próximos que, não raras vezes, se encontram numa só definição.

Para os positivistas, as normas legais expressas são bastantes em si mesmas para a solução de quaisquer conflitos decorrentes do convívio em sociedade, sendo possível, por mera subsunção da lei ao fato, se aplicar o Direito nas mais diversas situações, independente de qualquer conteúdo valorativo do intérprete.

O viés subserviente do direito às estruturas sociais postas ganhou substancial reforço a partir do século XIX, com a preponderância da doutrina do positivismo jurídico na elaboração, na compreensão global e na aplicação cotidiana dos ordenamentos normativos. Nesse contexto, o direito passou a ser concebido como o conjunto fechado e autossuficiente das leis existentes em uma determinada circunscrição territorial, cuja validade independeria dos elementos valorativos presentes em outros sistemas (ex: moral, política e religião) ou do conteúdo de seus dispositivos, e cuja racionalidade prática pautar-se-ia pela subsunção formal dos dispositivos legais aos fatos concretos. (EBERT, Paulo Roberto Lemgruber, 2012, p. 211)

Segundo Norberto Bobbio (*O positivismo jurídico*, 1995, p. 136):

o positivista jurídico assume uma atitude científica frente ao direito já que, como dizia Austin, ele estuda o direito tal qual, é, não tal qual deveria ser. O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como fato, não como valor; na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito entre bom e mau, “justo e injusto”.

Para os positivistas, portanto, o Direito possui a característica de completude, de autossuficiência, não se admitindo, nele, a existência de lacunas ou de subjetividade e partindo-se do princípio de que a validade da norma está condicionada tão somente à observância dos requisitos e procedimentos previstos para sua criação, sem se adentrar no mérito do que está sendo legislado.

Não se faz, dessa forma, uma análise de valores. O que está posto no direito prepondera sobre o que seria justo do ponto de vista da ética ou da moral.

Foi nesse contexto que surgiram, em especial após a revolução industrial, as principais leis de regulamentação das relações entre as pessoas, fortemente influenciadas, se não determinadas, pelo crescimento do capitalismo de forma global.

Ainda que disfarçadas sob uma pretensa defesa da liberdade, as leis em referência se voltaram preponderantemente à proteção do detentor dos meios de produção, nivelado, juridicamente, como “igual” ao operário, embora empiricamente nada haja de igualdade nessa relação social.

Ebert (*O direito do trabalho no século XXI: em busca de uma nova estruturação*, 2012, p. 212) faz análise similar à acima exposta, ao afirmar que:

Sob a racionalidade positivista, as possibilidades de reformulação das estruturas sociais pelo direito ficaram ainda mais limitadas, porquanto o conteúdo das normas – em especial aquelas voltadas para a regulamentação das relações entre privados – primou, nos últimos séculos, por refletir as lógicas de produção e de exploração mercadológica do capitalismo, representadas pelos institutos das obrigações, dos contratos, do direito comercial, dos direitos reais, dentre outros. Nesse contexto, os operadores do direito formados sob a crença de que a validade das normas consistiria em um elemento de índole meramente formal limitaram-se a concebê-las como dados aplicáveis à totalidade das relações sociais enquadráveis em seus enunciados abstratos e gerais e, desse modo, a aplicá-las de forma acrítica, sem atentar para eventuais distorções presentes na realidade fática.

Mais adiante (p. 213) o autor sintetiza a análise acima feita, apontando o resultado óbvio para todo esse processo de formação do direito baseado na proteção do sistema capitalista:

A classe social detentora dos meios de produção (burguesia), que saíra vitoriosa das revoluções liberais, forjou os ordenamentos jurídicos das potências industriais de então segundo seus desígnios. Nesse sentido, as normas passaram a ter por escopo a facilitação das relações mercantis entre os agentes econômicos, com base na crença de que estes últimos seriam detentores de um mesmo grau de autonomia privada e de liberdade individual, sendo, portanto, iguais perante o direito. Contudo, a aplicação de tal construção ideológica nas relações de trabalho afigurou-se desastrosa. A propalada “igualdade” entre os detentores dos meios de produção e aqueles que ofereciam sua mão de obra no bojo dos contratos civis de “prestação de serviços” e de “arrendamento de obras” mostra-se uma verdadeira (e trágica) ficção diante da realidade mercadológica de então, marcada pelo excesso de mão de obra nos polos urbanos e pela conseqüente preponderância do empregador na fixação das condições laborais.

Nesse sentido também é a opinião de Santos (2002, p. 141), para quem:

O aparecimento do positivismo na epistemologia da ciência moderna e o do positivismo jurídico no direito e na dogmática jurídica podem considerar-se, em ambos os casos, construções ideológicas destinadas a reduzir o progresso societal ao desenvolvimento capitalista, bem como a imunizar a racionalidade contra contaminação de qualquer irracionalidade não

capitalista, que ela fosse Deus, a religião ou a tradição, a metafísica ou a ética, ou ainda as utopias ou os ideais emancipatórios. No mesmo processo, as irracionalidades do capitalismo passam a poder coexistir e até a conviver com a racionalidade moderna, desde que se apresentem como regularidades (jurídicas ou científicas) empíricas.

O legalismo de que decorre o positivismo jurídico, como sabemos, foi largamente utilizado como justificativa para as maiores atrocidades já vivenciadas pela humanidade, especialmente nos movimentos nazistas e fascistas da primeira metade do século XX.

Servia, o direito, ou melhor, o direito positivado, como embasamento para o cumprimento das ordens recebidas de superiores hierárquicos, justificando-se que não cabia, ao subordinado, fazer análise de valor da determinação imposta, uma vez que o próprio direito lhe determinava o cumprimento cego.

Não é por outra razão que se associou o declínio do positivismo à queda dos movimentos fascistas e nazistas.

A decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido. (BARROSO, 2001, p. 18)

Além da cruel constatação prática acerca do equívoco do pensamento positivista formalista, o estudo livre do Direito vem demonstrando a impossibilidade de se considerar, este, como uma ciência objetiva, desvinculada do sujeito que o aplica, de suas ideologias e de seus desejos.

Exsurge, de forma clara e robusta, a necessidade de se ver o Direito com novos olhos, de se lhe atribuir eficácia diversa da que até então se reconhecia, de simplesmente ditar o comportamento da sociedade. Tornou-se imperioso, pelas próprias circunstâncias, que o Direito deixasse de ser considerado mero instrumento de imposição de regras de conduta e passasse a ser considerado como uma poderosa ferramenta de realização da Justiça.

É exatamente como uma alternativa a este modelo ultrapassado e falho que surge a escola pós-positivista.

2.5.2 O pós-positivismo

A recepção da ética e de valores morais pelo direito após o período de supremacia do positivismo jurídico é um movimento que se justifica pela própria evolução do pensamento jurídico, mas que teve sua origem determinada, sem dúvida, pela utilização indevida da lei como escudo para a concretização de crimes contra a humanidade.

Relata Barroso (2011, p. 270) que:

Como consequência, a partir da segunda metade do século XX, o Direito deixou de caber integralmente no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge como o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e de legitimidade.

O pensamento pós-positivista, admitindo a subjetividade do Direito e suas diversas lacunas, reconhece a necessidade de se balizar o Direito pela ética e por seus princípios maiores, elevando-os a uma condição juridicamente superior à da própria regra em sentido estrito, indo além da sua simples utilização na lacuna da lei ou em sua interpretação.

Faz-se, aqui, uma ressalva: essa última forma de aplicação de princípios – na lacuna da lei ou em sua interpretação, não é, como se sabe, um avanço trazido pelo pós-positivismo.

Pelo contrário, mesmo sob a dogmática positivista não há controvérsia quanto ao pressuposto de que, em havendo omissão da lei sobre determinada situação, especialmente quando se está diante de direito que assegure requisitos mínimos de dignidade, impõe-se ao jurista a utilização de outras ferramentas que supram a falha constatada.

Nesse sentido é o art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual ao juiz não é permitido escusar-se de decidir diante da omissão ou da lacuna na lei, impondo-se-lhe a obrigação de dizer o direito de acordo com a analogia, com os costumes e, também, com os princípios gerais do direito.

No âmbito do direito laboral, a necessidade de se aplicar por analogia as

regras gerais, inclusive em relação ao direito comparado, diante da omissão da lei a respeito, está expressamente determinada no artigo 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual:

Art. 8º - 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 de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

O reconhecimento, portanto, da validade desse pressuposto – a existência de lacunas ou omissões na lei impõe o julgamento baseado em princípios, não é atribuído aos pós-positivistas, já que também pode ser invocado como uma previsão positivada no ordenamento jurídico e que, conseqüentemente, independe de uma análise de valores não expressos.

O pensamento positivista, contudo, mais do que aplicar os princípios na interpretação da lei, ou na ausência ou omissão legislativa, reconhece que os princípios aceitos pelo ordenamento jurídico, em especial aqueles elevados ao nível constitucional, estão impregnados de caráter normativo, impondo-se sua observância, *ainda que haja regra expressa em contrário sobre o mesmo tema.*

Partindo desse pressuposto – de que os princípios também são normas, bem como de que, nessa condição, estão posicionados hierarquicamente em nível superior ao das demais regras, torna-se fácil concluir que, em havendo uma regra que contrarie um princípio, deve ser de plano descartada.

Barroso resume de forma bastante didática o que se expôs acima, ao dizer que:

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética.

No mesmo sentido se pode afirmar que:

... a hermenêutica jurídica, a doutrina e a jurisprudência modernas não se satisfazem mais com a carcomida idéia de que todas as soluções só podem ser extraídas das leis (regras), sendo vedado ao juiz qualquer exercício

criativo que permita, a partir de juízo de ponderação de valores, buscar a solução mais adequada e justa para o caso que lhe chega às mãos para resolver.

Neste novo cenário jurídico que se descortina, os princípios, tal qual as regras, são espécies do gênero normas. Vale dizer: os princípios, especialmente os que já se encontram positivados no ordenamento constitucional, deixam de ser utilizados apenas como elementos de integração de lacunas e passam a ocupar posição de destaque, sendo exigido do intérprete que lhes dê concreção, ainda que para isto tenha que afastar a aplicação de uma regra que com ele não se conforme e que, por isto, afrontaria a Carta Maior. (OLIVA, 2008, p. 90) (sem grifos no original)

Alexy⁵ buscou esclarecer os pontos centrais relativos ao tema, conceituando seus institutos básicos, tais como normas, princípios e regras, levando em consideração especialmente a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão e apontando como solução para a colisão de princípios a utilização do critério de proporcionalidade.

Nessa análise dos princípios, Alexy expõe seu objetivo de conceber uma teoria dos Direitos Fundamentais da Constituição alemã, por ele considerada uma teoria integradora e que englobe *“da forma mais ampla possível, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, passíveis de serem formulados no âmbito das três dimensões (da dogmática jurídica) e os combine de forma otimizada”*.

Sobre o conceito de norma em sentido geral, o autor opta por sua definição semântica, diferenciando-a de enunciado normativo, concluindo que a primeira é o significado deste último ou, em outras palavras, o enunciado é a expressão da norma.

Entrando na conceituação de normas de direito fundamental e seus enunciados normativos (que Alexy prefere, neste ponto, chamar de “disposições de direito fundamental”), o autor relembra ser possível definir se uma disposição da Constituição é, ou não, de direito fundamental, baseando-se em aspectos materiais (ou substanciais), estruturais ou formais.

Exemplo de definição pelo aspecto material (ou substancial) é a definição como de direitos fundamentais apenas dos enunciados que garantem direitos subjetivos.

Alexy, a cujo pensamento nos filiamos, prefere a conceituação de direitos fundamentais com base no critério formal, ou seja, relativo à forma de sua positivação, definindo como tais os direitos inseridos no capítulo da Constituição

⁵ Um dos nomes de grande relevância no estudo do pós-positivismo, é considerado um dos maiores filósofos do Direito contemporâneo.

Federal Alemã, intitulado “Os Direitos Fundamentais”, além daqueles que autorizam o recurso à reclamação constitucional previstos no artigo 93, § 1º, 4º, da referida Carta.

Maranhão (2010, p. 107) faz uma excelente síntese das diferenças nos paradigmas entre o modelo positivista e o pós-positivista, cuja transcrição merece ser feita:

*...no **positivismo**: i) o intérprete há de ter uma postura neutra, apenas extraindo o sentido já embutido no enunciado legal; ii) o sistema jurídico é visto como fechado/completo, marcando-se pela unidisciplinariedade; iii) dá-se a supremacia da lei (foco no texto legal – prevalência da Lex), destacando-se a normatividade das regras; in) trabalha-se no âmbito do ser/dever ser; v) a interpretação se dá in abstracto, ocorrendo a inconstitucionalidade da norma, esta encarada como objeto da interpretação (o preceito normativo é o ponto de chegada – o fato concreto não é valorizado); vi) reina na hermenêutica o método subsuntivo/silogístico (ciência), com predomínio do valor segurança; vii) há rigidez na separação funcional do poder; viii) o papel do juiz é passivo, na função de mero reproduzidor da lei (o juiz descreve a realidade).*

*Já no **pós-positivismo** o intérprete há de ter uma postura construtiva, atribuindo sentido ao enunciado legal; ii) o sistema jurídico é visto como aberto/completo, marcando-se pela interdisciplinariedade; iii) dá-se a supremacia da Constituição (foco no contexto fático-jurídico – prevalência do jus), destacando-se a normatividade dos princípios; iv) trabalha-se no âmbito do poder ser; v) a interpretação se dá in concreto, ocorrendo a possibilidade de inconstitucionalidade dos efeitos da norma, esta encarada como resultado da interpretação (o preceito normativo é o ponto de partida – o fato concreto é valorizado); vi) reina na hermenêutica o método ponderativo (prudência), com predomínio do valor justiça; vii) há flexibilidade na separação funcional do poder; viii) o papel do juiz é ativo, na função de verdadeiro produtor do direito (o juiz transforma a realidade).*

A definição de Alexy sobre normas de direitos fundamentais é plenamente cabível no direito brasileiro, merecendo destacar que a proteção contra a dispensa arbitrária está inserida no título constitucional que trata dos direitos fundamentais, além de garantir direito subjetivo, circunstâncias que, por uma ou por outra definição (material ou formal), levam à conclusão de que se trata inquestionavelmente de norma de proteção a direito fundamental.

Essa é, em nossa opinião, a mais importante inovação trazida pela escola pós-positivista, especialmente no que diz respeito ao Direito do Trabalho, no seio do ordenamento jurídico brasileiro.

O que se defende neste estudo, influenciado pelo pensamento pós-positivista, é que, por ser ainda inexistente a legislação – constitucional ou infraconstitucional, a respeito do direito fundamental, reconhecido no texto magno, de proteção contra a despedida arbitrária, não se pode simplesmente concluir que este não exista, posto se tratar de princípio que deve determinar a garantia de estabilidade mínima aos

trabalhadores em geral.

Pelo contrário, a ausência de texto legal não impede que a situação de fato ocorra e que, sobre ela, possa ser dada decisão justa, que privilegia a argumentação axiológica em detrimento da formalista, porquanto há, sem dúvida, importante princípio ditado pelo texto constitucional sobre a questão.

Esse poder que se atribui a um princípio, de, mais do que suprir a omissão da lei, revogar o seu enunciado, tal qual se dá quando uma lei é por outra revogada, é o que se convencionou chamar de força normativa dos princípios.

Com efeito, a mudança nos paradigmas de aplicação hierárquica dos princípios é bastante evidente, sendo captada por Maranhão (2010, p. 98) nos seguintes dizeres:

“Como se pode perceber, a teoria normativa dos princípios é assunto estreitamente ligado ao pós-positivismo, que, a seu turno, tem já produzido sólidos efeitos na realidade jurídica brasileira. Efetivamente, nosso atual panorama jurídico sinaliza pela alteração da tradicional hierarquia das fontes do direito, tal qual formulada pela Lei de Introdução ao Código Civil. De fato, ao invés de fontes subsidiárias do direito, cuja aplicação só se justificava na ausência de lei ou de costume relacionados ao caso, bem como na impossibilidade da analogia (Código Civil, artigo 4º), os princípios recentemente assumiram o posto de fontes de alta dignidade normativa.”

Prossegue o autor, na mesma obra (p. 100):

“Com efeito, os princípios, como consignado, já tinham juridicidade, porque inseridos, ainda que em caráter secundário, no ordenamento jurídico, mesmo que como mera fonte subsidiária de direito. Atualmente, aos princípios foi agregado o predicado da normatividade, ou seja, foi-lhe atribuída a capacidade de vincular, de conformar condutas. Mas, é claro que essa tal capacidade normativa poderia muito bem ser exercida no âmbito da seara infraconstitucional. Todavia, assim não ocorreu. Ao mesmo tempo em que receberam essa forte carga de normatividade, os princípios também foram alcandorados ao ápice, ao topo do ordenamento jurídico, alojando-se na intimidade da tessitura constitucional. Assim, além de juridicidade e normatividade, agora os princípios também passaram a deter supremacia no reino jurídico, na medida em que jungidos nada mais nada menos que à própria Carta Magna.”

O texto do artigo 7º, I, da Constituição Federal, como já se disse, ao garantir a proteção contra a despedida arbitrária como direito dos trabalhadores, tem nítido viés axiológico, estabelecendo um comando geral a ser observado não apenas pelo Estado quando da implantação de políticas públicas ou na elaboração de leis e no julgamento dos casos concretos, mas se destina igualmente ao particular, a quem caberá cooperar no alcance desse objetivo.

Conclui-se, portanto, da leitura do enunciado da norma mencionada, que sua eficácia se opera tanto no sentido vertical (Estado x particular) quanto no sentido

horizontal (particular x particular).

No que tange à amplitude da eficácia das normas de direitos fundamentais, na teoria proposta por José Afonso da Silva (*A Aplicabilidade das normas Constitucionais*, 2007) essas se classificam em *normas de eficácia plena* – aptas, desde sua origem, a gerar efeitos imediatos; *normas de eficácia contida* – que, embora também gerem efeitos imediatos, estes podem ser limitados por meio de legislação infraconstitucional e; *normas de eficácia limitada*, que dependeriam, para a irradiação de efeitos, de regulamentação por outras normas.

Nessa última categoria haveria de enquadrar, na classificação acima, o inciso I, do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988.

A classificação sugerida pelo autor tornou-se alvo, nos últimos tempos, de críticas doutrinárias, tendo o próprio Supremo Tribunal Federal se manifestado algumas vezes pela necessidade de se atribuir efeito imediato mesmo para as normas consideradas de eficácia limitada.

É o que ocorreu recentemente no Mandado de Injunção de n. 4.153⁶, que recebeu decisão liminar no Ministro Luiz Fux determinando a imediata aplicação por analogia da lei 8.213/91 que trata do Regime Geral da Previdência Social para os casos de aposentadoria especial de servidor público portador de deficiência, enquanto não for regulamentado o direito previsto no artigo 40, § 4º, I, da Constituição Federal, cuja ementa foi assim publicada:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. APLICABILIDADE DO ART. 57 DA LEI FEDERAL Nº 8.213/91 ATÉ QUE SOBREVENHAM AS LEIS COMPLEMENTARES QUE REGULAMENTEM O ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES DO STF. LIMITES OBJETIVOS DA DECISÃO EM MANDADO DE INJUNÇÃO, CINGIDOS À COLMATAÇÃO DA LACUNA LEGISLATIVA NA REGULAMENTAÇÃO DE DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO. PERMANÊNCIA DO DEVER DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COMPETENTE PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA DE VERIFICAR O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS NO CASO CONCRETO. 1. A aposentadoria especial de servidor público portador de deficiência é assegurada mediante o preenchimento dos requisitos do art. 57 da Lei Federal nº 8.213/91, até que seja editada a lei complementar exigida pelo art. 40, § 4º, I, da Constituição Federal. Precedente do STF (MI 1.967-AgR/DF, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 05.12.2011). 2. Os limites objetivos da decisão no mandado de injunção cingem-se à colmatação da lacuna legislativa necessária à fruição de direito constitucionalmente assegurado. 3. A decisão concessiva da injunção não exige a autoridade administrativa competente de verificar, no

⁶ Supremo Tribunal Federal. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 3141487. MI 4.153 / MS

caso concreto, o preenchimento dos requisitos legais para a concessão da aposentadoria especial (MI 1.286-ED, Plenário, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 19.02.2010 e MI 3.322-AgR/DF, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 07.12.2011). 4. Concessão da ordem.

Como se vê, trata-se de situação muito parecida, para não dizer idêntica, à do artigo 7º, I, também da Constituição Federal, merecendo ser feita a comparação entre as normas:

O artigo 40, da Constituição Federal assegura aos servidores públicos o direito a regime de previdência pública e, no inciso I, do § 4º, do mesmo artigo, prevê a possibilidade de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos servidores portadores de deficiência *“nos termos definidos em leis complementares”*.

O artigo 7º, inciso I, da mesma Constituição, assegura aos trabalhadores urbanos e rurais o direito de proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa *“nos termos de lei complementar”*.

Em outras palavras, a Constituição previu expressamente dois direitos a duas categorias diferentes (servidores públicos ou trabalhadores celetistas), conforme regulamentação complementar e em nenhuma das duas situações essa regulamentação complementar foi editada.

O entendimento do STF acima transcrito, utilizado para a aposentadoria dos servidores públicos portadores de necessidades especiais, deve, portanto, por uma questão de simples coerência, ser igualmente invocado na proteção contra a despedida arbitrária.

No caso dos servidores públicos, o critério utilizado pelo STF foi a utilização da Lei 8.213/90 por analogia.

Para os trabalhadores celetistas, a analogia poderia ser, apenas para citar um exemplo, a lei nº 6.514, de 22.12.1977, que incluiu o artigo 165, na Consolidação das Leis do Trabalho, para assegurar a garantia de emprego aos empregados dirigentes da CIPA, segundo o qual *“os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.*

Traz-se, por fim, um importante princípio de interpretação constitucional, denominado de máxima efetividade, que determina que qualquer interpretação que se faça de um dispositivo constitucional deve levar ser no sentido de se lhe atribuiu a maior eficácia possível.

Na definição de Celso Ribeiro Bastos (*Curso de Direito Constitucional*, 2002, p. 176):

O postulado é válido na medida em que por meio dele se entenda que não se pode empobrecer a Constituição. O que efetivamente significa esse axioma é o banimento da idéia de que um artigo ou parte dele possa ser considerado sem efeito algum, o que equivaleria a desconsiderá-lo mesmo. Na verdade, neste ponto, acaba por ser um reforço do postulado da unidade da Constituição. Não se pode esvaziar por completo o conteúdo de um artigo, qualquer que seja, pois isto representaria uma forma de violação da Constituição. (sem grifos no original)

Contraditoriamente, o entendimento até hoje majoritário sobre o tema em estudo tem sido exatamente o oposto do que determina essa regra de interpretação constitucional, ou seja, de que o inciso I, do artigo 7º, da Constituição Federal, não possui qualquer eficácia enquanto não sobrevier a sua regulamentação complementar.

2.6 A DISPENSA COLETIVA

Não obstante haja, ainda, profunda resistência à aplicação do entendimento que se defende neste trabalho quanto à necessidade de justificação da dispensa individual arbitrária, especialmente por se basear no pensamento pós-positivista que sobrepõe o princípio à própria norma, fato é que um número cada vez maior de decisões tem trilhado exatamente este caminho em ações que têm como objeto a dispensa coletiva.

Nessas ações, tendo em vista a ausência de indicação de uma causa que justifique o impacto social que decorre da dispensa, têm sido impostas medidas de repressão à extinção contratual, geralmente consubstanciadas em reintegração ao emprego ou, no mínimo, em reparação substitutiva.

Foi o que ocorreu quando da demissão em massa perpetrada pela EMBRAER em 2009, na qual mais de quatro mil empregados foram dispensados.

Na ação proposta pelos sindicatos dos metalúrgicos dos municípios de São José dos Campos e de Botucatu, questionou-se a ausência de negociação prévia pelo empregador, argumentando-se, dentre outros pontos, que se tratava de empresa altamente lucrativa, que teria, portanto, condições de suportar a crise mundial de 2008 sem que precisasse, para tanto, lançar mão de medida tão socialmente injustificada.

O caso foi julgado originariamente pelo TRT da 15ª Região e a decisão de

mérito mereceu a seguinte ementa, cuja transcrição se faz diante da importância que adquiriu no cenário da jurisprudência nacional, sendo frequentemente apontado como um *leading case*:

CRISE ECONÔMICA. DEMISSÃO EM MASSA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. ABUSIVIDADE. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA. PERTINÊNCIA. As demissões coletivas ou em massa relacionadas a uma causa objetiva da empresa, de ordem técnico-estrutural ou econômico-conjuntural, como a atual crise econômica internacional, não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados, com maior amplitude do que se dá para as demissões individuais e sem justa causa, por ser esta insuficiente, ante a gravidade e o impacto socioeconômico do fato. Assim, governos, empresas e sindicatos devem ser criativos na construção de normas que criem mecanismos que, concreta e efetivamente, minimizem os efeitos da dispensa coletiva de trabalhadores pelas empresas. À míngua de legislação específica que preveja procedimento preventivo, o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais. Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário, sopesando os interesses em jogo: liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, cabe-lhe proferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores. Infelizmente não há no Brasil, a exemplo da União Europeia (Directiva nº 98/59), Argentina (Ley nº 24.013/91), Espanha (Ley del Estatuto de los Trabajadores, de 1995), França (Lei do Trabalho, de 1995), Itália (Lei nº 223/91), México (Ley Federal del Trabajo, de 1970, cf. texto vigente – última reforma foi publicada no DOF de 17.01.06) e Portugal (Código do Trabalho), legislação que crie procedimentos de escalonamento de demissões que levem em conta o tempo de serviço na empresa, a idade, os encargos familiares, ou aqueles em que a empresa necessite de autorização de autoridade, ou de um período de consultas aos sindicatos profissionais, podendo culminar com previsão de períodos de reciclagens, suspensão temporária dos contratos, aviso prévio prolongado, indenizações, etc. No caso, a Embraer efetuou a demissão de 20% dos seus empregados, mais de 4.200 trabalhadores, sob o argumento de que a crise econômica mundial afetou diretamente suas atividades, porque totalmente dependentes do mercado internacional, especialmente dos Estados Unidos da América, matriz da atual crise. Na ausência de negociação prévia e diante do insucesso da conciliação, na fase judicial só resta a esta Eg. Corte, finalmente, decidir com fundamento no art. 4º da LICC e no art. 8º da CLT. Assim, com base na orientação dos princípios constitucionais expressos e implícitos, no Direito Comparado, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, Paulo Bonavides e outros acerca da força normativa dos princípios jurídicos, é razoável que se reconheça a abusividade da demissão coletiva, por ausência de negociação. Finalmente, não sobrevivendo mais no ordenamento jurídico a estabilidade no emprego, exceto as garantias provisórias, é inarredável que se atribua, com fundamento no art. 422 do CC – boa-fé objetiva – o direito a uma compensação financeira para cada demitido. Dissídio coletivo que se julga parcialmente procedente. (TRT 15ª R., DC 309-2009-000-15-00-4, AC. 333/09, j. 30.03.09, Rel. José Antonio Pancotti, LTr 73-04/476)

Veja-se que na decisão transcrita o Relator deferiu a reparação pecuniária partindo expressamente do pensamento pós-positivista de Dworkin e Alexy, inclusive sugerindo a forma de solução do problema, para o qual não há previsão na

legislação interna.

Considerou, o eg. Regional, ser insuficiente a regra atual de proteção contra a dispensa arbitrária individual, ante a gravidade e o impacto socioeconômico da dispensa coletiva.

Por essa razão, e diante da ausência de regra específica no ordenamento interno quanto às consequências de formas de proteção contra a dispensa coletiva, criou, o órgão julgador, requisito essencial para a validade do ato demissionário em massa, que é a submissão prévia à negociação coletiva, com intermediação do Sindicato.

Ressalta-se, mais uma vez, que em nenhum local da legislação nacional há previsão de negociação coletiva como pré-requisito para a validade da dispensa coletiva.

Trata-se, inequivocamente, de direito/dever criado na própria decisão e que se baseou precipuamente em princípios gerais aceitos pela sociedade internacional e consagrados pela Convenção 158, da OIT, atribuindo-se-lhes força normativa independente de terem sido, ou não, regulamentados.

Referida convenção dispõe, em seus artigos 13 e 14 os quais, diga-se, não eram objeto da ADI 1480/DF, sobre términos (no plural) por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, prevendo, no primeiro dos artigos citados, as seguintes obrigações ao empregador:

a) proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos términos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos mesmos e o período durante o qual seriam efetuados esses términos;

b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os términos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os términos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.

Como se vê, a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região emprestou da Convenção 158 a regra geral que determina a informação, aos representantes dos trabalhadores – no Brasil a função pertence aos sindicatos, acerca dos motivos da dispensa coletiva, oportunizando a negociação prévia.

Importa mencionar que a referida decisão foi mantida pelo colendo Tribunal Superior do Trabalho em recurso ordinário, cuja relatoria coube a um dos mais

renomados nomes da literatura juslaboral dos dias atuais, Ministro Mauricio Godinho Delgado, restando assim redigida a ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas tem natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea - sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada - é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontrastável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que -a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores-. DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por de tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do (s) respectivo (s) sindicato (s) profissional (is) obreiro (s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores,

espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que – a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores-, observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial.

(TST, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 10/08/2009, Seção Especializada em Dissídios Coletivos,)

Manteve-se, na instância recursal, a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa dos trabalhadores, requisito, como já visto, não previsto no direito brasileiro e para o qual o Judiciário buscou inspiração no direito comparado.

Em outros termos, no âmbito do direito coletivo, reconheceu o Tribunal Superior do Trabalho que não há o direito potestativo do empregador de dispensar seus empregados de forma coletiva, condicionando a validade do ato a requisitos específicos.

Trata-se de importante previsão, garantindo o chamado direito à informação, que é considerado uma garantia fundamental, inserido por parte da doutrina entre os direitos humanos de quarta dimensão, juntamente os direitos à participação democrática e ao pluralismo.

Reconhece-se, portanto, a necessidade de diálogo e transparência nas relações de trabalho especialmente quanto às dispensas coletivas, tendo em vista suas relevantes repercussões, normalmente negativas, para a sociedade. (GARCIA, 2013, p. 55)

O próximo capítulo será destinado ao direito à informação, que, embora tenha assento cativo em outras áreas jurídicas, como no direito do consumidor, cabe perfeitamente em todos os ramos do Direito e possui especial relevância no âmbito das relações laborais.

CAPÍTULO III

O DIREITO À INFORMAÇÃO

Como se pôde notar, este estudo tem como principal eixo a necessidade de se reconhecer o dever do empregador de motivar a dispensa do seu empregado, *informando-o* acerca das razões que o levaram à extinção do contrato de trabalho e excluindo a possibilidade de simples denúncia vazia do vínculo empregatício.

A medida evita a enorme injustiça que até os dias atuais tem sido legitimada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, que é a imputação de considerável dano, muitas vezes extrapatrimonial, ao trabalhador, cujo contrato – que, por princípio geral, se presume por prazo indeterminado – foi abrupta e desmotivadamente extinto.

Além da própria argumentação concernente à inconstitucionalidade da dispensa arbitrária desenvolvida no capítulo anterior, traz-se outro relevante argumento para demonstrar a possibilidade de, desde já, se reconhecer a obrigatoriedade de o empregador informar ao empregado a razão do término do contrato.

Trata-se do direito à informação, previsto no inciso XIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, que tem como uma de suas diversas faces, o direito de que é portador o empregado de ser informado sobre o motivo que levou seu empregador a dispensá-lo.

Sobre esse princípio constitucional, embora seja replicado em outros códigos internos e convenções internacionais e largamente aplicado em diferentes microsistemas jurídicos, ainda há pouca doutrina acerca de sua incidência na esfera laboral.

Neste capítulo, faremos uma análise do direito brasileiro e dos tratados internacionais referentes ao tema, visando a atribuir autoridade jurídica ao direito/dever mencionado também na esfera laboral, de modo a se reconhecê-lo como princípio amplamente aplicável nas relações de trabalho e em especial no seu término.

Para tanto, partiremos das noções iniciais sobre a informação em si, os direitos e deveres a ela inerentes e sua inserção no meio jurídico em outras áreas para, ao final, demonstrar a possibilidade de sua aplicação no direito trabalhista,

como fundamento jurídico para a defesa da tese de que a dispensa do empregado deve ser motivada pelo empregador.

3.1. A INFORMAÇÃO E AS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS

A influência da informação nas transformações da sociedade é fenômeno inegável, que acompanha a evolução do homem desde a sua origem, nos intermináveis conflitos decorrentes da vida em coletividades.

A transmissão e a recepção de informações é mecanismo inerente ao próprio crescimento do ser humano, que depende dessa troca para forjar sua personalidade, delimitar suas necessidades, dirigir suas escolhas e prioridades.

Esse processo, praticamente natural, determina igualmente o poder de que serão mais ou menos dotadas as pessoas, na medida em que adquirem o conhecimento por intermédio da informação.

Para João Ricardo Brandão Aguirre (*Responsabilidade e informação*, 2011, p. 135):

... infere-se que a formação do conhecimento envolve a manipulação de informações que permitam à pessoa, em um ambiente complexo, resolver os problemas e encontrar soluções para os riscos a que esteja sendo submetida.

Também para conseguir justificar as alegações de validade diante de argumentos opostos, é necessário que o indivíduo ou os indivíduos que participem desse processo cognitivo estejam munidos de dados e informações capazes de fazer frente à argumentação contrária.

Outrossim, ao aprender com os próprios erros, o sujeito municia-se de informações que lhe serão úteis em momentos posteriores, mas que poderão ser transmitidas a outrem, na forma de conselhos, recomendações ou advertências.

A formação dessa autoridade epistêmica do indivíduo permitirá que diga “sim” ou “não” às questões que lhe são apresentadas. Essa tomada de decisões em muito poderá influir no seu destino, fazendo com que tenha benefícios ou prejuízos, dependendo da forma como foi efetuada.

O que se evidencia, contudo, cada vez de forma mais nítida, é o aumento do poder que se atribui àquele que detém a informação.

Na sociedade capitalista e baseada no consumo, como é a em que vivemos, a tendência é de se imprimir cada vez mais força à informação e, conseqüentemente, àquele que a possui.

A condição de detentor de informações se torna, cada vez mais, a porta de acesso a posições privilegiadas nas obscuras lutas pelo poder. Desde a organização militar, passando pela estrutura do sistema educacional até o projeto arquitetônico das novas fábricas advindas da revolução industrial;

informações sobre o tempo de duração de tarefas, sobre as opiniões dos sujeitos envolvidos nas atividades e outras, consolidam-se como a matéria-prima com a qual se constroem as hierarquias de poder nas sociedades. (MENEZZI, 2011, p. 19)

A velocidade com que se transmite a informação na era da globalização aproxima os homens de forma jamais vista no passado, desafiando a distância física que os separa e contribuindo para a formação de uma verdadeira sociedade da informação.

De fato, a complexidade da vida moderna e a conseqüente redução da significância da natureza humana em detrimento da produção da atividade do labor empurram a pessoa humana para uma vida cotidiana cada vez automatizada, demandando uma gama cada vez maior de informações para que as atitudes típicas do homo faber possam ser concretizadas. (AGUIRRE, 2011, p. 135)

Na análise de Fernanda Nunes Barbosa (*Informação: direito e dever nas relações de consumo*, 2008, p. 56):

A partir do surgimento dos mass media elétricos, depois os eletrônicos, os homens penetraram num novo mundo: o mundo da comunicação global, o que faz com que, pela primeira vez na História, exista uma espécie de contemporaneidade de todos os homens na terra. A mundialização informacional e cultural é certamente uma forma de abolição do espaço e do tempo na escala mundial, o nascimento de uma “sociedade da ubiquidade” e do direito. É, ainda, o desaparecimento irreversível e total do encravamento das grandes civilizações humanas. Com efeito: “Pela primeira vez na história, o mundo forma uma ‘sociedade’. E esta sociedade é uma sociedade da informação. Antes de mais porque a informação é uma componente essencial do laço social. Depois porque as várias civilizações entre as quais se ‘dividem’ e se repartem os homens, são levadas a comunicar entre elas cada vez mais intensamente, num grau e de uma forma nunca antes vista.” (...) “As mutações da velocidade no século II (o automóvel, o comboio, o avião, telecomunicações) tiveram como efeito uma ‘aceleração’ do tempo e um ‘encolhimento’ do espaço dos homens”.

Nesse contexto, de incremento do poder da informação, se situa, como já visto no primeiro capítulo, o surgimento das primeiras codificações de direitos humanos.

De extrema valia, para este propósito, é a obra de Lynn Hunt – *A invenção dos Direitos Humanos*, na qual a autora tenta demonstrar como os romances publicados no século XVIII influenciaram o pensamento das pessoas, por transmitirem a informação de que todas as pessoas são semelhantes.

Os romances epistolares que se popularizaram naquele período continham pessoas comuns como personagens principais, que buscavam a autonomia que simboliza o Iluminismo, levando o leitor a compartilhar de suas paixões, angústias e outros sentimentos íntimos.

Além disso, a forma escolhida para a narrativa das histórias (nas quais não há

distanciamento entre a heroína e o leitor) propiciou a empatia necessária para o surgimento de um consenso acerca do que se deveria considerar direitos humanos.

Em outros termos, leitor e personagem viviam os mesmos sentimentos íntimos, o que elevou esse forte mecanismo de informação à condição de responsável, na época, pela difusão da crença de que buscamos, todos, a autonomia individual, criando um sentimento de igualdade e empatia uns para com os outros.

Isso porque a transposição do leitor para o personagem promove a moralidade, no momento em que desperta sentimentos de aversão à injustiça narrada nas obras.

Não por coincidência, na mesma época começam a surgir diversos atos que representavam a conquista dessa autonomia, como a restrição do controle exclusivo dos pais sobre seus filhos e a diminuição da maioridade, evidenciando uma mudança de atitude na direção de se conferir uma maior autonomia às pessoas.

Diversas lutas por igualdade de direitos se seguiram, umas com maior empenho e outras, propositadamente de forma mais morosa⁸, mas parece não restar margem para dúvidas de que a empatia vivida entre as pessoas e as personagens heroicas e, ao mesmo tempo, comuns dos romances, abriu o caminho para a positivação dos direitos humanos.

Em outros termos, a informação acerca da condição humana e suas diversas – e, por muitos, desconhecidas – faces, enfim propagada por intermédio de romances epistolares, parece ter sido fundamental para o próprio surgimento dos direitos humanos, o que, por si só, bem exemplifica a importância da informação para o homem.

A preciosidade de que se reveste cada vez mais a informação, a tem tornado importante objeto de disputa pelos homens, a ponto de merecer regulamentação jurídica nos mais diversos ordenamentos.

Sob tal aspecto jurídico, ao direito de informar, à garantia de ser informado e à obrigação de transmitir a informação que dela decorre, corresponde o termo direito à informação.

⁸ A autora,, Hunt, ressalta que os direitos políticos das mulheres demoraram para alcançar o mesmo patamar de debates dos demais direitos.

3.2 O DIREITO À INFORMAÇÃO – DIMENSÕES

O direito à informação não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Elevado ao nível constitucional, é princípio largamente utilizado e se encontra plenamente incorporado ao direito interno.

Está previsto, primordialmente, no inciso XIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, que assegura a todos o acesso à informação, resguardando apenas o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

O direito de acesso à informação, ou simplesmente direito à informação, que à primeira vista estabelece a garantia apenas ao destinatário do conteúdo da mensagem, traz em si, obviamente, uma obrigação a ele inerente, voltada a quem detém a informação, que é o dever de informar.

Trata-se, assim, de um direito, ao qual corresponde um dever que é a face oposta do mesmo instituto.

Há, ainda, uma terceira nuance apontada pelos juristas, que é o direito *de* informar, em geral associado à liberdade de pensamento, opinião e expressão, o qual é conferido aos cidadãos e à imprensa.

A tríplice interpretação do direito à informação está igualmente consagrada na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, incorporada ao regramento jurídico brasileiro por meio do Decreto 678 de 06.11.1992, que traz em seu artigo 13, o seguinte texto:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

Também a Declaração Universal dos Direitos do Homem ampara o direito à informação abarcando as modalidades acima discriminadas, prevendo em seu artigo 19 que *“todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão”*. Continua, o mesmo artigo, dispondo que *“este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”*

Em outros termos, a Declaração Universal prevê, a princípio, o direito *de* informar (liberdade de opinião e expressão e liberdade de transmitir a informação), o

direito *de se informar* (procurar e receber a informação) e o *dever de informar* (sem interferência, por quaisquer meios e independentemente de fronteiras).

Em resumo do que se disse acima, pode-se dizer que o direito à informação comporta três variáveis principais, que, por sua vez, poderão ser subdivididas. São elas:

1. *O direito de se informar*, assegurado a todo cidadão, e que compreende o direito de buscar, pesquisar e receber a informação;
2. *O direito de informar*, que protege a liberdade de pensamento, opinião e expressão e;
3. *O dever de informar*, que impõe a quem detém a informação a obrigação de repassá-la a quem de direito.

Neste estudo, interessa sobremaneira a análise mais aprofundada dos itens 1 e 3 acima citados (direito de se informar e dever de informar) sob o aspecto laboral, posto corresponderem, respectivamente, ao direito de o empregado buscar e receber a informação completa e verdadeira sobre a motivação de sua dispensa e ao dever de o empregador de fornecer essa informação, análise que será feita oportunamente.

Para uma melhor compreensão do tema, entretanto, faz-se necessária uma análise prévia individualizada das três faces do direito à informação.

3.2.1 O direito de se informar.

No que tange ao direito de se informar, precisa é a definição de Bárbara Svalov (*O direito à informação e a proteção dos direitos de personalidade*. In *Informação e direitos fundamentais*, 2012, p. 62), para quem:

O direito de se informar é aquele relativo ao direito de colheita de informações, previsto no inciso XIV do art. 5º da Constituição, o qual garante a todos os indivíduos liberdade de acesso à informação, consistente na permissão de pesquisa, busca de informações, sem sofrer interferências do Poder Público, ressalvadas as hipóteses de sigilo profissional. Vidal Serrano, aliás, conceitua este direito como: “o direito de recolha das informações desejadas”.

Em outras palavras, o direito de se informar é a prerrogativa principal prevista no artigo 5º, XIV, da Constituição Federal, que garante o acesso à informação a todo cidadão, que poderá, pelo exercício desse direito, se valer de quaisquer meios para a busca da informação, garantindo-se-lhe que assim aja sem a interferência do Estado.

Obviamente que o princípio constitucional em análise deverá ser sopesado se entrar em conflito com qualquer outro princípio constitucional, o que ocorrerá, por exemplo, se a busca da informação resultar em violação da intimidade de alguém.⁹

O direito de se informar há de ser interpretado, portanto, em conjunto, e de forma harmônica, com os demais direitos conferidos pela carta magna, não podendo ser tomado de forma absoluta ou sem reservas.

Alguns doutrinadores¹⁰ têm apontado uma subdivisão do direito de se informar, classificando-o em duas outras modalidades: o de *se informar* propriamente dito, analisado acima de forma genérica, e que corresponde à liberdade de acesso à informação (busca da informação - art. 5º, XIV, da Constituição Federal) e o *de ser informado*, que seria o direito de receber dos órgãos públicos qualquer informação, seja de interesse particular ou coletivo (protegido pelo *habeas data*, art. 5º, LXXII, da Constituição Federal).

Discordamos, contudo, dessa subclassificação, por entendermos que o direito *de ser informado* acima referido corresponde, na verdade, não a um direito, mas ao dever de informar, alterando-se apenas a pessoa que é o destinatário da norma – o particular ou o Estado. Entendemos, por isso, que o que pode ser subdividido é o dever de informar, conforme o sujeito da obrigação seja um particular ou a Administração Pública.

3.2.2 O direito de informar.

O direito de informar se consubstancia basilarmente, na prerrogativa conferida às pessoas de se expressarem livremente, expondo seu pensamento e opinião sem ingerência estatal.

Importante salientar, contudo, a ressalva feita por Elizabeth Nahtes Cavalcante (*O acesso à informação nos contratos de consumo*, In *Informação e direitos fundamentais*, 2012, p. 245):

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão, a informação e a divulgação dos fatos devem ser interpretadas em conjunto com a inviolabilidade à honra e à vida privada (art. 5º, X, da CR), assim como o dano à imagem (art. 5º, XXVII, a, da CR), sob pena daquele que excedeu os limites desta liberdade ser responsabilizado por danos materiais e morais (art. 5º, V e X, da CR).

⁹ Art. 5º, X, da CF: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

¹⁰ Ver, a respeito, SVALOV (2012, p. 63)

Assim como se dá no direito de se informar, que deve ser sopesado quando em conflito com outros direitos fundamentais, também o direito de informar tem suas restrições, sendo imprescindível para a sua correta aplicação, que não haja violação à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem das pessoas.

O direito de informar conferido a todo cidadão é, igualmente, assegurado aos meios jornalísticos. Neste particular, atribui-se comumente ao direito de informar a denominação de liberdade de imprensa.

Antes do aprofundamento que o tema merece, importante é o registro da importância dada aos meios de comunicação lembrada por Svalov (2012, p. 61), para quem:

A liberdade jornalística é uma garantia constitucional necessária e de extrema importância para a formação da opinião pública e um dos pressupostos essenciais da democracia, já que o indivíduo somente tem condições de participar do mundo em que vive se tiver acesso e conhecimento dos fatos relacionados ao seu redor.

Tal qual se dá em relação ao direito de *se informar*, o direito *de informar* conferido à imprensa também se encontra positivado na Carta Magna, porém em seus artigos 220 e seguintes, os quais têm como contraponto a obrigação do Estado de não interferir na livre manifestação jornalística.

A ressalva feita anteriormente quanto aos limites da liberdade de informar conferida ao particular com muito maior razão se aplica à imprensa, que igualmente deverá se cercar dos cuidados necessários para que não haja, no exercício do seu direito, violação de direitos de terceiros.

Por fim, uma última advertência merece ser feita: a liberdade de informação se restringe à informação *que corresponde à realidade*, não subsistindo a proteção assegurada constitucionalmente quando se está diante de informação falsa. Sobre o assunto, transcreve-se mais uma vez a opinião de Svalov (2012, p. 69):

A informação que goza de proteção constitucional é a informação verdadeira, eis que a divulgação de uma notícia falsa, em detrimento do direito da personalidade de outrem, não constitui direito fundamental do emissor.

(...)

... se a informação divulgada denigre a honra ou a imagem de uma pessoa, viola o seu direito à intimidade ou à vida privada de alguém, será considerado um abuso no direito de informar, extrapolando o seu direito fundamental consistente na liberdade de informação, e, como consequência, a pessoa que divulgou essa informação poderá sofrer sanções civis e penais.

3.2.3 O dever de informar

Quanto ao dever de informar, consiste na obrigatoriedade que se impõe, a quem detém a informação, de fornecê-la a quem de direito.

Também aqui se faz imprescindível uma vez mais ressaltar a importância de se fornecer uma informação nos dias atuais, trazendo-se a lume a opinião de Luiz Gustavo Zanini Borelli (*A informação na relação médico-paciente*, In *Informação e direitos fundamentais*, 2012, p. 116), para quem:

... a informação é o alicerce para a consolidação da liberdade na relação humana que estudamos, constitucionalmente consagrada e humanamente necessária, para preservação da dignidade humana. É nesta, aliás, como valor subjetivo, que se apoia e refuta-se a possibilidade de se afastarem da pessoa as escolhas dos caminhos que elege, tendo em vista sua condição de ser humano livre, que cobiça traçar e atingir sua plenitude ontológica, numa expressão de bem-estar, conforto, felicidade e plenitude espiritual.

Partindo-se da importância da informação enquanto ferramenta de resguardo da dignidade da pessoa humana, importa analisar os fundamentos do dever de informar, para delimitar seus contornos.

A obrigação de transmitir a informação a quem de direito tem como ponto de partida os princípios da boa-fé objetiva e o da confiança que permeiam as relações entre as pessoas e, em especial, as relações contratuais.

Lisboa (2012, p. 147) diferencia os princípios da boa-fé objetiva e da confiança de forma bastante didática:

...o preceito que consagra a boa-fé, tanto no BGB¹¹ quanto no Código Civil, assenta-se na ideia de boa-fé como fidelidade de agir. É o “ver o outro” conduzir-se de maneira adequada. E confiança é a aceitação da demonstração de fidelidade por se acreditar que a conduta será correta, adequada.

A boa-fé e a confiança não se sobrepõem: embora não se encontre um divisor de águas absoluto entre os princípios em questão, um complementa o outro, até mesmo sob o aspecto etimológico.

Em qualquer contrato parte-se do pressuposto de que as partes agirão de boa-fé, antes, durante e depois de sua formação, o que corresponderá à legítima expectativa criada para a outra parte, que age confiando na lisura do negócio e das ações que o envolvem.

O dever de informação, baseado nos princípios mencionados, poderá ter como destinatário da obrigação tanto um particular quanto o próprio Estado, sendo esta uma das subclassificações dessa norma.

¹¹ Abreviação de *Bürgerliches Gesetzbuch*, ou Código Civil Alemão.

Assim, pode-se dizer que o ordenamento jurídico, em especial a Constituição Federal de 1988, prevê o dever de informar tanto pelo cidadão comum quanto pela Administração Pública.

O tratamento legislativo que se deu, contudo, às duas formas de dever de informar, foi diverso.

O dever que se atribui a um particular de prestar a informação se encontra positivado de forma esparsa em artigos de diversas codificações, tais como na legislação de proteção ao meio ambiente e no Código de Defesa do Consumidor, não havendo, contudo, uma legislação específica sobre o tema.

Já no que concerne ao dever de o Estado prestar a informação, o instituto foi regulamentado pela Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, que ficou conhecida como Lei de Acesso à Informação.

Referida lei aplica-se em todos os âmbitos da Administração Pública, tanto direta quanto indireta, envolvendo, portanto, os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público e, igualmente, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Aplicam-se, ainda, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres¹².

Como já visto, a Lei de Acesso à Informação teve como escopo primordial regulamentar o art. 5.º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, segundo o qual *“todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”*.

Em seu artigo 3º, prevê a mencionada lei, como um dos seus princípios fundamentais, o da *publicidade* como preceito geral e do *sigilo* como exceção.

Embora o princípio da publicidade já esteja contido na Constituição Federal

¹² Art. 2º, da Lei de acesso à informação.

desde a sua promulgação, fato é que a previsão específica na referida lei trouxe o benefício de deixar claro que qualquer informação deve, como regra geral, ser pública, exceto se houver razão para que seja classificada como confidencial ou sigilosa, preceito que a rotina diária nos órgãos públicos não vinha observando até então.

Ressalta-se, por fim, que a própria ementa da Lei de Acesso à Informação faz referência ao inciso XXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, que trata tanto das informações de interesse público ou coletivo quanto daquelas de interesse particular, impondo-se concluir que o dever de informar previsto na citada Lei poderia ser aplicado mesmo quando a informação disser respeito apenas a um cidadão, como, por exemplo, um trabalhador contratado pelo Estado.

Há, contudo, considerável controvérsia doutrinária acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, do direito/dever à informação, quando o sujeito da obrigação não é a Administração Pública, mas sim outro cidadão, o que se reforça, no caso em apreço, diante da ausência de legislação específica sobre o dever de informar quando o sujeito da obrigação é um cidadão ou uma pessoa jurídica de direito privado.

A discussão, que transcende a hipótese específica do direito à informação, diz respeito a todos os direitos fundamentais. Em outros termos, divergem, os juristas, quanto a admitir que os princípios contidos nos direitos fundamentais possuam eficácia horizontal, discussão que será abordada no próximo item.

3.3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Vê-se, pelo exposto no item anterior, que o direito à informação se encontra previsto, sistematizado e protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro, em seu mais alto nível, inserido que foi na Constituição Federal de 1988.

Embora por longo tempo tenha havido séria controvérsia quanto à efetividade dos comandos constitucionais, que não passariam de diretrizes para a elaboração de novas normas, desde a promulgação da Constituição Cidadã se reconheceu a plena normatividade dos preceitos nela contidos.

Barroso (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 2011, p. 247) comenta a mudança no paradigma de pensamento jurídico no pré e pós Constituição

de 1988, afirmando, com propriedade, que:

A preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos, enfim, com a sua efetividade, incorporou-se, de modo natural, à vivência jurídica brasileira pós-1988. Passou a fazer parte da pré-compreensão do tema, como se houvessemos descoberto o óbvio após longa procura. As poucas situações em que o Supremo Tribunal Federal deixou de reconhecer aplicabilidade direta e imediata às normas constitucionais foram destacadas e comentadas em tom severo. Em menos de uma geração, o direito constitucional brasileiro passou da desimportância ao apogeu, tornando-se o centro formal, material e axiológico do sistema jurídico.

A alteração do entendimento quanto à efetividade das normas constitucionais, que deixaram de deter o *status* de meras informadoras do direito para ocupar a privilegiada posição de norma de observância obrigatória, deve-se ao que se convencionou chamar de doutrina da efetividade e que serviu de suporte para a inserção da teoria pós-positivista no Brasil.

Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador. (BARROSO, 2006, p. 364)

No que tange à irradiação dos efeitos da norma constitucional, mais precisamente das normas de direitos fundamentais, a exemplo do direito à informação, importa melhor analisar sua eficácia perante o Estado (eficácia vertical) e diante de outros cidadãos (eficácia horizontal).

Quanto à eficácia vertical, não há dúvida de que as regras de direito fundamental devem servir como elemento determinante da ação do Estado em todas as esferas de poder.

Assim é que o Poder Legislativo deverá se pautar, na elaboração de novas leis, pelos princípios constitucionais expressos por regras de direito fundamental.

O mesmo se diz quanto ao Poder Judiciário, cujas decisões (despachos, sentenças e acórdãos) deverão dar efetividade aos direitos fundamentais, por meio de interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais de forma coerente ao disposto nos princípios em questão.

As ações do Executivo igualmente devem tomar os direitos fundamentais como seus princípios basilares, agindo, ou deixando de agir, se for o caso, para dar-lhes plena eficácia.

Embora haja questionamento doutrinário acerca do real destinatário das normas mesmo em se tratando de eficácia vertical (há posicionamento no sentido de que, no final, será sempre o particular o afetado pela ação do Estado), a discussão perde a importância diante do questionamento maior quanto à irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais *diretamente* contra o particular, questão em relação à qual ainda longe está de ser pacificado o entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Os adeptos da teoria mais conservadora trazem como argumento principal o fato de não haver previsão constitucional para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Este é, em verdade, o modelo utilizado no sistema liberal, onde a autonomia privada é o suporte estrutural de todo o sistema.

Um autêntico exemplo desse modelo liberal, que exige, para a efetividade imediata e direta de um princípio constitucional a previsão específica desta qualidade na própria Constituição é o que se evidencia no sistema jurídico americano, onde, como informa Jane Reis Gonçalves Pereira (*Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares*. In *A nova interpretação constitucional*, 2006, p. 169):

... a jurisprudência se mantém presa à concepção liberal de que os direitos individuais são oponíveis apenas ao Estado, sendo infensa à ideia de aplicação das liberdades constitucionais no âmbito de relações privadas.

Prossegue a autora, ainda sobre a jurisprudência nos Estados Unidos, explicando que:

É lícito supor que essa postura decorre, em parte, do fato de o texto constitucional norte-americano apontar de forma expressa o Estado como destinatário dos direitos civis. As cláusulas do devido processo legal e da igual proteção da lei literalmente enunciam que “no state shall abridge the privileges and immunities of citizens”, e que “nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law”.

Como regra, a jurisprudência norte-americana só admite a invocação dos preceitos constitucionais concernentes a direitos e liberdades constitucionais nos casos em que se identifique uma ação estatal (state action). Assim, em princípio, um particular não deve obediência à cláusula constitucional do “equal protection”, podendo, por exemplo, praticar discriminações raciais no âmbito de sua vida privada.

O argumento mencionado pelos defensores desse modelo liberal (de que a eficácia horizontal de direitos fundamentais violaria a autonomia privada) é auto-destrutivo. Se se admite que a autonomia da vontade seja um direito protegido constitucionalmente, inclusive contra terceiros, torna-se incompreensível a utilização desse mesmo direito como fundamento para defender a impossibilidade de efeitos

de outros direitos constitucionais, em especial os direitos fundamentais, de forma horizontal.

Um argumento talvez um pouco mais difícil de se rebater seja o de que a eficácia direta das normas de direito fundamental tornaria desnecessária a existência do direito civil, sendo, portanto, com ele incompatível.

Alexy (2008, p. 541) traz a resposta:

... essa objeção ignora que os princípios de direitos fundamentais não determinam uma única solução para cada caso. Há inúmeros casos no âmbito do direito civil para os quais há mais de uma solução compatível com os direitos fundamentais. Nesses casos, as normas de direito civil têm uma importância basilar. Além disso, essa objeção ignora que, com frequência, não é claro o que os princípios de direitos fundamentais requerem em um caso de direito civil. Nessa situação, é necessário que o juiz civil, para o bem de uma prática decisória consistente e a serviço dos postulados da segurança jurídica e do tratamento igual, possa se apoiar em um material de decisão dotado de autoridade, ou seja, em normas postas, em precedentes e em proposições dogmáticas comumente aceitas. Um tribunal civil que baseie todas as suas decisões no texto constitucional mas que, para além disso, queira decidir com base em uma tabula rasa normativa nunca poderia satisfazer a esses postulados. Por isso, o juiz civil está prima facie vinculado ao direito civil vigente, na forma de leis, de precedentes e da dogmática comumente aceita. Se ele quiser se afastar disso, em virtude de princípios de direitos fundamentais, ele tem que assumir o ônus argumentativo.

Admite, contudo, mesmo a jurisprudência americana, exceções à regra geral lá adotada, tendo sido, para tanto, estabelecidos critérios para aplicação direta das normas de direitos fundamentais quando a ação do particular se equipara a uma ação estatal ou quando o direito em questão transcende a órbita privada. A este conjunto de critérios se denomina *state action doctrine*.

Diversamente do que ocorre no modelo norte-americano, todavia, para o moderno constitucionalismo brasileiro, a inserção de uma prerrogativa no rol dos direitos fundamentais da Constituição tem sido entendida como suficiente para determinar que seus efeitos se irradiem em ambos os sentidos (vertical e horizontal), sendo oponível, portanto, não apenas contra a Administração Pública, mas também contra o particular.

Nesse sentido, esclarecedora é a lição de Giovana Meire Polarini (*A eficácia vertical e horizontal das normas de direitos fundamentais*. In *Informação e direitos fundamentais*, 2012, p. 52) que trata primeiramente acerca da eficácia vertical dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro:

Os direitos fundamentais surgem como meio de frear os ímpetus do Poder Público, de modo que determinados bens e direitos dos particulares fiquem salvaguardados de violações. A atuação estatal, ao elaborar as leis, nas decisões judiciais, nas ações políticas e administrativas em geral, deve

ter como alvo o homem, considerando, em primeiro lugar e acima de tudo, a sua dignidade e promovendo “as condições eu viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade”.

E quanto ao plano da eficácia horizontal, afirma a autora que:

... o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se consolidado no direito privado, à medida que cada cidadão, no exercício dos atos da vida civil, na convivência social, tem a obrigação de respeitar os direitos fundamentais de seus pares, no sentido de não praticar atos que possam, de alguma forma, afrontar a dignidade de outrem, e, assim procedendo, estar-se-á respeitando os seus próprios direitos fundamentais.

Também concorda Pereira (2006, p. 180) quanto à evolução do pensamento doutrinário brasileiro para admitir a eficácia horizontal das normas de direito fundamental:

Na teoria constitucional contemporânea, há relativo consenso no sentido de admitir alguma forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre pessoas privadas. As concepções que negam qualquer forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais encontram, no diálogo jurídico, cada vez menos ressonância, refletindo hoje uma abordagem mais ideológica do que descritiva do ordenamento.

No que concerne à jurisprudência da Suprema Corte brasileira, alguns julgados, acompanhando o pensamento progressista da doutrina, têm evidenciado a tendência de se admitir a eficácia das normas de direito fundamental contra os particulares, porém sem que haja, ainda, uma análise mais detalhada do tema.

De qualquer forma, é bastante nítida a recepção, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio no pós-Constituição de 1988, ficando à margem o posicionamento conservador que somente admitia sua eficácia vertical.

Mais uma vez, precisa é a análise de Polarini (2012, p. 54) sobre essa evolução no cenário brasileiro:

Os direitos fundamentais nasceram, de acordo com a concepção clássica, como forma de restringir a atuação do poder público em face de sua nefasta intromissão nos direitos e interesses dos cidadãos, salvaguardando-os de violações arbitrárias, pois se entendia, até então, que somente ele era capaz de oprimi-los e desrespeitar seus direitos. No entanto, com o progresso da sociedade e o estabelecimento de novas relações jurídicas, algumas mais complexas do que aquelas que existiam anteriormente, constatou-se também a evolução do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, passando estes, inclusive, a limitar as relações entre os particulares. Importante ressaltar que isso somente fora possível à medida que se reconheceu a supremacia da Constituição da República e os direitos fundamentais foram erigidos ao status constitucional.

Como se vê, o entendimento jurídico brasileiro tem sinalizado claramente em

apoio à teoria progressista baseada no pensamento pós-positivista, sendo imprescindível, neste ponto, a citação de Alexy (2008, p. 528), um dos ícones dessa última teoria, acerca de como, e em que extensão, se dá a eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

Atualmente a ideia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem. A questão sobre como as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão é algo que diz respeito a um problema de colisão. Tanto o problema de construção quanto o de colisão resultam de uma diferença fundamental entre a relação Estado/cidadão e a relação cidadão/cidadão. A relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não-titular. A relação cidadão/cidadão e, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais.

Alexy cita três teorias que tentam explicar a construção dos efeitos dos direitos fundamentais sobre outros cidadãos, quais sejam: teoria dos efeitos indiretos perante terceiros; teoria dos efeitos diretos perante terceiros e; teoria dos efeitos mediados por direitos em face do Estado.

Para a primeira das teorias citadas, preconizada por Dürig e aceita pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, os direitos fundamentais se consubstanciam em princípios objetivos que devem orientar o juiz na interpretação do direito privado, adequando-o ao valor contido no princípio, ainda que seja para decidir contrariamente ao texto da lei se preciso for.

Na teoria dos efeitos diretos, que tem Hans Carl Nipperdey como principal baluarte, dos princípios objetivos representados pelas normas de direito fundamental surgem direitos subjetivos *privados* para os cidadãos. Salienta-se, em tempo, que esta teoria, embora reconheça os efeitos diretos dos direitos subjetivos *privados* não nega que os direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos *públicos*, se voltam apenas contra o Estado.

Alexy (2008, p. 530) explica com propriedade a diferença entre a primeira e a segunda teoria (efeitos indiretos e diretos):

A diferença reside no fato de que não se sustenta que os princípios objetivos produzam efeitos na relação cidadão/cidadão por meio de uma influência na interpretação das normas de direito privado, mas porque deles “fluem também diretamente direitos subjetivos privados para os indivíduos”.

Para Nipperdey (1962, apud ALEXY, 2008, p. 530):

o efeito jurídico é muito mais um efeito normativo direto, que modifica as normas de direito privado existentes, não importa se se trata de direitos cogentes ou dispositivos, de cláusulas gerais ou normas jurídicas específicas, ou cria novas normas, sejam proibições, deveres, direitos

subjetivos, leis de proteção ou motivos justificadores.

Conclui, assim, Alexy, quanto ao posicionamento de Nipperdey, que “nesse sentido, os direitos fundamentais devem ter um efeito absoluto.”

Por fim, Alexy cita a teoria dos efeitos mediados por direitos em face do Estado, de acordo com a qual “os efeitos na relação cidadão/cidadão são consequência da vinculação do Estado aos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos.”¹³

Enquanto essa última teoria tem como destinatário tanto o legislador quanto o juiz, as duas primeiras se voltam primordialmente para o Judiciário.

O mais importante, contudo, é a conclusão de todas as três teorias admitem um sopesamento de valores nos efeitos dos direitos fundamentais, por partirem do pressuposto de que nas relações entre particulares, tanto um quanto o outro são detentores de direitos fundamentais.

3.4 EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO À INFORMAÇÃO

Partindo-se desse pressuposto que admite e chancela a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que o direito à informação, enquanto direito fundamental que é, também é oponível tanto contra o Estado quanto em desfavor do particular.

Barbosa (2009, p. 45) assim se manifesta quanto ao reconhecimento de que o direito à informação, enquanto direito fundamental, irradia efeitos também nas relações entre os cidadãos:

Como direito fundamental presente no ordenamento jurídico brasileiro, o direito à informação possui caráter tanto individual como coletivo, abrigando interesses “particulares” e “sociais”. De outra parte, constitui direito subjetivo, tanto público como privado – uma vez que oponível não só em face do Estado, mas também perante particulares – qualificado como essencial à pessoa humana, cuja proteção configura um dos pilares do Estado Democrático.

O autor baseia sua conclusão no seguinte argumento:

A verificação de que o direito à informação não está contido apenas em legislações infraconstitucionais, mas também nas Constituições mais recentes, como direito fundamental, também denota que seus efeitos não se restringem à ordem privada dos sujeitos, mas irradiam-se na consideração pública do campo indisponível da cidadania ativa, segundo a concepção contemporânea que não a vê somente no exercício do direito oponível ao

¹³ Idem, p. 530.

Estado, mas em face do poder econômico.

A demonstração do que se defende neste capítulo, acerca da eficácia do direito à informação nas relações entre os particulares se evidencia em diversas legislações específicas, merecendo destaque o Código de Defesa do Consumidor, que se encontra impregnado de dispositivos que tornam obrigatória a correta informação e asseguram ao consumidor o direito de recebê-la.

Citam-se, a propósito, e apenas como exemplificação, os artigos 09, 12 e 14 que preveem a responsabilidade civil do fornecedor por informações insuficientes ou inadequadas sobre o uso e riscos e nocividade do produto comercializado; o artigo 31 que determina a obrigatoriedade de apresentação de informações claras, completas e verdadeiras; o artigo 40, que dita a necessidade de informação prévia à contratação acerca dos termos e detalhes do orçamento, dentre outras tantas regras inseridas no CDC.

Também as normas que dispõem sobre a reprodução humana assistida contêm previsão específica sobre o dever de informar, tratando a informação prévia como requisito de validade jurídica do ato de consentimento. Nesse sentido é a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.

O consentimento informado, no campo da reprodução medicamente assistida, é um elemento indispensável para atender aos princípios da liberdade e da autonomia privada, sem o qual resta prejudicada a autodeterminação que se confere a todos os indivíduos, no caso, doadores e receptores de gametas e embriões humanos. (PERRONI, 2011, p. 176).

Mais abrangente na área é o próprio Código de Ética Médica, que veda o profissional de saúde de *“deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”*¹⁴.

Na área penal é abundante o número de normas legais que fazem alusão ao direito/dever à informação, tais como a tipificação de diversos crimes decorrentes de falsidade ou omissão de informações, assim como se dá no Direito Civil, que também aponta, em inúmeros dispositivos, a necessidade de informar, ou o direito de ser informado.

Igual importância ao direito/dever à informação foi dada pela legislação ambiental, merecendo transcrição a síntese feita por Piero Rosa Menegazzi (A

¹⁴ Art. 34, do Código de Ética Médica.

efetivação do Direito à Informação no Meio Ambiente do Trabalho, 2011, p. 58):

A legislação infraconstitucional brasileira também é pródiga no trato da informação ambiental. Merecem destaque as Leis Federais n. 6.938/81, arts. 6º, § 3º; 9º, VII, X, XI e XII; e 10, § 1º (trata-se da lei que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente); n. 9.795/99, em especial o art. 3º, V (tratando sobre a educação ambiental e, especificamente, a obrigação das empresas de promover programas destinados à capacitação dos trabalhadores, visando à melhoria e ao controle efetivo sobre o ambiente de trabalho, bem como sobre as repercussões do processo produtivo no meio ambiente); n. 8.213/91, art. 19, § 3º, V (regula o Sistema único de Saúde, estabelecendo as atividades que visam à promoção da saúde do trabalhador, dentre elas a informação ao mesmo e à sua respectiva entidade sindical e às empresas sobre os riscos de acidentes de trabalho, doença profissional e do trabalho, bem como os resultados de fiscalizações, avaliações ambientais e exames de saúde, de admissão, periódicos e de demissão, respeitados os preceitos da ética profissional); e n. 10.650/03 (lei de suma relevância pois dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama).

Especial destaque deve ser dado, ainda, à influência do direito à informação nas relações contratuais, diante da previsão contida no artigo 422, do Código Civil no sentido de que *os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

Desses princípios decorrem outros deveres anexos das partes contraentes, havendo consolidado entendimento doutrinário quanto à inclusão, dentre os tais deveres anexos, dos deveres de esclarecimento e informação.

Para Aguirre (2011, p. 81):

Por deveres de esclarecimento e de informação compreendem-se aqueles que obrigam as partes a prestarem todas as informações necessárias para atingir o fim contratual almejado, de forma recíproca, desde o momento em que se iniciam as negociações até depois da extinção do contrato. Neles estão compreendidos os deveres de prestação de contas, de aviso e de sigilo.

Prossegue o autor, fazendo referência, ainda, à responsabilização da parte que viola quaisquer dos deveres acessórios do contrato firmado:

...ao impor deveres positivos alarga-se a amplitude da boa-fé objetiva, permitindo-se, inclusive, a recepção pelo sistema de um direito a indenização por danos decorrentes da violação positiva dos contratos, que decorre do descumprimento dos deveres acessórios de conduta.

Em todas essas áreas o direito/dever à informação previsto na Constituição Federal tem sido invocado como suporte jurídico e, essencialmente, como diretriz principiológica na aplicação, interpretação e omissão da lei.

Como visto, o direito/dever à informação encontra-se embrenhado no ordenamento jurídico brasileiro sob as mais diversas vestes, tratando-se de instituto

constitucionalmente assegurado, decorrente dos princípios da boa-fé e da confiança, não se justificando que seja olvidado ou relegado na seara laboral.

3.5 DIREITO À INFORMAÇÃO E A DISPENSA ARBITRÁRIA

Embora tradicionalmente na doutrina o direito à informação esteja associado a searas jurídicas específicas, tais como ao direito do consumidor, direito civil e direito ambiental como visto no item anterior, em menor proporção o direito/dever em estudo vem sendo citado, mais recentemente, nas obras teóricas trabalhistas. Nesse particular, especial relevo tem sido conferido ao direito em questão quando o tema é o meio ambiente de trabalho, conforme exposto no penúltimo parágrafo do item anterior.

Quando se trata, contudo, da relação laboral em seus institutos típicos, tais como a extinção do contrato de trabalho, detalhados na Consolidação das Leis do Trabalho, escassa é a produção doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto.

É bem verdade que a Consolidação das Leis do Trabalho traz disposição expressa¹⁵ sobre o dever do empregador de informar seus empregados sobre as precauções que devem tomar para evitar riscos de acidentes de trabalho, regra que, diga-se, também está mais conectada à medicina do trabalho do que aos elementos celetistas do vínculo propriamente dito.

Além disso, há a previsão, que vale tanto para o empregado para o empregador, de que para rescindir unilateralmente o contrato de trabalho a parte, a parte que nele pretende por fim deve informar a outra de sua intenção com antecedência de 30 dias.

Exceto, contudo, por essas duas regras, o que se evidencia da leitura atenta do código trabalhista é a relegação do direito à informação a um segundo plano.

Pode-se dizer, inclusive, que, abstraindo do capítulo que trata da medicina do trabalho, é contraditório que uma legislação que visa à proteção do trabalhador tenha previsão expressa de utilização do direito/dever fundamental à informação apenas contra¹⁶ o empregado ou em benefício de ambas as partes no contrato e nada disponha, ao menos de forma expressa, exclusivamente em favor do

¹⁵ Art. 157, da Consolidação das Leis do Trabalho.

¹⁶ O artigo 482, da CLT, considera justa causa para a rescisão do contrato de trabalho a violação, pelo empregado, de segredo da empresa.

trabalhador.

A leitura atenta da Consolidação das Leis do Trabalho deixa, no jurista, a impressão de que o legislador tentou ao extremo garantir que o empregado estivesse resguardado contra os desmandos do empregador, protegendo-o independente do seu próprio desejo, considerando nulos atos praticados em seu desfavor, ainda que tais atos sejam do agrado do empregado, e declarando irrenunciáveis diversos direitos que bem poderiam ser considerados meramente patrimoniais.

A ausência de previsão de forma mais ampla do direito à informação na Consolidação das Leis do Trabalho é uma boa constatação de que o paternalismo exacerbado da legislação acabou por assumir uma feição não esperada ao praticamente considerar o trabalhador incapacitado para lutar por seus direitos. Assim, à vista da evidente desigualdade entre as partes na relação de emprego, a legislação, no afã de proteger o hipossuficiente, em vez de oferecer ferramentas para minimizar a desigualdade gritante, apenas a tornou ainda mais clara.

A omissão da legislação infraconstitucional, entretanto, não afasta a incidência do princípio da informação no Direito do Trabalho, uma vez que se encontra inserido no rol dos direitos fundamentais, sendo, portanto, de eficácia imediata em todas as searas jurídicas.

Acrescenta-se a isso o fato de que, como visto, o trabalho se constitui em elemento de realização da dignidade da pessoa humana, baseando-se, precipuamente, nos princípios da boa-fé e confiança, os quais são os pilares do direito à informação, que tem como uma de suas faces o dever de transparência.

Nesse sentido, merece transcrição a análise de Dias (2012, p. 86) que parte da análise da importância do trabalho à dignidade humana:

...da forma como a sociedade está estruturada atualmente, o trabalho é condição essencial para a sobrevivência do ser humano. É expressão do direito à vida. É o salário que garante o sustento do trabalhador e da sua família, bem como a cobertura das suas necessidades básicas, integrando-o na sociedade. É o trabalho um dos elementos mais importantes que confere dignidade à pessoa humana. É através do labor, e, portanto, do contrato de trabalho, que uma das facetas da dignidade da pessoa humana se concretiza.

Partindo dessa análise, conclui o autor sobre a aplicabilidade do direito à informação no âmbito trabalhista:

Assim, é essencial que a formação dessa relação contratual inspire-se no art. 5º, XIV, da Constituição Federal e nos princípios da função social da propriedade e do contrato, e, por consequência, da boa-fé contratual.

Portanto, o direito à informação é expressão da boa-fé contratual para se estabelecer confiança entre contratantes, transparência da relação e inibição do abuso de poder de uma das partes sobre a outra, garantindo não só a formação de um contrato de trabalho equilibrado, mas também a sua manutenção.

Importante lembrar que o contrato de trabalho, embora seja regido por regras específicas de proteção ao trabalhador, não deixa de ser *um contrato*, como aponta o próprio nome, o que atrai a incidência das normas de direito civil acerca de tudo o que não houver disposição específica na Consolidação das Leis do Trabalho.

A suplementação legislativa mencionada encontra-se expressamente prevista no parágrafo único do artigo 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho: “*o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.*”

Note-se que o *caput* do referido artigo elenca, ainda, diversas outras fontes de direito a serem utilizadas na omissão da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 8º - 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 de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Pela disposição transcrita, observa-se que tanto os princípios gerais de Direito quanto os que são especificamente previstos na legislação civil são, portanto, aplicáveis aos contratos de trabalho, o que leva à inegável conclusão de que o direito à informação, consagrado pela Carta Magna e reafirmado no Código Civil como dever anexo ao da boa-fé e confiança, devem ser rigorosamente observados também na relação laboral.

3.5.1 Situações reconhecidas de obrigatoriedade de motivação da dispensa: justa causa, empregado da Administração Pública e despedida discriminatória.

Seguindo na mesma linha de raciocínio exposta nos parágrafos anteriores importa trazer à discussão algumas situações em que não há entendimento já pacificado, quando não positivado na legislação, sobre o direito que possui o trabalhador de ser informado acerca da causa da extinção do seu contrato de emprego.

Na *justa causa do empregado*, por exemplo, há vários julgados no sentido de se considerar obrigatória a informação acerca dos motivos que levaram o empregador a extinguir o contrato.

Transcreve-se, como exemplo, o seguinte aresto:

JUSTA CAUSA. TEORIA DO MOTIVOS DETERMINANTES. De acordo com teoria dos motivos determinantes entre a falta e a resolução do contrato por justa causa deve haver uma relação de causa e efeito, um nexu causal. Os atos praticados pelo empregado que foram considerados pelo empregador como faltosos são as causas, e a despedida por justa causa, o efeito. O empregador deve comunicar com precisão, o motivo da extinção do contrato (justa causa) e as causas (faltas) que motivaram tal penalidade, para que o empregado tenha direito de conhecê-las (e se defender, se for o caso) e para ter a garantia de que o empregador não irá substituí-las por outra posteriormente. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. SÚMULA Nº 338, I DO TST. A S. 338, I do TST prega que a não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, passível de ser elidida por prova em contrário, ou seja, trata-se de uma hipótese de inversão do ônus da prova, exceção aos artigos 333, I, do CPC e 818 da CLT. (Processo: RO 00900-87.2009.5.01.0077 Relator:Volia Bomfim Cassar, Julgamento: 21/03/2012, Órgão Julgador: 2ª turma) (sem grifos no original)

Em uma outra situação, dessa vez em caso de dispensa sem justa causa, o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, reconheceu o dever de motivar a dispensa arbitrária do trabalhador celetista *quando o empregador se tratar de empresa pública ou sociedade de economia mista*.

Importante ressaltar que no julgado em questão não foi acolhida a tese da estabilidade. Pelo contrário, a corte suprema expressamente declarou que os empregados públicos atingidos pela decisão, para a qual, diga-se, foi reconhecida a repercussão geral, não são detentores de estabilidade.

Mesmo não reconhecendo o direito à estabilidade, o STF considerou inválida a dispensa por não ter sido acompanhada da informação sobre os motivos da extinção do vínculo, determinando a reintegração ao emprego.

O acórdão em comento recebeu a seguinte ementa:

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. (Recurso Extraordinário 589.998 Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/03/2013) (sem grifos no original)

No voto-vista apresentado pelo Ministro Joaquim Barbosa, sua Excelência, concordando com o relator, deixa clara a necessidade de o empregador motivar a dispensa do empregado da empresa pública ou sociedade de economia mista, ainda que reconhecendo a ausência do direito à estabilidade, ressaltando os princípios da publicidade e transparência:

A solução, portanto, tal como preconizada no voto do eminente relator, está na obrigatoriedade tão somente de motivação do ato de dispensa. Em outras palavras, a demissão do empregado das empresas estatais deve estar fundamentada e justificada, sejam quais forem as razões para o rompimento do vínculo trabalhista.

Assim, existente a motivação do ato de demissão, será possível, eventualmente, ao empregado insurgir-se contra este ato e, por conseguinte, poderá o Poder Judiciário exercer o controle da legalidade da demissão, nos estritos limites de sua competência.

Friso, trata-se de homenagear os princípios da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da transparência. (Voto-vista apresentado pelo Ministro Joaquim Barbosa, convergente com o relator.)

A fundamentação apresentada no voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa quanto ao controle de legalidade da dispensa cabe perfeitamente às relações particulares de trabalho.

Isso porque a própria legislação prevê a invalidade da dispensa sem justa causa em diversas situações, mesmo quando o empregado não é portador de qualquer estabilidade ou garantia de emprego.

Ora, se a dispensa do trabalhador comum, não estável, pode ser considerada ilegal dependendo do motivo da extinção do contrato de trabalho, parte-se do pressuposto de que o ato da dispensa foge do livre e indiscriminado arbítrio do empregador, podendo ser submetido ao crivo do Judiciário.

Esse crivo, por sua vez, necessariamente deverá ser feito a partir de elementos que digam, ao juiz, se a dispensa se deu dentro dos limites da lei, ou não, o que não será possível se não houver a exposição do motivo que levou o empregador a dispensar o empregado.

Um exemplo claro de legislação que prevê a nulidade da dispensa baseada nos seus motivos é a Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, que trata das práticas discriminatórias no âmbito da relação jurídica de trabalho.

De acordo com o artigo 1º da norma citada:

fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

A lei vai além, prevendo expressamente a despedida discriminatória em seu artigo 4º, que merece transcrição:

O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Como visto, o legislador sem sombra de dúvida considerou inválida a dispensa de qualquer trabalhador, independente de ser, este, detentor de algum tipo de garantia de emprego, quando determinada por motivos de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

A pergunta que remanesce é: se o empregador não está obrigado a informar ao empregado o motivo da dispensa, como poderá, o empregado, demonstrar em juízo que foi dispensado por razão discriminatória?

Alguns julgados têm sido publicados invertendo o ônus da prova em circunstâncias especiais, nas quais o empregado é portador de condição que o tornaria alvo de preconceito. Nesse sentido já foi cristalizado o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, por meio da súmula de n. 443, assim redigida:

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.

Na situação em que se enquadra a súmula, a solução encontrada, de inversão do ônus da prova, parece ter sido suficiente para assegurar a proibição da despedida discriminatória.

No entanto, há vários outros fatores que igualmente poderão ser alvos de discriminação e que estão devidamente arrolados na Lei 9.029/95, tais como o sexo ou o estado civil do trabalhador, por exemplo e que jamais serão eficazmente invocados como razão para a inversão do ônus da prova, uma vez que não

representam, ao menos *prima facie*, situações que imponham estigma à pessoa aos olhos da sociedade em geral.

O reconhecimento de que o empregador está desobrigado de informar o motivo da extinção do vínculo é o mesmo que permitir que se esconda uma razão discriminatória, bastando, para tanto, que se diga que a dispensa se deu “sem justa causa”.

Para estes trabalhadores, ou se admite que a Lei 9.029/95 nasceu morta, sem qualquer possibilidade de eficácia, ou se compreende que a norma parte do pressuposto de que toda dispensa tem uma causa e que a sua ocultação não se justifica, em nenhuma hipótese, devendo ser exposta em homenagem e estrita observância ao direito constitucional à informação.

Não é demais lembrar que a Lei em comento teve por escopo positivar no ordenamento a antijuridicidade de algumas das formas de discriminação, obedecendo, assim, a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme disposto no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, que é a promoção do bem de todos, *sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

Neste ponto, imperioso trazer à discussão o princípio da interpretação conforme a Constituição, regra instrumental de interpretação constitucional que se amolda perfeitamente à espécie e que poderá proporcionar um melhor entendimento sobre o tema.

Por aplicação desse princípio, o jurista, na análise da lei infraconstitucional, deverá optar pela interpretação que melhor se amoldar aos ideais protegidos pela Constituição, ou, nas palavras de Barroso (2011, p. 325):

Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição.

Barroso exemplifica sua definição com a situação de pessoas do mesmo sexo, que vivem em união estável e que tiveram reconhecido judicialmente o direito a benefícios previdenciários, *ainda que inexistente norma expressa neste sentido*.

A jurisprudência, na situação narrada, se baseia no princípio de interpretação conforme a Constituição, a qual veda qualquer tipo de discriminação.

A interpretação conforme a Constituição, portanto, da Lei que proíbe qualquer forma de discriminação no emprego, leva à conclusão de que a dispensa pressupõe

a exposição do motivo que levou à dispensa do trabalhador (aplicação dos direitos fundamentais à informação, à não-discriminação e à proteção contra a dispensa arbitrária), uma vez que se trata de requisito *sine qua non* para a aferição da licitude da dispensa.

Por todo o que foi exposto acima, concordamos com Dias (2012, p. 87) quando afirma que:

Os empregados devem ter, ainda, ciência das informações relacionadas à proteção do seu emprego – seja durante a vigência do contrato de trabalho, em que o empregado deve ter acesso claramente às metas, funções e objetivos atribuídos a ele – seja no momento do seu desligamento, porque o emprego é uma forma de garantia da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, é fundamento da República. O emprego não é objeto descartável, mas sim objeto de proteção constitucional por ser elemento de efetivação da pacificação social.

Pode-se concluir, portanto, de todo o que foi acima exposto, que o direito à informação acerca das razões que levaram o empregado a ser dispensado pelo empregador é importante elemento, para o trabalhador, de concretização do princípio da proteção à dignidade humana, que deriva do princípio da confiança de que se veste a relação de emprego e decorre, para o empregador, do dever de agir de boa-fé em suas relações contratuais, com especial relevo às relações contratuais de trabalho.

3.6 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Admitindo-se que os direitos fundamentais expressam princípios reconhecidos pelo ordenamento jurídico e que, como tais, estão tomados de uma carga axiológica fundamentada em valores como moral, ética e justiça, não se pode, simplesmente, impor a aplicação de um sobre outro quando a situação concreta evidencia a sua colisão.

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de

propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação. (BARROSO, 2006, p. 31)

Sobre a técnica de ponderação de valores, continua o autor, explicando que:

A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada.

A ponderação dos interesses constitucionais em conflito dá-se em três etapas: 1º) a identificação das normas invocadas na situação em análise; 2º) o exame dos fatos e circunstâncias do caso concreto e sua relação com as normas isoladas na primeira etapa e; 3º) atribuição de peso aos grupos de normas com a finalidade de se chegar à conclusão sobre qual norma deve ceder espaço e em que grau.

Importante asseverar que a argumentação utilizada como suporte para a conclusão a que chegou o intérprete devem transcender do seu sentimento subjetivo do que é justo, impondo-se uma justificativa convincente e criteriosa.

Sobre o tema da argumentação jurídica, imprescindível é a lição de Barroso (2006, p. 352):

A argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos normativos (implícitos que sejam) que a apoiem e lhe deem sustentação. Ou seja: não basta o bom senso e o sentido de justiça pessoal – é necessário que o intérprete apresente elementos da ordem jurídica que referendam tal ou qual decisão.

Prossegue o autor, apontando um segundo critério para a verificação da legitimidade da argumentação jurídica:

um segundo parâmetro útil para o controle da argumentação jurídica, em especial quando ela envolva a ponderação, diz respeito à possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão. Por força do imperativo da isonomia, espera-se que os critérios empregados para a solução de um determinado caso concreto possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes. Esse exercício de raciocínio – verificar a possibilidade de generalizar o critério de decisão que se pretende adotar no caso concreto – projeta a argumentação desenvolvida para o caso concreto em um conjunto maior de hipóteses, facilitando a visualização de desvios e inconsistências.

Concluindo, um terceiro elemento de análise da argumentação é proposto por Barroso:

...um último parâmetro capaz de balizar de alguma forma a argumentação

jurídica, especialmente a constitucional, é formado por dois conjuntos de princípios: o primeiro, composto de princípios instrumentais ou específicos de interpretação constitucional; o segundo, por princípios materiais propriamente ditos, que trazem em si a carga ideológica, axiológica e finalística da ordem constitucional. Ambas as categorias de princípios orientam a atividade do intérprete, de tal maneira que, diante de várias soluções igualmente plausíveis, deverá ele percorrer o caminho ditado pelos princípios instrumentais e realizar, tão intensamente quanto possível, à luz dos outros elementos em questão, o estado ideal pretendido pelos princípios materiais.

Esse arrazoado acerca da técnica de ponderação é a base sobre a qual se fundamenta a solução buscada nesta dissertação acerca dos conflitos de normas de direitos fundamentais que envolvem a extinção imotivada do contrato de trabalho e que aparentam contradição.

De um lado, está o empregador, que invoca em seu favor o direito fundamental de propriedade (art. 5º, XXII, da CF), que decorre do ideal de liberdade – um dos pilares da democracia - argumentando ser livre para dispor de seu negócio como melhor lhe aprouver, podendo dispensar a mão de obra que não mais deseje manter em seu quadro, tratando-se, portanto, de ilícita ingerência na sua autonomia, obrigá-lo a fornecer a informação sobre a causa da extinção do vínculo.

Na outra ponta se encontra o trabalhador, que traz em defesa de seu argumento o direito à proteção contra a dispensa arbitrária (art. 7º, I, da CF) e o direito/dever à informação (art. 5º, XIV, da CF).

Para a ponderação desses direitos fundamentais e para que a argumentação seja feita de forma mais completa e coerente possível, a análise será feita inicialmente sob o aspecto da justiça, que define a tendência do pensamento, e, partindo-se dessa resposta, faremos a argumentação jurídica nos moldes acima propostos, com a apresentação: 1º) dos fundamentos normativos da tese; 2º) da possibilidade de universalização da solução apontada e 3º) dos princípios instrumentais utilizados para a efetivação, na maior medida possível, dos princípios materiais envolvidos (ponderação de interesses propriamente dita).

Quanto à escolha de qual o caminho mais justo no conflito de interesses sob análise, seguimos o conceito de Rawls (2002), optando por um sistema que não desampare os menos favorecidos, mas que também proteja as liberdades fundamentais do ser humano. O equilíbrio, conforme exposto no primeiro capítulo, somente pode ser alcançado se os princípios que regem a sociedade forem pautados pelo senso comum de solidariedade recíproca.

Reconhece-se, assim, o direito de o empregador se desfazer dos contratos de trabalho que, por razões de ordem disciplinar, técnica, econômica ou financeira, prejudiquem ou inviabilizem o bom andamento de sua empresa, bastando que informe o motivo baseado em uma dessas causas e, por outro lado, protege-se o trabalhador contra perseguições, discriminações e preterimentos ocultos no silêncio da denúncia vazia.

Sob o crivo do que se compreende por justiça, portanto, ampara-se o empregado no que pode ser considerado o pior momento em sua vida profissional – ser demitido sem sequer saber a razão para tanto – e, ao mesmo tempo, mantém-se, com o empregador, a liberdade de administração do seu negócio de forma transparente e justa.

No que tange à fundamentação normativa para a tese defendida neste trabalho, o artigo 7º, I, da Constituição Federal, assegura a todos os trabalhadores a proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar.

Referida lei complementar foi suprida, como exposto no Capítulo II deste trabalho, com a aprovação da Convenção 158, da Organização Internacional do Trabalho, cuja denúncia foi inconstitucional por duplo fundamento: primeiramente, por não ter observado as formalidades legais para a retirada de um tratado internacional do ordenamento jurídico interno e, depois, por violar o princípio da vedação ao retrocesso social. Nesse sentido já são três dos quatro votos proferidos na ADI que tramita no Supremo Tribunal Federal contra o decreto que denunciou a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Por essa razão, a primeira conclusão a que se chega é a de que desde a entrada do aludido tratado no plano interno deve ser aplicado o princípio da justificação do término da relação de emprego, para o qual, diga-se, foi destinada integralmente uma seção da Convenção.

Ainda que se considere ter sido válida a denúncia à mencionada Convenção, o artigo 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho, prevê que, na falta de disposições legais ou contratuais, o juiz decidirá 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 ou o direito comparado*.

A supressão, portanto, da convenção 158 do ordenamento pátrio não impede

que sejam aplicadas outras formas de preenchimento da lacuna deixada pela não regulamentação do inciso I, do artigo 7º, da Constituição.

Pelo contrário, uma vez que a convenção incontroversamente vigorou no plano interno ao menos por um pequeno período, obrigatoriamente sua supressão, se válida fosse, deveria ter sido suprida por nova norma, mais uma vez por aplicação do princípio da vedação ao retrocesso social.

Sugere-se a utilização, por analogia, dos mesmos critérios estabelecidos pela Lei 6.514/77 (que alterou o artigo 165, da Consolidação das Leis do Trabalho) para o empregado representante de CIPA, por se tratar de norma já aplicada no Brasil há décadas, vedando-se a despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Há, inclusive, farta jurisprudência e doutrina sobre os conceitos aplicáveis a estas hipóteses.

Aliás, a própria convenção 158, da Organização Internacional do Trabalho, poderia ser aplicada subsidiariamente no caso em apreço, mesmo em se a considerando não ratificada, por inteligência do citado artigo 8º, da CLT, que, em sua parte final, autoriza o uso do direito comparado na omissão da lei.

Quanto à possibilidade de universalização do argumento, não há qualquer razão para que não seja aplicado o entendimento que se defende – de obrigatoriedade da informação dos motivos da dispensa sem justa causa – a qualquer trabalhador numa relação de emprego.

A bem da verdade, como demonstrado anteriormente, referido dever atribuído ao empregador já se encontra reconhecido na jurisprudência em pelo menos duas outras situações: quando a extinção do contrato de trabalho se dá por justa causa e quando o empregador é membro da Administração Pública direta ou indireta, da União, Estados ou Municípios.

Dessa forma, mais do que simplesmente demonstrar que o argumento é válido de forma universal, a sua aplicação é a concretização disso.

No que tange aos princípios instrumentais e materiais aplicáveis ao caso, aponta-se, no argumento que se defende, que o reconhecimento da inconstitucionalidade do Decreto que denunciou a Convenção 158, da Organização Internacional do Trabalho, se dá por observância estrita ao *princípio da supremacia da Constituição*.

O mesmo princípio, somado ao da *unidade da Constituição*, determinaram a escolha da resposta ao problema, que partiu, como visto, dos fundamentos da

República de proteção à dignidade humana e de reconhecimento do valor social do trabalho, interpretando-se os direitos constitucionais em jogo de forma a presta maior eficácia possível a tais fundamentos.

A consequência da aplicação dos dois princípios mencionados no parágrafo anterior é a homenagem que se rende ao *princípio da efetividade*, aproximando-se o *dever ser* do art. 7º, I, da CF (proteção contra a dispensa arbitrária), do *ser* efetivamente, refutando-se, no máximo possível, o argumento de impossibilidade de sua efetivação por omissão do legislador, consignando-se a mesma efetividade real também ao direito fundamental à informação.

A utilização, portanto, da Convenção 158, da OIT, obedece a todos os princípios acima mencionados, além de ser medida adequada, exigível e necessária para a efetivação dos direitos referidos.

Adequada, formalmente, por ter sido devidamente inserida no plano interno e, substancialmente, por ser derivada de amplos estudos internacionais que se qualificam por extensivos debates nos mais diversos tipos de sociedade, não havendo qualquer razão plausível para se desprezar o esforço para a construção do seu texto.

Exigível porquanto, como já exposto, o decreto que denunciou a convenção é de todo inconstitucional, sendo possível, de imediato, e por qualquer cidadão, o ajuizamento de ação propondo a plena aplicação da norma citada a um caso concreto.

Necessária para que se supra a interminável omissão legislativa na regulamentação do inciso I, do artigo 7º, da Constituição Federal, e, ainda, para que se dê uma linha de procedimento para a aplicação do direito à informação também previsto na carta magna.

Acrescenta-se, por fim, que o benefício obtido (dar ao empregado o conhecimento da causa do seu desligamento, evitando perseguições e discriminações) é bastante razoável e proporcional ao prejuízo causado (retirar, do empregador, o direito potestativo de não informar a razão da extinção do vínculo).

Como já estudado, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição.

Melhor analisando o conflito, portanto, pode-se dizer, mesmo, que o prejuízo que se atribui à categoria dos empregadores é ínfimo em comparação ao benefício

social trazido com a medida (aplicação dos *princípios da razoabilidade e proporcionalidade*).

O raciocínio acerca da adequação, necessidade, exigibilidade, necessidade e proporcionalidade da medida é idêntico também na utilização subsidiária, ou por analogia, tanto das normas de proteção ao empregado cipeiro quanto da própria convenção 158, concluindo-se que os conjuntos de princípios constitucionais, sejam os instrumentais sejam os materiais, se encontram devidamente sopesados e aplicados.

CONCLUSÃO

Pelo entendimento ainda predominante na doutrina e jurisprudência brasileiras, a denúncia vazia do contrato de trabalho constitui-se em verdadeiro direito potestativo do empregador, que é justificado, pelos que defendem tal posicionamento, no fato de que o direito de proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária previsto no inciso I, do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988, depende de lei complementar para que tenha efeitos, lei ainda não existente.

O senso de justiça atrelado à ética e à moral de que deve se valer a sociedade como um todo nas suas relações, contudo, não nos permitem fugir ao sentimento de que a possibilidade de dispensa absolutamente arbitrária encerra a ideia desumana de submissão irrestrita do direito de uma pessoa ao livre alvedrio de outra.

Por aplicação do princípio responsabilidade, à medida que se evidencia uma relação hierárquica, de poder, entre duas pessoas, surge para aquela que está no topo deste vínculo uma obrigação para com a outra, que transcende a mera responsabilidade pelas obrigações contratuais que eventualmente tenham assumido e mesmo as obrigações legais expressamente constantes do ordenamento jurídico, responsabilidade, esta, que deve ser assumida pelo empregador antes, durante e, obviamente, na extinção do contrato de trabalho.

A agressão à integridade moral do trabalhador na dispensa arbitrária é evidente, diante do tratamento que a ele é conferido, que em nada o diferencia de um objeto ou uma coisa, da qual se pode facilmente descartar a qualquer momento.

O direito à proteção contra a despedida arbitrária, previsto expressamente na carta magna, não pode ser simplesmente ignorado, sem que se firam diversos princípios basilares, tais como o da função social da propriedade, da empresa e do contrato.

Mais do que isso, o valor social do trabalho, um dos fundamentos da República, incluído que se encontra no artigo 3º, da Constituição Federal, merece tratamento destacado pelo ordenamento jurídico, por se constituir, sem dúvida, em uma das mais importantes ferramentas de dignificação do homem.

Igualmente se pode dizer que a admissão de que o contrato de trabalho pode ser extinto, a qualquer tempo, sem que se diga por qual razão se deu, não se

amolda ao princípio da continuidade da relação de emprego e aos deveres de boa-fé implícitos em qualquer relação contratual e, acima de tudo, agride o princípio da dignidade humana.

Tal entendimento não se coaduna com o ideário democrático ético e moralizador do pós-positivismo, no qual predomina a concepção de garantias fundamentais extensíveis também aos particulares.

Invocar, portanto, a ausência de lei complementar que regulamente o direito de proteção do trabalhador contra a dispensa arbitrária, mais do que negar efetividade a este direito fundamental, nega efetividade à própria Constituição.

Por essa razão, há de se concluir que a omissão do legislador quanto à lei complementar em questão não impede a aplicação imediata do direito à proteção, ainda que por fontes subsidiárias, como a analogia e os princípios gerais de direito.

Não se despreza, contudo, que na outra ponta da relação se encontra, ainda que muitas vezes sob as vestes de uma pessoa jurídica, também uma pessoa humana, cujo direito à liberdade, igualmente fundamental, se reflete no direito de organizar a empresa, ajustando as falhas que atrapalham ou impedem o seu desenvolvimento.

Por isso mesmo, a utilização de um sistema de ponderação, no qual se garanta o direito fundamental social ao trabalho, ao mesmo tempo em que assegure ao empregador margem razoável de liberdade na administração do seu negócio, se evidencia como a melhor solução e única saída que contempla os direitos de ambas as partes.

Com esse objetivo, invoca-se o inciso XIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, que assegura a todos o direito à informação.

Referida norma, diversamente do que se dá quanto ao art. 7º, I, da CF, prescinde de regulamentação, tratando-se de preceito de eficácia imediata, o que leva à conclusão de que, ainda que se oponha obstáculo ao direito de proteção contra a dispensa arbitrária, não há argumento sólido o suficiente para que não se exija, nas relações de trabalho, o direito do trabalhador de ser informado sobre o motivo que ensejou o término do vínculo.

A aplicação desse princípio, se por um lado protege o empregado contra despedidas discriminatórias, por vincular a informação acerca dos motivos que levaram à extinção do contrato de trabalho, por outro ângulo não retira, do empregador, a liberdade de gerir seu negócio de forma bastante razoável, podendo

excluir de seus quadros os trabalhadores que, por motivo específico, seja de ordem técnica, econômica, financeira ou mesmo disciplinar, não mais se amoldem às necessidades do estabelecimento.

O que se defende neste trabalho, portanto, não é a estabilidade plena no emprego, que somente autoriza a demissão por justa causa.

O objeto deste trabalho, baseado essencialmente nos princípios mencionados, bem como nos direitos fundamentais de proteção do trabalho e de direito à informação, é a necessidade da exposição vinculada da razão pela qual o empregador pretende pôr fim ao contrato, seja ela de ordem técnica, econômica, financeira ou disciplinar, evitando, com isso, que dispensas discriminatórias ou por mera perseguição tenham lugar, já que poderão ser contestadas judicialmente.

Infelizmente, não há, ainda, jurisprudência sobre a aplicação do princípio da informação nas relações de trabalho, o que ocorre, presume-se, como decorrência do entendimento predominante de que a dispensa arbitrária, ou denúncia vazia, do contrato de emprego, é direito potestativo do empregador.

A ausência de jurisprudência, contudo, tal qual se dá quanto à inércia do legislador na regulamentação do inciso I, do artigo 7º, da Constituição Federal, não servem como justificativa para a prática diametralmente oposta à prescrição contida no citado texto normativo, impondo-se, ainda que por utilização da analogia e dos princípios gerais de direito, atribuir eficácia imediata ao direito de proteção contra a dispensa arbitrária, conforme expressamente determina a Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 4º.

A interpretação da Constituição Federal de forma unitária obriga o jurista a aplicar, de forma conjunta, o princípio contido no art. 7º, I, com o albergado no art. 5º, XIV, de modo a reconhecer o direito de o empregado tomar conhecimento da causa da extinção do contrato de trabalho como mecanismo mínimo de proteção da relação de trabalho.

Quanto à omissão legislativa acerca de lei complementar mencionada no art. 7º, I, diversos textos normativos poderão ser invocados para utilização por analogia, tais como as regras para a dispensa do empregado membro da CIPA, ou mesmo as disposições da Convenção 158, da Organização Internacional do Trabalho.

Como visto, a denúncia feita pelo Brasil ao referido tratado internacional tem sido seriamente contestada e, acredita-se, será declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conforme exposto nos votos de três dos quatros ministros

que já registraram seu entendimento na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.625-3 proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG e pela Central Única dos Trabalhadores – CUT.

A consequência da declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, que denunciou a Convenção 158, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, será o reconhecimento desta como plenamente vigente desde sua entrada no plano interno, o que se espera não tardar a ocorrer.

Esse reconhecimento decorre de pura expressão do princípio da proibição do retrocesso social, que impossibilita a alteração constitucional para reduzir ou suprimir garantias, mas não para avançar ou dar efetividade a direitos.

Qualquer que seja, contudo, a regra a ser observada para aplicação da proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária, o que importa é que, no mínimo, deverá ser informada a razão da dispensa do empregado, sob pena de ser, esta, considerada inválida.

Muito embora tenha sido demonstrado nos capítulos anteriores que o direito brasileiro prescinde de qualquer outra regulamentação para reconhecer a plena vigência da Convenção 158, da Organização Internacional do Trabalho e não obstante acreditarmos que, mesmo desprezando norma internacional citada, o artigo 7º, I, da Constituição Federal tem efeitos imediatos, ainda que não se trilhe por este caminho, o direito do empregado de saber o motivo de ter sido dispensado está assegurado no inciso XIV, do artigo 5º, da carta magna, que garante a todos o acesso à informação e que independe de qualquer regulamentação.

Para os que invocarão o princípio da segurança jurídica como forma de se manter a situação como está, vale a lembrança de que o Direito é dinâmico e evolui com a sociedade.

Querer que a situação jurídica permaneça a mesma, quando a consciência social determina o contrário é acreditar que o Direito determina a Sociedade e não o inverso.

OBRAS CONSULTADAS

AGUIRRE, João Ricardo Brandão. *Responsabilidade e Informação*. São Paulo: RT, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva, 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2009.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In *A nova interpretação constitucional*. Coord. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In *A nova interpretação constitucional*. Coord. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In *A nova interpretação constitucional*. Coord. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

Leia mais: <http://jus.com.br/artigos/21213/os-principios-de-interpretacao-constitucional-e-sua-utilizacao-pelo-supremo-tribunal-federal/2#ixzz2rLXRcG50>, março 2012.

BELMONTE, Alexandre Agra. *A tutela das liberdades nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. São Paulo:

Ícone, 1995.

BORELLI, Luiz Gustavo Zanini. *A informação na relação médico-paciente*. In *Informação e direitos fundamentais*. Coord. Débora Gozzo. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRITTO, Cezar. *A importância da convenção nº 158 da OIT para o Brasil e os desafios para sua implementação*. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* n. vol 76, n. 04/2010. São Paulo: Lex, 2010.

CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAVALCANTE, Elizabeth Nahtes. *O acesso à informação nos contratos de consumo*. In *Informação e direitos fundamentais*. Coord. Débora Gozzo. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHEADLE, Halton. *A proibição da despedida arbitrária nas legislações nacionais: uma perspectiva de direito comparado*. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 76, n. 04/2010. São Paulo: Lex, 2010.

CHUM, Anelia Li. *Responsabilidade social do empregador no término da relação de emprego*. In: *Revista do TRT da 2ª Região* n. 05/2010: São Paulo, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7º Ed. São Paulo: LTr, 2008.

DIAS, Maria Beatriz Ribeiro. *Direito à Informação no Direito do Trabalho*. In *Direitos Laborais Inespecíficos*. Coord. Renato Rua de Almeida. São Paulo: LTr, 2012.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. *O direito do trabalho no século XXI: em busca de uma nova estruturação*. In *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 78, nº 2/2012: São Paulo: Lex, 2012.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos - Uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Ed. Contraponto, 2006.

LISBOA, Roberto Senise. *Confiança Contratual*. São Paulo: Atlas, 2012.

MACIEL, José Alberto Couto. *Garantia no emprego já em vigor*. São Paulo: LTr, 1994.

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

MARANHÃO, Ney Stany Morais. *O ousado projeto neoconstitucionalista e sua plena adequação à realidade brasileira*. In *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª*

Região. Belém: 2010.

MARTINS, Nei Frederico Cano. *Estabilidade Provisória no Emprego*. São Paulo: LTr, 1995.

MELO, Adriana Zawada. *A dignidade da pessoa humana como fundamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. In *Informação e direitos fundamentais*. Coord. Débora Gozzo. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO FILHO, Luiz Phillippe Vieira de. *A proteção contra a despedida arbitrária e o princípio da dignidade do ser humano*, In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. vol 76, n. 04/2010. São Paulo: Lex, 2010.

MENEGAZZI, Piero Rosa. *A Efetivação do Direito à Informação no Meio Ambiente do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

MONTEJO, Miguel F. Canessa (*Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral*, In *Revista del Ministerio de Trabajo Y Asuntos Sociales*, 2008)

MORAES, Amaury Cesar. *Liberalismo e Propriedade no “Capítulo V” do Segundo tratado sobre o governo de Locke*. In *Direito e Filosofia: a noção de justiça na história da filosofia*. Coord. Maria Constança Peres Pissarra e Ricardo Nascimento Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2007.

MORI, Amaury Haruo. *O direito à privacidade no trabalhador no ordenamento jurídico português*. São Paulo: LTr, 2011.

OLIVA, José Roberto Dantas. *O vigor, a atualidade e a força normativo-constitucional do princípio da proteção no direito do trabalho*. In *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Campinas: 2008.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares*. In *A nova interpretação constitucional*. Coord. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de Direito Material do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Trabalho*. In *Direito do Trabalho. Direitos Humanos*. Org. Antônio Rodrigues de Freitas Jr. Belo Horizonte: BH, 2006.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.

POLARINI, Giovana Meire. *A eficácia vertical e horizontal das normas de direitos fundamentais*. In *Informação e direitos fundamentais*. Coord. Débora Gozzo. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANDEL, Michael J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Ed. Cortez, 2002.

SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. In *A nova interpretação constitucional*. Coord. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SEVERO, Valdete Souto. *O dever de motivação da despedida*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. *A Aplicabilidade das normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SOUZA, Claudenir Alves. *Convenção 158 da OIT e a dispensa (i)motivada do empregado. Análise da constitucionalidade formal e material do Decreto 2.100/1996*. In *Revista Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária*. Caxias do Sul: Plenum, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In *A nova interpretação constitucional*. Coord. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas, TEIXEIRA Fº, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. Vol. 1. São Paulo: LTr. 2003.

_____ *Instituições de direito do trabalho*. Vol. 2. São Paulo: LTr. 2002.

SVALOV, Bárbara. *O direito à informação e a proteção dos direitos de personalidade*. In *Informação e direitos fundamentais*. Coord. Débora Gozzo. São Paulo: Saraiva, 2012.

ANEXO I

Convenção 158 da OIT

Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador

(Aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra —

1982), entrou em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985.)

“A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho:

Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, e reunida nessa cidade em 2 de junho de 1982, na sua sexagésima oitava sessão;

Tendo tomado nota das normas internacionais contidas na Recomendação sobre o Término da Relação do Trabalho, 1963;

Tendo tomado nota de que desde a adoção da Recomendação sobre o Término da Relação de Trabalho, 1963, foram registradas importantes novidades na legislação e na prática de numerosos Estados-Membros relativas às questões que essa Recomendação abrange;

Considerando que em razão de tais novidades é oportuno adotar novas normas internacionais na matéria, levando particularmente em conta os graves problemas que se apresentam nessa área como consequência das dificuldades econômicas e das mudanças tecnológicas ocorridas durante os últimos anos em um grande número de países;

Após ter decidido adotar diversas proposições relativas ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, questão que constitui o quinto item da agenda da Reunião, e

Após ter decidido que tais proposições tomariam a forma de uma convenção, adota, na data de 22 de junho de mil novecentos e oitenta e dois, a presente convenção que poderá ser citada como a ‘Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho, 1982’:

PARTE I MÉTODOS DE APLICAÇÃO, ÁREA DE APLICAÇÃO E DEFINIÇÕES

Art. 1 — Dever-se-á dar efeito às disposições da presente convenção através da legislação nacional, exceto na medida em que essas disposições sejam aplicadas por meio de contratos coletivos, laudos arbitrais ou sentenças judiciais, ou de qualquer outra forma de acordo com a prática nacional.

Art. 2 — 1. A presente convenção aplica-se a todas as áreas de atividade econômica e a todas as pessoas empregadas.

2. Todo Membro poderá excluir da totalidade ou de algumas das disposições da

presente convenção as seguintes categorias de pessoas empregadas:

- a) os trabalhadores de um contrato de trabalho de duração determinada ou para realizar uma determinada tarefa;
- b) os trabalhadores que estejam num período de experiência ou que não tenham o tempo de serviço exigido, sempre que, em qualquer um dos casos, a duração tenha sido fixada previamente e for razoável;
- c) os trabalhadores contratados em caráter ocasional durante um período de curta duração.

3. Deverão ser previstas garantias adequadas contra o recurso a contratos de trabalho de duração determinada cujo objetivo seja o de iludir a proteção prevista nesta convenção.

4. Na medida que for necessário, e com a prévia consulta das organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, quando tais organizações existirem, a autoridade competente ou o organismo apropriado de cada país poderá tomar medidas para excluir da aplicação da presente convenção, ou de algumas de suas disposições, certas categorias de pessoas empregadas, cujas condições de emprego forem regidas por disposições especiais que, no seu conjunto, proporcionem uma proteção pelo menos equivalente à prevista nesta convenção.

5. Na medida que for necessário, e com a prévia consulta das organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, quando tais organizações existirem, a autoridade competente ou o organismo apropriado de cada país poderá tomar medidas para excluir da aplicação da presente convenção ou de algumas de suas disposições, outras categorias limitadas de pessoas empregadas, a cujo respeito apresentam-se problemas especiais que assumam certa importância, levando em consideração as condições de emprego particulares dos trabalhadores interessados ou a dimensão ou a natureza da empresa que os emprega.

6. Todo Membro que ratificar a presente Convenção deverá enumerar, no primeiro relatório sobre a aplicação da Convenção que submeter em virtude do artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, as categorias que tiverem sido excluídas em virtude dos parágrafos 4 e 5 do presente artigo, explicando os motivos para essa exclusão, e deverá indicar nos relatórios subsequentes a situação da sua legislação e prática com relação às categorias excluídas e a medida em que é aplicada ou tenciona aplicar a Convenção a essas categorias.

Art. 3 — Para os efeitos da presente Convenção as expressões ‘término’ e ‘término

da relação de trabalho' significam término da relação de trabalho por iniciativa do empregador.

PARTE II NORMAS DE APLICAÇÃO GERAL

Seção A Justificação do término

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

Art. 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 do 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, ascendência nacional ou a origem social;
- e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

Art. 6 — 1. A ausência temporal do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificada de término da relação de trabalho.

2. 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 e por ocasião do mesmo

Art. 7 — Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivo relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade.

Seção C Recurso contra o término

Art. 8 — 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 prática nacionais.

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

Art. 9 — 1. Os organismos mencionados no artigo 8º da presente Convenção estarão habilitados para examinarem as causa 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 causa alegadas para justificar o término, levando em conta as provas apresentadas pelas partes e em conformidade com os procedimentos estabelecidos pela legislação e as práticas 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.

Art. 10 — Se os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é injustificado e se,

em virtude da legislação e prática nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada.

Seção D Prazo de aviso prévio

Art. 11 — O trabalhador cuja relação de trabalho estiver para ser dada por terminada terá direito a um prazo de aviso prévio razoável ou, em lugar disso, a uma indenização, a não ser que o mesmo seja culpado de uma falta grave de tal natureza que seria irrazoável pedir ao empregador que continuasse a empregá-lo durante o prazo do aviso prévio.

Seção E Indenização por término de serviços e outras medidas de proteção dos rendimentos

Art. 12 — 1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, todo trabalhador cuja relação de trabalho tiver sido terminada terá direito:

- a) a uma indenização por término de serviços ou a outras compensações análogas, cuja importância será fixada em função, entre outras coisas, do tempo de serviço e do montante do salário, pagáveis diretamente pelo empregador ou por um fundo constituído através de cotizações dos empregadores; ou
- b) a benefícios do seguro desemprego, de um sistema de assistência aos desempregados ou de outras formas de previdência social, tais como benefícios por velhice ou por invalidez, sob as condições normais às quais esses benefícios estão sujeitos; ou
- c) a uma combinação de tais indenizações ou benefícios.

2. Quando o trabalhador não reunir as condições de qualificação para ter direito aos benefícios de um seguro desemprego ou de assistência aos desempregados em virtude de um sistema de alcance geral, não será exigível o pagamento das indenizações ou benefícios mencionados no parágrafo 1, item a, do presente artigo, pelo único fato do trabalhador não receber benefícios de desemprego em virtude do item b do parágrafo mencionado.

3. No caso de término devido à falta grave, poder-se-á prever a perda do direito a desfrutar das indenizações ou benefícios mencionados no parágrafo 1, item a, do presente artigo pelos métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção.

PARTE III

Disposições Complementares sobre o Término da Relação de Trabalho por Motivos Econômicos, Tecnológicos, Estruturais ou Análogos

Seção A Consulta aos representantes dos trabalhadores

Art. 13 — 1. Quando o empregador prever terminos da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos:

- a) proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos terminos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos mesmos e o período durante o qual seriam efetuados esses terminos;
- b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os terminos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os terminos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.

2. A aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá ser limitada, mediante os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção, àqueles casos em que o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total do pessoal.

3. Para os efeitos do presente artigo, a expressão 'representantes dos trabalhadores interessados' aplica-se aos representantes dos trabalhadores reconhecidos como tais pela legislação ou as práticas nacionais, em conformidade com a Convenção sobre os representantes dos trabalhadores, 1971.

Seção B Notificação à autoridade competente

Art. 14 — 1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, o empregador que prever terminos por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, deverá notificá-los o mais breve possível à autoridade competente, comunicando-lhe a informação pertinente, incluindo uma exposição, por escrito, dos motivos dos terminos previstos, o número e as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual serão efetuados esses terminos.

2. A legislação nacional poderá limitar a aplicabilidade do parágrafo 1 do presente artigo àqueles casos nos quais o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma percentagem determinadas do total de pessoal.

3. O empregador notificará às autoridades competentes os términos referidos no parágrafo 1 do presente artigo com um prazo mínimo de antecedência da data em que seriam efetuados os términos, prazo que será especificado pela legislação nacional.

PARTE IV Disposições finais

Art. 15 — As ratificações formais da presente Convenção serão transmitidas ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registradas.

Art. 16 — 1. A presente Convenção obrigará somente os Membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações tenham sido registradas pelo Diretor-Geral.

2. Entrará em vigor doze meses após serem registradas pelo Diretor-Geral, as ratificações por parte de dois Membros.

3. Posteriormente esta Convenção entrará em vigor, para cada Membro, doze meses após a data de registro de sua ratificação.

Art. 17 — 1. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la ao expirar o prazo de dez anos, contados da data inicial da vigência da Convenção, por meio de um ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia somente se tornará efetiva um ano após haver sido registrada.

2. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção e que no prazo de um ano após o termo do período de dez anos, mencionado no parágrafo precedente, não houver feito uso da faculdade de denúncia prevista pelo presente artigo, ficará ligado por um novo período de dez anos e, posteriormente, poderá denunciar a presente Convenção ao termo de cada período de dez anos, nas condições previstas no presente artigo.

Art. 18 — 1. O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho notificará a todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho o registro de todas as ratificações, declarações e denúncias que lhe forem transmitidas pelos Membros da

Organização.

2. Ao notificar aos Membros da Organização o registro da segunda ratificação que lhe tenha sido transmitida, o Diretor-Geral chamará a atenção dos Membros da Organização para a data na qual a presente Convenção entrará em vigor.

Art. 19 — O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho transmitirá ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para fins de registro de acordo com o artigo 102 da Carta das Nações Unidas, informações completas a respeito de todas as ratificações, declarações, e atos de denúncia que tenha registrado de acordo com os artigos precedentes.

Art. 20 — Ao termo de cada período de dez anos, contados da entrada em vigor da presente Convenção, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho deverá apresentar à Conferência Geral um relatório sobre a aplicação da presente Convenção e decidirá da conveniência de ser inscrita na ordem do dia da Conferência a questão de sua revisão total ou parcial.

Art. 21 — 1. Caso a Conferência adotar uma nova Convenção que implique revisão total ou parcial da presente Convenção e a menos que a nova Convenção não disponha de outro modo:

a) a ratificação, por parte de um Membro, da nova Convenção revista acarretará de pleno direito, não obstante o artigo 16 acima, denúncia imediata da presente Convenção desde que a nova Convenção revista tenha entrado em vigor;

b) a partir da data da entrada em vigor da nova Convenção revista, a presente Convenção cessará de estar aberta à ratificação por parte dos Membros.

2. A presente Convenção permanecerá, entretanto, em vigor na sua forma e teor para os Membros que a houverem ratificado e que não ratificarem a Convenção revista.

Art. 22 — As versões francesa e inglesa do texto da presente Convenção são igualmente autênticas.