



**PUC** GOIÁS

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

LAIZ ALCÂNTARA PEREIRA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À MOTIVAÇÃO DA RESCISÃO  
CONTRATUAL TRABALHISTA**

**GOIÂNIA – GO  
2014**

LAIZ ALCÂNTARA PEREIRA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À MOTIVAÇÃO DA RESCISÃO  
CONTRATUAL TRABALHISTA**

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 em Direito, sob a orientação do Prof.º Dr. Gil Cesar Costa de Paula.

**GOIÂNIA – GO**

**2014**

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

Pereira, Laiz Alcântara.

P436d O direito fundamental à rescisão contratual trabalhista  
[manuscrito] / Laiz Alcântara Pereira. – Goiânia, 2014.  
113 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de  
Goiás, Programa de Mestrado em Direito, Relações Internacionais  
e Desenvolvimento, 2014.

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

Bibliografia.

1. Direito do trabalho. 2. Direitos fundamentais. I. Título.

CDU 349.2:342.7(043)

Dedico esta dissertação aos meus pais, Roberto Luiz Pereira e Ana Deusdedith Pereira, exemplo de vida, estudo, trabalho, esforço, dedicação e honestidade. Dedico também ao meu marido Paulo Roberto dos Santos Júnior, companheiro, incentivador e parceiro de todas as horas. Obrigada pelo amor e apoio incondicional em todos os projetos de minha vida! Amo vocês!

## **AGRADECIMENTOS**

À Deus, pelas oportunidades e onipresença em minha vida.

Ao meu orientador, professor Gil César Costa de Paula, e à professora Maria Cristina Vidotti pela compreensão e apoio no decorrer desta dissertação.

Agradeço também à UFMT, em nome da Professora Carla Reita, pelo apoio sem o qual esta dissertação não teria se viabilizado.

Ao meu marido, fonte de amor, carinho e compreensão.

Aos meus pais, que sempre estiveram ao meu lado e à minha mãe por ser minha inspiração.

Aos meus queridos amigos e servidores do Núcleo de Conciliação do TRT da 23ª Região, pelo incentivo diário.

Aos meus alunos por despertarem em mim a vontade do aprimoramento contínuo e o sentimento de realização no magistério.

Obrigada a todos que de alguma forma contribuíram com este trabalho.

Sonho realizado! Obrigada!

“Pedras no caminho? Um dia vou construir um castelo...”

Fernando Pessoa

## RESUMO

O presente estudo visa abordar a dispensa motivada trabalhista como fruto de hermenêutica sistêmica normativa nacional e internacional, em especial com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana do trabalhador. Defendemos a vigência e aplicabilidade da Convenção 158 da OIT; o reconhecimento do artigo 7º, I, da Constituição Federal como direito fundamental de aplicação imediata, eficácia subjetiva e horizontal; e a incidência do princípio da função social do trabalho e da boa-fé objetiva e seus deveres anexos de conduta como dever de colaboração, lealdade, solidariedade e informação como fundamentos para a motivação patronal quando da rescisão contratual trabalhista. Decorrente desta hermenêutica, defendemos que não mais subsiste o direito potestativo de dispensar do empregador mas ao reverso, na ponderação entre livre iniciativa e propriedade privada *versus* valor social do trabalho, da propriedade e do contrato, dentre outros; a prevalência do direito fundamental do trabalhador à motivação de sua rescisão contratual.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dispensa motivada do contrato de trabalho; Direito fundamental; Convenção 158 da OIT; Princípios da função social e boa-fé objetiva.

## ABSTRACT

The present study aims to address the dismissal motivated in employment contract as the result of systemic hermeneutic national and international rules , in particular the core principle of human dignity of the worker. Defend the validity and applicability of ILO Convention 158 ; recognition of Article 7 , I, of the Constitution as a fundamental right of immediate application , subjective and horizontal effect ; and the incidence of the principle of the social function of work and objective good faith and its attachments duties of conduct as duty of cooperation , loyalty, solidarity and information as a basis for the employer's motivation when the labor contract termination. Following this hermeneutics maintain that no longer exists potestative the right to dismiss the employer but in reverse , in the balance between free enterprise and private property versus social value of labor, property and contract, among others; the fundamental right of the worker to the motivation of his termination prevails.

**KEYWORDS:** Dismissal motivated in employment contract; Fundamental rights; ILO Convention 158; Principles of social function of work and objective good faith.



## LISTA DE ABREVIATURAS

ADCT	- Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
CC	- Código Civil
CCJC	- Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania
CDC	- Código de Defesa do Consumidor
CF	- Constituição Federal
CIPA	- Comissão Interna de Prevenção de Acidente
CLT	- Consolidação das Leis do Trabalho
CNI	- Confederação Nacional da Indústria
CPC	- Código de Processo Civil
CUT	- Central Única dos Trabalhadores
EC	- Emenda Constitucional
EMBRAER	- Empresa Brasileira de Aeronáutica
FAT	- Fundo de Amparo ao Trabalhador
FGTS	- Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
OIT	- Organização Internacional do Trabalho
OJ	- Orientação Jurisprudencial
RE	- Recurso Extraordinário
STF	- Supremo Tribunal de Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
SUS	- Sistema Único de Saúde
TRCT	- Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho
TST	- Tribunal Superior do Trabalho

# SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>6</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>8</b>
<b>LISTA DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>9</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO 1. DA VIGÊNCIA E APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO 158 DA OIT...</b>	<b>14</b>
.....	14
1.1. Da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos .....	18
1.2. Da invalidade da denúncia da convenção 158 da OIT .....	21
1.2.1. Da invalidade formal .....	22
1.2.2. Da invalidade material .....	24
1.2.2.1. Princípio do não-retrocesso social.....	24
1.2.2.2. Cláusula pétrea .....	26
1.2.3. Considerações Finais .....	28
<b>CAPÍTULO 2. A APLICABILIDADE E EFICÁCIA IMEDIATA DO ART. 7º, I, DA</b>	
<b>CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....</b>	<b>31</b>
2.1. Regra atual da dispensa como direito potestativo do empregador.....	31
2.2. Direitos Fundamentais e Sociais .....	36
2.3. Eficácia imediata e horizontal dos direitos do art. 7º, I, da Constituição Federal	44
2.4. Demissão em massa e jurisprudência.....	57
<b>CAPÍTULO 3. OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E A MOTIVAÇÃO DA DISPENSA..</b>	
.....	62
3.1 Princípios Clássicos .....	66
3.2. Os Novos princípios contratuais.....	67
3.3. Função Social do Contrato .....	70
3.4. Princípio da boa-fé Objetiva .....	76
3.5. Princípio da continuidade da relação de emprego .....	82
3.6. Da caracterização do abuso de direito e o ativismo judicial .....	86
3.7. Os efeitos da inobservância da dispensa motivada .....	90
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>95</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>99</b>
<b>ANEXO I.....</b>	<b>105</b>
CONVENÇÃO 158 DA OIT .....	105

## INTRODUÇÃO

No sistema capitalista atual o desemprego destaca-se como um dos maiores problemas e empecilhos para o desenvolvimento social. Além de retirar do trabalhador e de sua família o poder de compra que o insere no sistema, o desemprego gera exclusão social, redução da capacidade econômica de consumo da sociedade em que está inserida este trabalhador, extinção de uma relação jurídico-econômico e social produtiva, diminuição da condição de cidadania, restrição de acesso ao crédito, perda de contatos e relacionamentos sociais, e cada vez mais frequentemente doenças psicológicas, como depressão.

Potencializa esses efeitos o fato das dispensas serem desmotivadas, pois além do desemprego poder gerar uma avalanche de desempregados, sem auto-estima, depressivos, discriminados e dependentes do SUS; a dispensa imotivada gera ainda uma mão de obra desestimulada, mal aproveitada e sem a oportunidade de ao menos receber um *feedback* de suas deficiências e procurar se aperfeiçoar, já que a falta de motivação pelo empregador retira do trabalhador até mesmo a chance de melhorar.

Ademais, o desemprego gera efeitos previdenciários, ao FAT, seguro-desemprego, e em especial tem ligação de causa e efeito com a regulação das relações de trabalho. A regra atual e a facilidade jurídica conferida aos empregadores para dispensarem seus empregados, como poder potestativo, provoca uma grande rotatividade de mão-de-obra, que tanto impulsiona o desemprego, quanto favorece a insegurança nas relações trabalhistas, e, ainda, fragiliza a situação do trabalhador, provocando a precarização das condições de trabalho.

O trabalhador passa quase dois terços de sua vida no emprego, relação vinculada à fidúcia técnica e pessoal entre empregado-empregador, e em regra desse emprego depende sua sobrevivência, de sua família e sua inclusão social. Porquanto, não há como ignorar que os fatores políticos, sociais e econômicos são fontes primárias do direito do trabalho, bem como exigem uma atuação estatal urgente, pronta e eficaz, com agentes, em especial o juiz, proativos e com visão metassistêmica a fim de implementar regra constitucional e alcançar o escopo

constitucional e em prol da paz social, conforme preceitua art. 5 LICC, 8º da CLT e os valores constitucionais. O desligamento involuntário e injustificado do trabalhador da empresa é, por consequência, fator de rompimento ou desligamento da pessoa humana destes valores.

A dignidade da pessoa humana, enquanto trabalhador, não é no presente caso mera retórica do conceito da moda, mas sim preceito constitucional expresso que deve reger a hermenêutica constitucional, e que é a medula espinhal deste estudo.

O papel do direito do trabalho e de seus estudiosos deve ser evitar o desemprego desmedido e despropositado, que apenas gera insegurança, desconsidera o papel social do contrato laboral e afronta a dignidade do trabalhador.

Não nos parece aceitável, juridicamente viável ou justo que mesmo após ser o “colaborador” da empresa, “vestir a camisa” e não dar qualquer causa à rescisão de seu contrato de trabalho, poder o empregado ser dispensado sem ao menos saber o motivo? Sem saber se fez algo de errado? Sem ter a chance de melhorar? Sem ter ciência de que a dispensa decorreu de questão objetiva, econômica ou que nada tem a ver com ele?

Considerando os aspectos psicológicos, econômicos e sociais do desemprego, questiona-se se o ordenamento internacional e nacional não protege o emprego e a dispensa imotivada?

Ainda nos dias de hoje é juridicamente sustentável interpretar que é direito potestativo do empregador dispensar seu empregado de forma imotivada com fulcro na livre iniciativa e direito à propriedade privada previstos na Constituição Federal?

Para chegarmos a uma conclusão capaz de englobar todas as indagações decorrentes das problemáticas ora propostas, ousaremos no decorrer do presente estudo utilizar da aplicação do método hipotético-dedutivo, onde se constata a existência de um problema consistente na previsão internacional e constitucional de um direito fundamental humano e social não aplicável hodiernamente no sistema interno.

Para tanto, partindo e chegando ao princípio da dignidade da pessoa humana, defenderemos que a dispensa imotivada no contrato de trabalho afronta a adequada hermenêutica de todo o sistema normativo brasileiro e internacional.

Nessa premissa, abordaremos a vigência e aplicabilidade da Convenção 158, da OIT (Capítulo 1); a defesa do emprego pela Constituição Federal e o reconhecimento do direito fundamental, subjetivo e de aplicação imediata prevista no inciso I, do art. 7º, da Constituição Cidadã (Capítulo 2); bem como a incidência dos princípios da função social do Contrato e da boa-fé objetiva e dos deveres anexos da conduta (Capítulo 3); como fundamento, dentre outros, para a motivação da rescisão contratual trabalhista.

Com todos os efeitos nefastos do desemprego, demonstraremos que o ordenamento jurídico internacional e nacional se preocupam, regulam e contribuem com a defesa do emprego e seus reflexos, preocupação esta que deve reger também os intérpretes do direito e que impulsiona este estudo.

Assim sendo, destacamos a necessidade de refletirmos sobre o tema e coadunamos com as palavras do Ministro do TST, Maurício Godinho Delgado, para quem a ótica estritamente individualista e antissocial, que prega a viabilidade jurídica da dispensa sem um mínimo de motivação socialmente aceitável, defendendo a dispensa como direito potestativo empresarial, portanto, se coloca em franco questionamento e desgaste jurídico (DELGADO, 2010, p. 1040).

Pelo exposto, ousamos argumentar e tentaremos concluir dedutivamente que o emprego e a relação contratual laboral deve se fundamentar e ser interpretada em conformidade com sua função social, econômica, humana e a melhor hermenêutica jurídica. E, em assim sendo, prestigiando os valores constitucionais e internacionais, deve o empregador motivar a rescisão contratual, permitindo ao seu empregado a ciência de qual o motivo que o levou a ser desligado da empresa, de sua fonte de renda, de seu vínculo e convívio social mais importante e o colocou, na “vala” dos desempregados, na fila do seguro-desemprego e sem a possibilidade de saber e melhorar, já que não lhe foi garantido o direito à informação em clara afronta aos princípios contratuais e da dignidade da pessoa humana.

Com estas palavras iniciamos nossas reflexões e estudo sobre o tema.

## CAPÍTULO 1

### DA VIGÊNCIA E APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO 158 DA OIT

O direito ao trabalho e a proteção do emprego, ou contra o desemprego, possuem respaldo na ordem interna, bem como no ordenamento internacional em diversas esferas.

Já na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217-A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, (Decreto Legislativo nº 2, de 11 de abril de 1951, promulgada pelo Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952), verificamos esta preocupação.

O art. XXIII, da Resolução 217-A, preceitua o direito ao trabalho, a livre escolha de emprego, condições justas e favoráveis de trabalho, remuneração equânime, e estabelece a proteção contra o desemprego, permitindo inclusive a ampliação de proteção social com fulcro na dignidade da pessoa humana. Vejamos:

Artigo XXIII:

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses. (grifo nosso)

O direito contra a dispensa imotivada é também previsto em vários outros países, como Itália, França, Alemanha e, ainda, contemplado no Tratado Constitucional Europeu/2004, na parte relativa à "Carta dos Direitos Fundamentais".

Países como Itália, França, Alemanha, Espanha, Portugal, Finlândia, Suécia, Austrália, Turquia, Marrocos, Venezuela, Camarões, República do Congo, Etiópia, Gabão, Iêmen, Lesoto, Maluí, Macedônia, Marrocos, Moldávia, Montenegro, Namíbia, Nigéria, Papua-Nova Guiné, República Centro-Africana, Santa Lúcia, Sérvia, Ucrânia, Uganda, Venezuela e Zâmbia ratificaram, dentre outras convenções protetivas do emprego, a convenção 158 da OIT (VIEGAS, 2010).

A Conferência Internacional do Trabalho, denominada Assembléia Geral da OIT, aprovou em 1982, em sua 68ª reunião em Genebra, a Convenção n. 158 relativa ao "Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador".

A Convenção 158 da OIT foi assinada em Genebra, em 22 de junho de 1982, e entrou em vigor no âmbito internacional em 23 de novembro de 1985. O Brasil como país integrante da OIT submeteu a convenção à apreciação do Congresso Nacional, que a aprovou por meio do Decreto Legislativo n. 68, em 16 de setembro de 1992.

O Governo Brasileiro depositou a Carta de Ratificação do Instrumento multilateral em epígrafe em 05 de janeiro de 1995, passando a vigorar no Brasil, em 05 de janeiro de 1996, na forma de seu artigo 16.

No entanto, a eficácia jurídica somente se deu com a publicação do Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996, quando o Governo Federal publicou o texto oficial no idioma pátrio, promulgando a sua ratificação.

Entre outras disposições, a Convenção 158, da OIT, protege os trabalhadores contra a despedida arbitrária (sem motivo) e regula a motivação da dispensa nas relações laborais, em especial em seu art. 4º. Destacamos:

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

O art. 13 e 14 desta Convenção ainda estabelecem os motivos que podem legitimar a dispensa do empregado relacionados às necessidades da empresa, aqueles de ordem econômica, tecnológica, estrutural ou análoga.

Ainda, conforme nos ensina Lorena Vasconcelos Porto, a convenção 158 condiciona a validade da dispensa do empregado à existência de um motivo juridicamente relevante. Este pode estar relacionado à capacidade do trabalhador, isto é, a sua aptidão, habilidade ou qualificação técnica necessárias ao exercício de sua função. Pode também se referir ao seu comportamento, o que nos remete ao conceito de justa causa, isto é, às condutas obreiras, culposas ou dolosas tipificadas em lei, que autorizam a resolução do contrato de trabalho pelo empregador (PORTO, 2009). Os motivos relacionados às necessidades empresariais são referenciados pelos arts. 13 e 14, da Convenção.

Após a promulgação, torna-se aplicável a Convenção nº 158, da OIT, no Brasil, uma vez que foi recepcionada pelo art. 5º, §2º, da CF<sup>1</sup>, que preceitua 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.

Assim sendo, e tendo em vista que a Convenção 158 refere-se a direitos fundamentais, resta solar que a Convenção n. 158 é um tratado internacional que contém normas de proteção a direitos fundamentais. Assim sendo, foi incorporada na ordem jurídica interna com o status constitucional, tornando-se parte integrante da Constituição Federal de 1988, por força de seu art. 5º, §2º (PORTO, 2009).

Em que pese esta incorporação ao ordenamento jurídico pátrio e sua total consonância com os valores constitucionais, esta convenção sempre foi alvo de diversas críticas e ataques, especialmente pelo setor econômico, em especial da Confederação Nacional da Indústria (CNI).

Conforme defende a Confederação Nacional da Indústria<sup>2</sup>, juntamente com outras instituições de representação do poder econômico, a proteção da relação de emprego conferida pela Convenção 158 estaria em descompasso com as práticas do mundo globalizado, que requer liberdade para buscar os profissionais mais adequados às inovações tecnológicas e modos de produção<sup>3</sup>.

A CNI aponta como consequências indesejáveis da Convenção 158, de forma falaciosa<sup>4</sup>, o incentivo à informalidade no mercado de trabalho e agravamento da situação de desemprego; a discriminação no acesso ao mercado de trabalho, na medida em que, ao buscar proteger irrestritamente o contingente de trabalhadores empregados, termina por criar obstáculos ao acesso de outros grupos, como jovens em busca do primeiro emprego; maior rigidez das regras para contratação e

---

<sup>1</sup>Conforme veremos no item abaixo, a Convenção 158 trata-se de tratado de direito humanos.

<sup>2</sup>Disponível em : <http://www.cni.org.br/portal/data/pages/FF808081272B58C0012730BE5CEF7DE4.htm>, Acesso em 5 fev. 2014.

<sup>3</sup> Entendemos despicienda a impugnação pontual dos argumentos aqui declinados pois os mesmos estão sendo rechaçados durante todo o objeto deste estudo. Sem mais delongas, basta a reflexão de que estes são os mesmos argumentos utilizados por aqueles que defendem a flexibilização selvagem e ilimitada. Ao reverso do anunciado, a flexibilização trabalhista, bem como a desmotivação da dispensa laboral, só vem aumentando o número de desemprego, excluídos do mercado de trabalho e causando o próprio declínio do sistema econômico defendido.



demissão de empregados, comprometendo investimentos no setor produtivo, o empreendedorismo e a abertura de novas empresas, em especial de pequeno e médio porte; desestímulo ao aperfeiçoamento e crescimento profissional; restrição à adaptação das empresas às mudanças tecnológicas dificultando a adoção de novos comportamentos do mercado que estimulem formas alternativas de trabalho, a exemplo do trabalho à distância e da terceirização lícita de atividades; redução das possibilidades de adaptação das empresas nacionais às exigências de competitividade nos mercados em que operam; maior rigidez da legislação trabalhista, desestimulando as negociações coletivas.

Quanto aos ataques jurídicos sofridos, destaca-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 1.625 e 1.480, requerendo a declaração da inconstitucionalidade do Decreto Legislativo n. 68/92 e Decreto n. 1.855/96.

A ADIn 1.480, cuja liminar foi concedida suspendendo a eficácia das referidas normas, foi posteriormente, em 27.06.2011, extinta por perda do objeto ante a denúncia da Convenção feita pelo Brasil em 1996.

No entanto, a ADIn 1.625 ainda está aguardando julgamento final. Atualmente pendente de inclusão em pauta e voto dos demais Ministros, face o pedido de vista da então Ministra Ellen Gracie em 03.06.2009. Já proferiram votos os Ministros Maurício Corrêa (relator) e Carlos Britto, que julgavam procedente, em parte, dando ao Decreto nº 2.100/96, interpretação conforme o art. 49, I, da Constituição Federal, por entenderem que a denúncia da Convenção 158, da OIT, “condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produz sua eficácia”. Já o então Ministro Nelson Jobim votou pela improcedência.

Por último, proferiu voto o Ministro Joaquim Barbosa que julgou o pedido integralmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do decreto impugnado por entender não ser possível ao Presidente da República denunciar tratados sem o consentimento do Congresso Nacional, ressaltando que o sistema adotado pelo Brasil, é ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República (CF, art. 84, VIII).

Quanto à denúncia<sup>5</sup> citada, ou ato unilateral que visa desobrigar-se de um tratado; esta se concretizou mediante nota enviada ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, assinada pelo Embaixador Chefe da Delegação Permanente do Brasil em Genebra (Ofício número 397, de 20 de novembro de 1996); e posteriormente promulgada pelo Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996.

Tornou-se pública com o registro da denúncia da Convenção em tela e pelo Decreto 2.100/96, onde o Presidente da República teria retirado a vigência do tratado em 20 de novembro de 1997, um ano após registrada a denúncia.

No entanto, sempre se questionou a validade formal e material da denúncia feita da Convenção 158, invalidade que defendemos por desrespeito às regras formais e materiais preexistentes.

Entretanto, antes de adentrarmos na análise da invalidade da denúncia da convenção e defesa de sua vigência, premente situá-la e definir seu status no ordenamento pátrio.

### **1.1. Da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos**

Primeiramente, convém esclarecermos o conceito e âmbito dos institutos convenção e tratado.

Para Rezek, tratado é todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos (REZEK, 2000, p.14).

Em que pese defendido por alguns autores que o tratado internacional se diferencia da convenção, sendo o primeiro de maior amplitude e alcance, enquanto a

---

<sup>5</sup> A denúncia é o ato unilateral pelo qual uma Parte Contratante manifesta a sua vontade de deixar de ser Parte no tratado. A rigor, a denúncia pode não extinguir o tratado, pois a saída de apenas uma Parte não afeta um tratado que tenha, originalmente, mais de duas Partes. Já a denúncia a um tratado bilateral necessariamente o extingue. Caso um tratado contenha disposições processuais acerca da denúncia, basta à Parte Contratante segui-las para desobrigar-se do texto convencional. Mesmo que o tratado nada diga a respeito, é lícito à Parte denunciá-lo, cabendo discutir apenas se existiria um prazo (pré-aviso ou *notice* em inglês) entre a denúncia e os seus efeitos (a desvinculação, para a Parte, dos efeitos jurídicos do tratado). Se o próprio tratado não contiver regra sobre o pré-aviso, vale a da CVDT (doze meses entre a denúncia e seu efeito); neste caso, se a Parte que denuncia não é membro da CVDT, a denúncia tem efeito imediato. Não é lícito denunciar um tratado que contenha cláusula temporal. (que proíbe a denúncia por certo período de tempo) nem o que fixa fronteiras e limites entre Estados (o que alguns juristas chamam de "situações jurídicas estáticas". Rezek, J.F.. Direito Internacional Público: Curso Elementar. 10ª ed. Saraiva, 2007. p.440.

convenção seria limitada e de alcance restrito, ou seja, temática; entendemos que tal diferenciação não subsiste.

Atualmente os termos: tratado, convenção, pacto, acordo, compromisso são definidos como sinônimos, cujos sujeitos, alcance e conteúdo serão definidos em seu próprio teor e regras. Assim, estabelece a Convenção de Viena de 1969, o “tratado dos tratados”.

Segundo Flávia Piovesan, a palavra “Tratado” é um termo genérico que abarca todo e qualquer acordo de vontades entre sujeitos de Direito Internacional, podendo eventualmente receber as denominações de “Convenção”, “Pacto”, “Protocolo”, dentre outras (PIOVESAN, 2011).

Assim sendo, seguindo Rezek, Piovesan, Accioly, Campos, Pereira, dentre outros; entendemos que não há distinção entre Tratado e Convenção.

A internalização ou incorporação das normas de direito internacional no ordenamento interno podem ocorrer de várias formas.

Para a teoria monista, existe uma ordem jurídica única formada pelo direito internacional e direito interno. Havendo dissenso na doutrina com prevalência ora do direito interno, ora do internacional.

Para a teoria dualista, existem ordens jurídicas autônomas, independentes e não-derivadas. E assim sendo, há necessidade de regular a forma de incorporação da norma internacional ao ordenamento interno.

A Teoria Dualista é a adotada pelo Brasil, conforme se verifica de forma expressa nos artigos 84, VIII e 49, I da Constituição Federal; assim já reconhecido pelo STF na ADIn 1480.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:(...)  
VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;  
Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:  
I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Mais importante para nós, e para subsidiar a invalidade material da denúncia da Convenção 158, da OIT; é a definição da posição hierárquica dos tratados/convenções no sistema positivo nacional, ou pirâmide invertida de Kelsen.

A doutrina, em regra, estabelece quatro posicionamentos distintos, com os mais diversos fundamentos, para entender a questão: a) tese da legalidade, b) tese da supralegalidade, c) constitucionalidade, d) supraconstitucionalidade.

Resumidamente lembramos que inicialmente o STF, ADIN 1480, definia as normas de direito internacional como de *status* de lei ordinária, ou seja, tese da legalidade, nos seguintes termos:

[...] os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, no mesmo plano de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, e consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.

Posteriormente, e já influenciado pela progressividade de entendimentos carreados pela Emenda Constitucional 45, o STF modificou seu entendimento quando do julgamento conjunto do RE 349.703 e RE 466.343, no qual a Corte rejeitou por unanimidade as teses da supraconstitucionalidade e da legalidade para os Tratados de Direitos Humanos, ficando dividida quanto à adoção da tese da constitucionalidade ou da supralegalidade. Adotou, por maioria, a tese da supralegalidade.

No entanto, os Tratados de Direitos Humanos receberam tratamento diferenciado pelo Constituinte na EC 45, e assim vem entendendo a melhor doutrina.

Com a Emenda Constitucional 45, a Constituição Federal passou a estabelecer o seguinte:

§ 2º - 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.

§ 3º 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Assim, conjugando a interpretação acerca do § 2º, com o enunciado do § 3º, ambos do art. 5º, da CF, nos parece que há dois regimes constitucionais específicos para os Tratados Direitos Humanos: a) o regime da constitucionalidade material e formal, para os que tenham conteúdo de direito humanos e foram ratificados antes da Emenda Constitucional 45 ou são posteriores e passaram pelo *quorum* do §3º; e b) o regime da constitucionalidade somente material, para os que tenham conteúdo

de direito humanos e não foram ratificados antes da Emenda Constitucional 45 ou não passaram pelo *quorum* do §3º.

Neste sentido, se os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda n. 45/2004, por força dos §2º e §3º do art. 5º da Constituição, são normas material e formalmente constitucionais, com relação aos novos tratados de direitos humanos a serem ratificados, por força do §2º do mesmo art. 5º, independentemente do *quorum* de aprovação, serão normas materialmente constitucionais (PIOVESAN, 2011).

Assim sendo, defendemos que a Convenção 158 da OIT, que trata de proteção contra a despedida arbitrária, manutenção e proteção do emprego; que se enquadra como direito social e, portanto, direitos fundamentais/humanos, fora ratificada antes da referida Emenda e, portanto, tem status material e formalmente constitucional.

Neste sentido, é enfática a doutrinadora Lorena Porto ao afirmar que resta solar que a Convenção n. 158 é um tratado internacional que contém normas de proteção a direitos fundamentais. Assim sendo, foi incorporada na ordem jurídica interna com o status constitucional, tornando-se parte integrante da Constituição Federal de 1988, por força de seu art. 5º, §2º (PORTO, 2009)

Por todo o exposto, passemos à análise da invalidade da denúncia da Convenção 158 da OIT.

## **1.2. Da invalidade da denúncia da convenção 158 da OIT**

KELSEN nos ensina a idéia da hierarquia normativa, estabelecendo, para tanto, que uma norma será inferior em relação a outra norma, sempre que esta última busque fundamento de validade na primeira (KELSEN, 2003). Por sua vez, tal fundamento de validade existirá sempre que a norma superior estabeleça o procedimento necessário e o conteúdo possível da norma inferior.

Sempre que uma norma inferior venha a destoar do mandamento de uma norma superior, temos uma violação ao respectivo fundamento de validade e, por consequência, verificaremos a invalidade jurídica da norma violadora. Esta violação,

no caso do decreto 2100/96, se dá no que tange ao procedimento de criação da norma inferior (vício formal) e no que toca ao seu conteúdo (vício material).

### 1.2.1. Da invalidade formal

Entendemos que a denúncia foi formalmente inválida por três razões. Primeiro pela inobservância do art. 49, I, da CF, pois segundo a vontade do constituinte: “é da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Diversas vozes, com as quais nos filiamos, defendem que a denúncia para ter eficácia, deve passar pelo referendo do Congresso Nacional não sendo de competência exclusiva do Presidente da República decidir sobre o tema. Ou seja, pelo princípio da simetria, se cabe ao Congresso “resolver” e dar vigência ao tratado, cabe também a ele dar eficácia a sua denúncia. Neste sentido parece declinar a decisão do STF ainda em prosseguimento (Adin 1.625).

Segundo, parece-nos que restou ignorado que somente poderia ter havido denúncia da Convenção 158, após 10 anos de sua ratificação no Brasil<sup>6</sup>.

A Convenção n. 158 prevê, em seu art. 16, parágrafo 3, que a sua vigência, no plano interno do país-membro, inicia-se 12 meses após o registro, junto à OIT, da ratificação por ele efetuada. Por outro lado, em seu art. 17, parágrafo 1, prescreve que o país que a tiver ratificado somente poderá denunciá-la após 10 anos da sua entrada em vigor. Ora, tendo o Estado brasileiro feito o depósito da ratificação em 05/01/95, a Convenção em tela passou a vigorar, no plano interno, em 05/01/96. Assim sendo, a eventual denúncia somente poderia ter sido efetuada dez anos após essa data, a saber, a partir de 05/01/2006. Por essa razão, o Decreto n. 2.100/96, a par de todas as demais irregularidades acima apontadas, deveria ter esperado mais dez anos para veicular a denúncia da Convenção em tela (PORTO, 2009).

Terceiro, porque há invalidade formal uma vez que não houve consulta prévia, aos interessados, sobre a denúncia realizada, conforme prevê o art. 2º e 5º, da

---

<sup>6</sup> Conforme preceitua o art. 16 e 17 da Convenção 158 da OIT. Vide anexo I.

Convenção 144, da OIT, em vigência nacional desde 27 de setembro de 1995. Vejamos:

Art. 2.

Todo Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente Convenção compromete-se a pôr em prática procedimentos que assegurem consultas efetivas, entre os representantes do Governo, dos empregadores e dos trabalhadores, sobre os assuntos relacionados com as atividades da Organização Internacional do Trabalho a que se refere ao artigo 5, parágrafo 1, adiante.

Art. 5.

1. O objetivo dos procedimentos previstos na presente Convenção será o de celebrar consultas sobre: (...)

b) as propostas que devam ser apresentadas à autoridade ou autoridades competentes relativas à obediência às convenções e recomendações, em conformidade com o artigo 19 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho;

c) o reexame, dentro de intervalos apropriados, de Convenções não ratificadas e de recomendações que ainda não tenham efeito, para estudar que medidas poderiam tomar-se para colocá-los em prática e promover sua retificação eventual; (...)

e) as propostas de denúncias de convenções ratificadas.

Ademais, por oportuno destacamos que não mais subsiste o argumento adotado pelo Supremo Tribunal Federal que reconheceu, em sede de liminar na ADIn 1.480, vício formal da convenção em tela.

O fundamento de que seria inadmissível uma convenção internacional suprir a ausência de lei complementar, prevista, *in verbis*, no Texto Maior (art. 7º, I); com efeito, encontra-se rechaçada pelo próprio STF com a adoção do status supralegal<sup>7</sup> para tratados de direitos humanos<sup>8</sup>.

<sup>7</sup>RE 349.703 e RE 466.343 adota o status supralegal, ressaltando-se que para nós trata-se de norma com status constitucional conforme defendido do item 1.1.

<sup>8</sup>Neste sentido, primorosas as lições de Lorena Porto:

Demais disso, o tratado, por força do disposto no art. 5º, §2º, da Constituição Federal, cumpriria o mesmo papel por esta reservado às leis complementares, qual seja, o de integrar o conteúdo dos preceitos constitucionais, compondo o denominado bloco de constitucionalidade. Assim, o preceito constante do art. 7º, inciso I, ao mencionar a lei complementar, não excluiria a possibilidade de a matéria ser regulada através de um tratado internacional, que cumpre também o papel de integrar os dispositivos constitucionais. Essa exigência do diploma complementar dirigir-se-ia apenas ao legislador interno, que estaria jungido à edição dessa espécie normativa para regular validamente o preceito constitucional em análise. Arguiu-se também, em favor da validade da Convenção em comento, o fato de ter sido ela aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo n. 68/92, o que revela a sua "constitucionalidade implícita". Com efeito, caso fosse esse tratado contrário à Lei Maior, não teria recebido a aprovação do Congresso Nacional. Isso ocorreu com a Convenção n. 87 da OIT, que versa sobre a autonomia sindical, a qual não foi aprovada pelo Parlamento Nacional, por ser contrária à Carta Política. Os argumentos acima expostos já seriam mais do que suficientes para rebater o entendimento adotado pelo STF, qual seja, o da inconstitucionalidade da Convenção n. 158. Todavia, há uma peculiaridade nesse tratado que nos leva a uma outra linha argumentativa, mais coerente e harmônica com as normas e o espírito da Constituição Federal de 1988. Conforme supra demonstrado, a Convenção n. 158, sendo um tratado

Assim sendo, pensamos que as razões de decidir do STF, quando da concessão da liminar da ADIn referida, não mais subsistiriam nos dias de hoje ou ainda não resistiriam ao julgamento do mérito, caso tivesse ocorrido.

### 1.2.2. Da invalidade material

Defendemos, ainda, a invalidade material da denúncia realizada ante a clara afronta ao Princípio do não-retrocesso social, por se tratar de cláusula pétrea e, por consequência, tornar o decreto 2.100/96, que denunciou a Convenção 158, inconstitucional, haja vista se tratar de direito fundamental.

#### 1.2.2.1. Princípio do não-retrocesso social.

O princípio do não-retrocesso social, proibição do retrocesso ou progressividade dos direitos fundamentais, está implícito na Constituição Brasileira de 1988, decorrente do sistema jurídico-constitucional pátrio, e que tem por escopo a vedação da supressão ou da redução de direitos fundamentais sociais, em níveis já alcançados e garantidos aos brasileiros (FILETI, 2009).

O instituto encontra reconhecimento e elevado grau de desenvolvimento em países como Alemanha, Itália e Portugal. Em especial, destacamos o tratamento recebido em Portugal onde é reconhecido como direito social de dimensão subjetiva e garantia à concretização de direitos implicitamente reconhecidos na Constituição. Já tendo inclusive sido utilizado como fundamento para declaração de inconstitucionalidade material de lei.<sup>9</sup>

No Brasil, o princípio do não retrocesso decorre do Estado Democrático de Direito e é consentâneo com outros princípios consagrados na Constituição Cidadã

---

de proteção de direitos humanos, tem hierarquia constitucional. No momento em que ela foi ratificada pelo Brasil, tornou-se parte da Constituição Federal de 1988, o que conferiu contornos precisos à proteção contra as dispensas imotivadas, prevista em seu art. 7º, inciso I, tornando-a um direito de eficácia imediata.

<sup>9</sup> A Suprema Corte de Portugal declarou inconstitucionalidade da lei que revogara parte de outra lei que instituíra o Serviço Nacional de Saúde (inconstitucionalidade material do art. 17 do Decreto-lei nº 254/82) utilizando-se como fundamento o princípio do não-retrocesso social.



como o da dignidade da pessoa humana, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica e da proteção da confiança, da igualdade material, solidariedade, justiça social, do valor social do trabalho e da valorização do trabalho humano.

Ademais, o constituinte deixa clara a obrigação do legislador infraconstitucional na consolidação e ampliação de direitos quando estabelece, por exemplo, que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (art. 7º), bem como 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” (art. 5º, § 2º).

Ainda que se queira dar ao art. 7º, I, da CF eficácia limitada, interpretação da qual discordamos por se tratar de norma constitucional de direito fundamental, não se pode ignorar que esta já possui eficácia mínima irradiante e limitadora ao legislador infraconstitucional.

Conforme nos ensina José Afonso da Silva, as normas constitucionais definidoras de direitos sociais seriam normas de eficácia limitada e ligadas ao princípio programático, que, inobstante tenham caráter vinculativo e imperativo, exigem a intervenção legislativa infraconstitucional para a sua concretização, vinculam os órgãos estatais e demandam uma proibição de retroceder na concretização desses direitos (SILVA, 2007).

Concordamos com FILETI quando afirma que o conteúdo do princípio da proibição de retrocesso social está centrado na possibilidade de reconhecimento do grau de vinculação do legislador aos ditames constitucionais relativos aos direitos sociais (FILETI, 2009), para nós, sinônimo da eficácia imediata limitativa ou força normativa negativa da norma constitucional. Significando que, uma vez alcançado determinado grau de concretização de uma norma constitucional definidora de direito social aquela que descreve uma conduta, omissiva ou comissiva, a ser seguida pelo Estado e por particulares, fica o legislador proibido de suprimir ou reduzir essa concretização sem a criação de mecanismo equivalente ou substituto.

Pelo exposto, como ignorar o atropelo ao princípio do não-retrocesso social e a afronta aos valores constitucionais citados quando da exclusão de direito fundamental já internalizado e integrado ao ordenamento brasileiro pelo Decreto 1.855/96 sem qualquer compensação?

Sarlet salienta ainda que negar reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte (SARLET, 2004).

#### 1.2.2.2. Cláusula pétrea

Conforme concluímos acima, a presente convenção é tratado internacional com conteúdo de direito fundamental social, abrangido pelo art. 5º, §2º, ou seja, de status constitucional.

Em assim sendo, impõe-se também a ele a limitação constitucional prevista no art. 60, §4º, IV, da CF.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Os dispositivos constitucionais que versam sobre as matérias enumeradas no §4º, do art. 60 não podem ser revogados e nem mesmo alterados, sendo, portanto denominados de cláusulas pétreas. Salvo, se for para sofrer ampliação (Princípio do não-retrocesso social).

Frise-se que o inciso IV tem reconhecidamente amplitude e interpretação extensiva, englobando como cláusula pétrea os direitos fundamentais e sociais.

Como bem elucidou Sarlet, a garantia de intangibilidade desse núcleo ou conteúdo essencial de matérias (nominadas de cláusulas pétreas), além de assegurar a identidade do Estado brasileiro e a prevalência dos princípios que fundamentam o regime democrático, especialmente o referido princípio da dignidade

da pessoa humana, resguarda também a Carta Constitucional dos casuísmos da política e do absolutismo das maiorias parlamentares (SARLET, 2007).

Portanto, adotamos a tese de que a denúncia à Convenção 158 restou inválida ante seu conteúdo de direitos humanos, cujo status é de norma Constitucional, inteligência dos §2<sup>a</sup> e §3<sup>o</sup> do art. 5 da CF, dispensada, portanto, a necessidade de Lei Complementar a que se refere o art. 7<sup>o</sup>, inciso I, da Carta Magna.

Lembramos, ainda, que o tratado internacional, como o caso em tela, gera como já dissemos, limitação imposta ao legislador infraconstitucional (cláusula pétrea), bem como incorpora o bloco constitucional servindo de limite, gerando controle de constitucionalidade.

Ainda que não se queira dar à Convenção 158 da OIT o status de norma constitucional, não haveria como fugir tampouco do controle de convencionalidade<sup>10</sup>, que também geraria a invalidade de conteúdo.

Resumindo de certa forma as ideias aqui defendidas, destacamos o voto do Ministro Joaquim Barbosa<sup>11</sup>, proferido na ADIn 1.625.

A Convenção sob análise não seria um tratado comum, mas um tratado que versa sobre direitos humanos, apto a inserir direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, caberia cogitar da aplicação do novo § 3<sup>o</sup>, do art. 5<sup>o</sup>, da CF, introduzido pela EC 45/2004, a essa Convenção. Apesar de o Decreto que incorporou a Convenção ao direito brasileiro ser de 1996, ainda que não se admitisse a tese de que os tratados de direitos humanos anteriores à EC 45/2004 possuíssem estatura constitucional, seria plausível defender que possuíssem estatura supralegal, porém infraconstitucional. Reconhecido o caráter supralegal aos tratados de direitos humanos e considerando-se a Convenção 158, da OIT, como um tratado de direitos humanos, concluir-se-ia não ser possível sua denúncia pelo Poder Executivo sem a intervenção do Congresso Nacional. Do contrário, permitir-se-ia que uma norma de grau hierárquico bastante privilegiado pudesse ser retirada do mundo jurídico sem a intervenção de um órgão legislativo, e, ainda, que o Poder

---

<sup>10</sup> Vide: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle de Convencionalidade das leis. Disponível em <http://www.lfg.com.br>

<sup>11</sup><http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo549.htm>. Acesso em 31.03.2014.

Executivo, por vontade exclusiva, reduzisse de maneira arbitrária o nível de proteção de direitos humanos garantido aos indivíduos no ordenamento jurídico nacional.

Como consequências advindas da declaração de inconstitucionalidade, conclui o Ministro: 1) a declaração de inconstitucionalidade somente teria o efeito de tornar o ato de denúncia não-obrigatório no Brasil, por falta de publicidade. Como consequência, o Decreto que internalizou a Convenção 158, da OIT, continuaria em vigor. Caso o Presidente da República desejasse que a denúncia produzisse efeitos também internamente, teria de pedir a autorização do Congresso Nacional e, somente então, promulgar novo decreto dando publicidade da denúncia já efetuada no plano internacional; 2) a declaração de inconstitucionalidade somente atingiria o Decreto que deu a conhecer a denúncia, nada impedindo que o Presidente da República ratificasse novamente a Convenção 158, da OIT.

### 1.2.3. Considerações Finais

Mesmo após todas estas discussões e julgamentos parciais, a questão que nunca esteve adormecida, voltou à tona de forma robusta em 2008. Em 14.02.2008, o então presidente Luiz Inácio Lula da Silva encaminhou mensagem (Mensagem 59 de 2008) ao Congresso Nacional pedindo a ratificação da Convenção 158, da OIT.<sup>12</sup>

Em 10.08.2011, a proposta de ratificação foi rejeitada na Comissão do Trabalho da Câmara dos Deputados, com 17 votos favoráveis e 8 contrários; com forte pressão da CNI e outras confederações pela sua rejeição.

Em 20.10.2011, foi dado parecer pelo relator na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC), Dep. Ricardo Berzoini (PT-SP), pela constitucionalidade e juridicidade. A proposta está “sujeita à apreciação do Pleno, com prioridade”<sup>13</sup>, desde então, ou seja, há quase 3 anos, sem qualquer andamento.

O retorno da matéria à pauta, por iniciativa do Presidente da República, e fruto de certo apelo dos sindicatos e da CUT, continuará encontrando óbices do

---

<sup>12</sup>Disponível em: <[http://g1.globo.com/Noticias/Economia\\_Negocios/0,,MUL299166-9356,00-LULA+ENVIA+AO+CONGRESSO+PROPOSTA+QUE+IMPEDE+DEMISSAO+SEM+JUSTIFICATIVA.html](http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL299166-9356,00-LULA+ENVIA+AO+CONGRESSO+PROPOSTA+QUE+IMPEDE+DEMISSAO+SEM+JUSTIFICATIVA.html)>. Acesso em 31 Jan. 2014.

<sup>13</sup> Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=383867>> acesso em 31 Jan. 2014.

ponto de vista jurídico formal e material. Pensamos que mais efetivo seria regulamentar o inciso primeiro do artigo 7º da Constituição Federal, através da lei complementar nele prevista, rechaçando, ao menos parte dos óbices formais dedutíveis.

Por esta simples conclusão nos perguntamos: o governo teria mesmo interesse, e firmeza, em regular a matéria contrariando os interesses econômicos?

A despeito da nova tentativa, antecipadamente frustrada pelo silêncio eloquente dos últimos quase 3 anos, por todo o exposto, entendemos inconstitucional o Decreto n. 2.100/96 e, portanto, inválida a denúncia por meio dele pretendida.

Neste sentido também conclui Lorena Porto, “conclusão inarredável é a de que a Convenção n. 158 está em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, entendimento este que se espera seja acolhido pelo Egrégio STF, no julgamento da ADIn n. 1625.”

Ademais, recordemos que ainda que se encontrem provenientes do ordenamento internacional os direitos fundamentais são indivisíveis e inafastáveis. Os direitos fundamentais formam um conjunto de valores e princípios que assim devem ser interpretados e garantidos.

A garantia e proteção deles nos faz defender que ainda que não tenham sido ratificadas as convenções, todos os países membros da Organização Internacional do Trabalho, por si só, já têm o compromisso de respeitar, promover e proteger o trabalhador, do que decorre ser o direito e proteção ao emprego uma concretização dos princípio e valores emanados da OIT e seu conjunto normativo.

Outrossim, já adiantamos que entendemos que a Convenção 158 não é compatível, em sua integralidade com o sistema pátrio, já que motivação não é sinônimo imediato de reintegração ou direito à estabilidade, o que não afasta em nenhuma hipótese o seu aproveitamento parcial.

Aliás nesse sentido o STF já afastou o argumento de incompatibilidade quando do julgamento da ADIn 1.480 afirmando que a Convenção n. 158, em seu art. 10, não impõe que os países-membros adotem a reintegração como resposta à invalidação da dispensa imotivada, podendo estes optarem pelo pagamento de uma indenização.

Portanto, a convenção 158, da OIT, após internalizada, ainda que se observassem os pressupostos formais, não podia ter sido denunciada sem qualquer compensação que observe seu status constitucional e a progressividade, ou não retrocesso, inerente aos direitos fundamentais sociais. Em concreto, enquanto não vigente a lei complementar referida, e ainda que esta lei observe o princípio do não-retrocesso social, não há como extirpar do ordenamento jurídico nacional a Convenção 158 da OIT.

Portanto, a Convenção n. 158, sendo um tratado de proteção de direitos humanos, tem hierarquia constitucional. No momento em que ela foi ratificada pelo Brasil, tornou-se parte da Constituição Federal de 1988, o que conferiu contornos precisos à proteção contra as dispensas imotivadas, prevista em seu art. 7º, inciso I, tornando-a um direito de eficácia imediata. (PORTO, 2009)

Ainda neste sentido, é a feliz conclusão da professora Lorena Vasconcelos Porto para quem percebe-se que a Convenção n. 158, da OIT, e a Carta Magna de 1988 apontam no mesmo sentido: a proteção da relação de emprego contra a dispensa imotivada. Buscam, do mesmo modo, a conciliação entre o capital e o trabalho, o equilíbrio entre os interesses da empresa e os direitos do trabalhador, o desenvolvimento econômico e a justiça social. Resta evidente, portanto, que Convenção em tela encontra-se em perfeita consonância com a Carta da República (PORTO, 2009).

Ainda que assim não fosse, e se queira afastar a incidência e aplicação da Convenção 158, da OIT, no Brasil; a aplicação imediata do preceituado no art. 7º, I, da CF e seu efeito concretista, eficácia imediata e subjetiva; em consonância e visando concretizar a função social do contrato, os valores da solidariedade (art. 3º, I, da CF/88), da justiça social (art. 170, caput, da CF/88), da livre iniciativa, respeitada e consubstanciada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) e de forma inerente ao contrato de trabalho, já que aplicáveis nas relações privadas (dimensão horizontal); enseja a motivação da dispensa contratual trabalhista, incidência ainda do princípio da boa-fé objetiva e os deveres anexos de conduta, de solidariedade, cooperação, e em especial lealdade e informação; conforme passamos a estudar.

## **CAPÍTULO 2**

### **A APLICABILIDADE E EFICÁCIA IMEDIATA DO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

#### **2.1. Regra atual da dispensa como direito potestativo do empregador**

Partindo dessa premissa, de que ainda que se queira afastar a incidência e aplicação da Convenção 158, da OIT, a aplicação imediata do preceituado no art. 7º, da CF e seu efeito concretista e sua eficácia imediata e subjetiva, enseja a motivação da dispensa do contrato de trabalho, aprofundemos no estudo da eficácia imediata dos direitos fundamentais.

Primeiramente, considerando que há dissenso na lei, doutrina e jurisprudência, convém abordar os termos utilizados quanto à despedida, dispensa, demissão e rescisão, e ainda despedida arbitrária ou sem justa causa.

Adotaremos os conceitos do mestre Godinho, para quem resilição é o desfazimento de um contrato por simples manifestação de vontade, de uma ou de ambas as partes. Inexiste aqui descumprimento ou inadimplemento, as partes apenas não querem mais prosseguir (DELGADO, 2010).

A resilição pode ser bilateral ou distrato (art. 472, CC) ou unilateral (denúncia, art. 473, CC), exemplo pedido de demissão do empregado ou dispensa sem justa causa pelo empregador.

Resolução é o meio de dissolução do contrato devido a um ato faltoso por uma das partes ou por ambas. Exemplo: Dispensa por justa causa (art. 482, CLT), dispensa ou rescisão indireta (art. 483, CLT) e culpa recíproca (art. 484, CLT e Súmula 14, TST).

Já a rescisão, tecnicamente ocorre quando há nulidade contratual. Exemplo: Contratação de servidor público sem prévia aprovação em concurso público (Súmula 363, TST). No entanto, é utilizada comumente como termo geral de término contratual, de plurissignificados. A CLT e outras normas se utilizam do termo

rescisão sem precisão técnica, de forma genérica (ex: art. 29, 407, 439, 467, da CLT e TRCT).

Frise-se ainda que o contrato de trabalho pode ser extinto por outras formas como a extinção ou falência do estabelecimento, força maior e morte, que é denominada ainda como cessação do contrato.

O objeto do nosso estudo se limita a uma única forma de extinção contratual, dispensa sem justa causa pelo empregador, que o mestre Godinho chama de "dispensa motivada mas sem justa causa celetista" (DELGADO, 2010).

Trata-se, sem controvérsia, de rescisão unilateral do contrato por parte do empregador. E em assim sendo, e já que nossa atecnia não ensejará confusão, tomamos a liberdade de adotar o termo legal rescisão, bem como dispensa, despedida, término, rescisão e dissolução no decorrer deste estudo como sinônimos da modalidade de extinção contratual em tela.

Já quanto aos termos "despedida arbitrária ou sem justa causa", utilizados pelo constituinte, art. 7º, I, da Constituição Federal, e cujo objeto do nosso estudo está intrinsecamente ligado, sejamos mais técnicos.

A despedida arbitrária é qualificação da extinção contratual de iniciativa do empregador de forma absolutamente imotivada, ou seja, a chamada "denúncia vazia" do contrato.

Enquanto justa causa é ato da ação ou omissão do trabalhador, ou seja, sem justa causa é rompimento contratual sem causa pelo empregado.

Segundo Almeida, a despedida arbitrária ocorre quando houver uma causa objetiva da empresa, de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural, ao passo que a proteção contra a despedida sem justa causa refere-se à hipótese da despedida individual, que seria justificada quando o empregado praticar falta disciplinar ou contratual (ALMEIDA, 2011).

Concluindo, *mutatis mutandis*, os conceitos são sinônimos e o que o constituinte estabeleceu foi uma vedação ao empregador e um direito subjetivo do trabalhador a não sofrer dispensa sem motivação, esta deve ter origem e motivação ou pelo empregador ou pelo empregado.

Acertados os termos iniciais, passemos ao estudo do tratamento dado pelo ordenamento jurídico ao término imotivado do contrato de trabalho até os dias atuais



e, posteriormente chegarmos à defesa da vedação dessa possibilidade pelo constituinte.

Em 1923 foi aprovada lei que dispunha que os trabalhadores em estradas de ferro que completassem dez anos de efetivo serviço no mesmo emprego tornar-se-iam estáveis somente podendo ser despedidos por justa causa ou força maior (Lei Elói Chaves).

Este direito, em 1º de maio de 1943, ingressou na Consolidação das Leis do Trabalho se estendendo aos demais trabalhadores<sup>14</sup>. Foi também a então recém CLT que dispôs que os trabalhadores que não tinham dez anos de serviço e fossem despedidos imotivadamente, receberiam uma indenização de 1 (um) mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a 6 (seis) meses<sup>15</sup>.

Este antigo modelo jurídico, segundo Godinho, impunha forte contingenciamento à vontade empresarial quanto à ruptura desmotivada do contrato de emprego. O modelo celetista clássico conjugava duas vertentes de contenção. A primeira corresponde às indenizações progressivas pelo tempo de serviço (arts. 477 e 478, da CLT) e a segunda gerava verdadeiro obstáculo à dispensa imotivada (art. 492, da CLT). Surgia aí a estabilidade decenal.

Pedimos vênias para replicar as palavras do Ministro Maurício Godinho, pois impassíveis de qualquer retoque:

O sistema estabilitário celetista sofreu críticas, que denunciavam sua rigidez, tida como impermeável e excessiva. Afinal, o sistema não contemplava sequer como fatores justificadores de dispensa seletivas circunstâncias econômicas, financeiras e tecnológicas que comprovadamente afetassem a estrutura e a dinâmica das empresas. Tais críticas encontraram o cenário político ideal no regime autoritário instaurado no país em 1964. Exponenciadas pelo discurso oficial do novo regime, harmônico a uma política econômica de franco cunho neoliberal, e pelo silêncio cirurgicamente às vozes adversas, essas críticas encontraram fórmula jurídica alternativa ao sistema combatido- o mecanismo do Fundo de garantia do Tempo de Serviço. (DELGADO, 2010, p. 1034).

---

<sup>14</sup>Art. 492. O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovada.

Art. 478 - A indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado será de 1 (um) mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a 6 (seis) meses.

§ 1º - O primeiro ano de duração do contrato por prazo indeterminado é considerado como período de experiência, e, antes que se complete, nenhuma indenização será devida.

Em 13 de setembro de 1966 foi promulgada a Lei 5.107 que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, hoje regido pela Lei 8.036/90.

O FGTS surgiu como sistema alternativo ao clássico através de opção a ser realizada por contrato escrito no momento da celebração do contrato. Ao optar pelo novo sistema denominado Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, os trabalhadores abririam mão da indenização/estabilidade decenal e quando despedidos receberiam a título de indenização a liberação dos depósitos efetuados mensalmente pelos empregadores no curso do contrato de emprego (oito por cento sobre a remuneração paga ou devida), mais uma multa de dez por cento sobre os referidos depósitos corrigidos (hoje 40%) e com a incidência de juros.

A coexistência de sistemas durou quase vinte e dois anos. Em 05 de outubro de 1988, promulgada a Constituição Federal que dispôs que o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço passaria a ser direito de todos os trabalhadores urbanos e rurais, não recepcionando os artigos 478 (indenização) e 492 (estabilidade), da CLT, e universalizou o novo sistema. O Constituinte ampliou ainda o depósito de 10% para 40% (art. 10, II, ADCT).

A Constituição Federal assim estabeleceu o regime atual:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Atos das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: "I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107/66", o denominado 40% FGTS.

Pelo exposto, e em que pese desde já todas as ressalvas, atualmente a interpretação majoritária da doutrina e da Jurisprudência é de que o preceito constitucional não tem eficácia imediata e que depende da lei complementar que ainda não sobreveio.

E assim sendo, o empregador tem direito potestativo de dispensar sem motivação, ficando obrigado somente à indenizar o trabalhador nos termos do art. 10, I, do ADCT quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei nº 5.107/66, ou seja, 40% do FGTS.

Os que assim defendem, fundamentam ainda o direito à denúncia vazia pelo empregador na liberdade contratual, livre iniciativa e propriedade privada esculpidos na Constituição Federal, de forma isolada.

Ainda no sistema atual, chamados por alguns de conjunto protetivo contra dispensa imotivada, recordamos que além do FGTS, acrescido da multa de 40%; existe o aviso prévio proporcional (art. 7º, XXI, da CF e lei 12.506/11) e o seguro-desemprego (art. 7º, II, da CF e lei 8.900/94).

Frise-se também que no próprio ordenamento pátrio existe regulamentação específica quanto aos titulares de representação dos empregados na CIPA, ou Comissão Interna de Prevenção de Acidente, no art. 165, da CLT e o art. 10, II, a, do ADCT que já regulamentam a restrição à dispensa imotivada e estabelecem as hipótese e cabimento de sua motivação. Destaca-se:

Art. 165 - Os titulares da representação dos empregados nas CIPA não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

[...]

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato.

Em que pese as vozes majoritárias defendam o sistema atual e sua manutenção, com fulcro no ordenamento vigente, ousamos discordar e assim o fazemos consubstanciados na mesma ordem jurídica posta, mas com outros olhos.

Neste sentido, destacamos as palavras de Sarmiento para quem os defensores de uma ordem jurídica mais justa não devem assistir impávidos a estes fenômenos. Para ele, cumpre, em primeiro lugar, lutar com coragem pela efetivação da Constituição e dos direitos humanos também no campo das relações privadas. Para este mister, importante o trabalho do operador do Direito, comprometido com os valores democráticos da Constituição de 1988, que deve atuar corajosamente nos tribunais e fora deles, difundindo teses e lutando contra o senso comum teórico do liberalismo positivista, ainda enraizado em nossa cultura jurídica, apesar de sua franca incompatibilidade com o paradigma vigente do Estado Democrático de Direito (SARMENTO, 2010).

## 2.2. Direitos Fundamentais e Sociais

Antes de adentrarmos na aplicação imediata e eficácia do artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, em específico, entendemos pertinente uma breve passagem pela origem, conceito, papel, características, gerações/dimensões, dimensão objetiva e subjetiva, força normativa, hermenêutica constitucional e, eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais.

De longe, temos como fonte material dos direitos fundamentais o abandono ao Estado Absolutista e seus preceitos individualistas; a passagem pelo Estado Liberal, e a imposição de direitos mínimos (liberdade negativa); chegando ao Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), ante a iminente necessidade de garantias sociais frente à livre regulamentação, progredindo ao Estado Democrático de Direitos<sup>16</sup> que se consolidou principalmente no pós-guerra, como garantidor da lei, direitos de propriedade e defesa de um rol de direito fundamentais, baseados no chamado “Princípio da Dignidade Humana”.

De perto, o processo de democratização brasileira e a Constituição de 1988 consolidam os direitos e garantias fundamentais no Brasil.

Após o longo período ditatorial, de 1964 a 1985, o Brasil fortalece importantes conquistas sociais e políticas que se concretizam na Constituinte que seguiu o período. A Constituição Cidadã enaltece e internaliza os direitos humanos já sedimentados no âmbito internacional.

A expressão direitos fundamentais “*droits fondamentaux*”, surgiu na França em 1770, no movimento político e cultural que deu origem à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789 (NOVELINO, 2009).

A respeito da terminologia direitos fundamentais, destacamos que a doutrina diverge sobre vários conceitos como “direitos morais” (Estado Liberal), “direitos naturais” (jusnaturalismo), “direitos públicos subjetivos” (Estado Liberal), “direitos dos

---

<sup>16</sup>Estado democrático de direito é um conceito de Estado que busca superar o simples Estado de Direito concebido pelo liberalismo. Garante não somente a proteção aos direitos de propriedade, mais que isso, defende através das leis todo um rol de garantias fundamentais, baseadas no chamado "Princípio da Dignidade Humana". Disponível em: < <https://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2013/06/21/>> . Consulta em 17 mar. 2014.

povos”(exclui direitos individuais), “liberdades públicas” (conceito limitado aos direitos individuais x Estado) e “direitos humanos”.

Quanto aos primeiros conceitos pensamos que não refletem toda a gama de conceitos que queremos alcançar ora limitados à esfera individual, ora de grupo, ora aos limites do Estado ou com facetas do Estado Liberal.

Já o último conceito, direitos humanos, merece melhor aprofundamento. Segundo Norberto Bobbio, os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 1992).

Segundo Luño:

Los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.(LUÑO, 1999, p. 48).

Assim, entendemos que os direitos humanos são inerentes à própria condição humana mas fruto histórico de circunstâncias histórica, social, política e econômica que levaram ao reconhecimento alcançado na esfera internacional.

Quanto à distinção ou similitude entre as expressões direitos humanos e fundamentais, as expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (CANOTILHO, 1998, p. 259).

Parte da doutrina diferencia as expressões em tela, afirmando em síntese que os direitos fundamentais nascem a partir do processo de positivação dos direitos humanos e se diferenciam por garantir ou marcar a positivação destes direitos especificamente um grupo de indivíduos frente a um Estado, ou por de qualquer

outra forma possuírem limitação conceitual frente ao conceito ilimitado e naturalista de direito humanos.

Entendemos que inexistente justificativa de conteúdo para diferenciar tais conceitos e que os direitos fundamentais nada mais são do que os direitos humanos, já sedimentados no âmbito internacional, internalizados pela Constituição sem alteração conceitual substancial.

Neste sentido ainda, destacamos o ensinamento de Sarlet para quem o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional. (SARLET, 2005)

Assim sendo, e como fruto da democratização do Estado brasileiro, a Constituição de 1988, expressa e internaliza de forma primorosa o Estado Democrático de Direitos, preceituando seus pilares (arts.1º a 3º); e a vertente Kantiana<sup>17</sup> que fundamenta o valor da dignidade da pessoa humana.

Portanto, é o princípio da dignidade da pessoa humana que norteia a própria constituição, os direitos fundamentais postos e a hermenêutica constitucional. Bem como o estudo ora proposto.

Segundo Bonavides, nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana (BONAVIDES, 1998).

Os direitos fundamentais têm características peculiares à sua condição de direitos superiores, a saber: universalidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade.

Em breve síntese, a universalidade liga-se à dignidade humana, formando um núcleo mínimo de proteção; a inalienabilidade e irrenunciabilidade, preceituam que os direitos fundamentais são intransferíveis, inegociáveis e indisponíveis, e ainda

---

<sup>17</sup>Para Kant, as pessoas devem existir como um fim em si mesmo e jamais como um meio.

que não exercido, ou se o titular quedar-se inerte, não admite renúncia (irrenunciabilidade); bem como não pode ser atingido pela prescrição (imprescritibilidade) (NOVELINO, 2009).

Como dissemos acima, a origem dos direitos fundamentais teve sua origem fático-histórica ligada diretamente com a evolução do Estado (Absolutista-Liberal-Social-Democrático de Direito) e dele decorre seu surgimento e as progressivas gerações ou dimensões<sup>18</sup> dos direitos fundamentais.

A revolução Francesa deu origem à limitação dos poderes do Estado e o respeito às liberdades individuais de caráter negativo (direito de defesa) como dever de abstenção do Estado frente ao titular do direito, o indivíduo. Surgiram daí os direitos fundamentais de primeira dimensão, relacionados à liberdade: direitos civis e políticos.

Já da Revolução Industrial e de seus preceitos de igualdade material, fruto da luta de classes e da busca de garantias de direitos positivos (intervencionismo estatal) surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão: direitos sociais, econômicos e culturais. O direito a prestações impõe ao Estado não só a limitação e abstenção frente aos direitos individuais, mas uma postura também positiva e garantidora cujo titular não se limita ao indivíduo.

Como salienta Almeida, os direitos sociais, denominados por Norberto Bobbio (1992) como de segunda geração, exsurgem do reconhecimento de que "liberdade sem igualdade não conduz a uma sociedade livre e pluralista, mas a uma oligarquia, vale dizer, à liberdade de alguns e à não-liberdade de muitos", o que condiz com a idéia de mínimo existencial garantido através da intervenção positiva do Estado. Disto extrai-se a essencialidade dos direitos sociais e a relevância jurídica enquanto bens tutelados pela Carta Magna, a saber direito a educação, saúde, ao lazer, ao trabalho e à moradia. Todos estes direitos estão contidos no mínimo existenciais englobado no conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana (ALMEIDA, 2006).

Segundo Piovesan, não há direitos fundamentais sem que os direitos sociais sejam respeitados (PIOVESAN, 2011). E acrescentamos, não há respeito aos

---

<sup>18</sup>Preferimos o termo dimensões, pois o termo geração dá a entender que houve extinção ou superação da primeira, pela segunda e assim adiante, o que não ocorre com direitos

direitos individuais, sem o reconhecimento e inclusão dos direitos sociais como direitos fundamentais, pois estes nada mais são do que um conjunto ou feixe de direitos individuais.

Ainda no sentido de progressão dos direitos fundamentais, conjugado com a impossibilidade do Estado de garantir as prestações exigidas; agora ligados à fraternidade e solidariedade (direito de participação), redução das desigualdades materiais e garantia ao ser humano e de titularidade coletiva; surgem os direitos de terceira dimensão: direitos coletivos (meio ambiente, solidariedade, paz, comunicação e outros).

Alguns autores trazem ainda os direitos de quarta geração/dimensão ou associados à pluralidade (democracia, informação, pluralismo) que seriam decorrentes e ao mesmo tempo imprescindíveis à globalização.

Os direitos fundamentais ainda possuem outra classificação, de dupla dimensão: subjetiva e objetiva.

A primeira, subjetiva, revela-se pelo direito que seus titulares têm de exigir sua observância dos destinatários. Trata-se de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado em sua ordem jurídica (SARMENTO, 2010).

Desta forma, os direitos fundamentais geram direitos subjetivos aos seus titulares, permitindo que estes exijam comportamentos, negativos ou positivos, dos destinatários (Estado ou particulares).

Já a dimensão objetiva, é a expressão de valores objetivos de atuação e compreensão do ordenamento jurídico. Ainda segundo Sarmento, “liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes a uma comunidade, as bases da ordem jurídica da coletividade”. Neste sentido, destacamos que para Sarlet:

Parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais [na sua perspectiva objetiva] são sempre, também, direitos transindividuais. É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos

---

fundamentais ante seu mandamento de progressão de direitos.



direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes[...] (SARLET, 2007, p. 168).

Como aspecto e efeito da dimensão objetiva temos a leitura dos direitos fundamentais como normas de competência negativa para o poder público. Um segundo aspecto da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é gerar um efeito de irradiação, a necessidade de criação, interpretação e aplicação conforme os direitos fundamentais.

O efeito irradiante também afeta as relações privadas, dando origem o que se denomina eficácia horizontal dos direitos humanos.

O terceiro aspecto é a eficácia dirigente, criando para o Estado o dever de permanente concretiza e realizar o conteúdo dos direitos materiais. A eficácia irradiante gera efeitos hermenêuticos e de controle de constitucionalidade, além de operacionalização dos direitos fundamentais na aplicação do ordenamento jurídico.

Segundo Tavares, a eficácia irradiante obriga que todo o ordenamento jurídico estatal seja condicionado pelo respeito e pela vivência dos direitos fundamentais. A teoria dos deveres estatais de proteção pressupõe o Estado parceiro na realização dos direitos fundamentais, e não como seu inimigo, incumbindo-lhe sua proteção diuturna (TAVARES, 2007).

A eficácia irradiante gera efeitos hermenêuticos e de controle de constitucionalidade, além de operacionalização dos direitos fundamentais na aplicação do ordenamento jurídico.

E o quarto aspecto, é o dever de proteção do Estado, o qual deve atuar para defender os valores ainda que não titularizados por um sujeito. Para nós, está diretamente ligada ao princípio do não-retrocesso.

Quanto aos deveres de proteção, garantir os direitos do homem significa protegê-los nos mais diferentes contextos, públicos ou privados. O Estado, que apesar das múltiplas crises que enfrenta ainda é o principal garantidor dos direitos fundamentais, tem de criar novas instituições e remodelar as já existentes, sem o que não estará à altura desta que constitui a sua mais importante missão. (SARMENTO, 2010)

Com efeito, a eficácia subjetiva gera direito imediato ao trabalhador de exigir do empregador, e quando ignorado por este, do Estado-juiz; que motive ou exija a

motivação da dispensa quando da rescisão do seu contrato de forma vazia ou imotivada.

E a eficácia objetiva exige do aplicador uma nova postura, voltada para a promoção dos valores constitucionais, uma filtragem constitucional prática.

Outrossim, a dimensão objetiva e seus aspectos geram, respectivamente, a vedação ao Estado (leia-se executivo, legislativo e judiciário, na medida de suas atribuições) de adoção de medidas contrárias ao preceituado no art. 7º, I; a criação de normas (irradiante) e o dever de concretização, realização e manutenção de seu conteúdo; bem como de proteger, e não revogar ou denunciar direitos fundamentais já incorporados no patrimônio jurídico através de tratados; e ainda de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais (pelo Estado-Juiz), na forma como se encontram, em especial frente à inércia do legislativo; inclusive entre particulares. No nosso caso, nas relações de emprego.

As dimensões objetivas e subjetivas decorrem de uma questão pré-existente, que os direitos fundamentais são normas positivas constitucionais, com normatividade e força positiva, e não mera limitação ou força negativa.

Quanto à normatividade da Constituição, lembramos que em um primeiro momento teria apenas caráter moral sem qualquer eficácia jurídica, ou apenas no limite das leis que a reconhecem; passando hoje a ser norma jurídica de caráter imperativo.

Esta ampliação vinculativa da constituição gera inicialmente uma crise de sua judicialidade, sedimentando uma divisão das normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade ou eficácia.

Contrária à negação de força normativa, impositiva e imediata à constituição surgiu na Itália a defesa de que inclusive as normas tidas como programáticas, geram efeitos jurídicos ponderáveis. No Brasil, segundo Sarmiento, as lições de autores como Silva e Barroso, dentre outros; defendem pelo menos uma eficácia mínima quanto à interpretação e integração do ordenamento, além do caráter negativo ou de limitarem legislativo e executivo.

A força normativa dos princípios, dos direitos fundamentais, e o ativismo judicial que fortalece a normatividade constitucional decorrem do chamado pós-positivismo ou neo-constitucionalismo. Segundo Ramos, o juiz, valendo-se de novas

teorias interpretativas, seja o neoconstitucionalismo normativo, seja o neoconstitucionalismo total amplia ao máximo, o alcance da normatividade constitucional, para preencher o vazio deixado pelos demais poderes (RAMOS,2010).

A normatividade e a concretização dos direitos insculpidos na Constituição representam e dependem de uma mudança paradigmática no processo interpretativo, em especial, através do ativismo judicial.

Para Barroso, o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais, expandindo seu sentido e alcance, e normalmente está associado a uma retração do Poder Legislativo (BARROSO, 2011).

Com essa base já é possível fixar nossa fundamentação de que a força normativa, e ainda que se queira (já que para nós trata-se de norma de eficácia plena) dar eficácia mínima ao art. 7º, I, da Constituição Federal; já existe no preceito direito subjetivo à motivação na rescisão contratual trabalhista e imposição desta interpretação e integração ao julgador frente à inércia do legislador.

Ainda recordamos que este direito fundamental além de sua eficácia irradiante, gera limitação ao legislador infraconstitucional e governo impedindo por exemplo de denunciar a Convenção 158, da OIT, bem como afronta ao princípio do não retrocesso social frente à sua já integração ao patrimônio jurídico de direitos fundamentais.

Neste viés destacamos ainda a importância da atual hermenêutica constitucional que consubstancia todos os institutos visitados e em conjunto com eles, nos dá o verdadeiro conteúdo constitucional. A força normativa da Constituição decorre do propósito da constituição e da eficácia que é dada a ela (HESSE, 2009). Acrescentamos, força normativa e eficácia que decorrem da interpretação feita da Constituição, extraindo-lhe o verdadeiro conteúdo e concretizando-a.

A hermenêutica atual, e por nós defendida, supera há muito o método tradicional (gramatical, histórico, sistemático e teleológico) e prestigia o emprego do método hermenêutico concretizante, com base no Estado Democrático de Direito e princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda quanto à eficácia e efetividade temos uma divisão doutrinária e jurisprudencial quanto ao grau de concretude. A saber: mínimo existencial, reserva do possível e máxima efetividade.

Em que pese tratar-se de critérios materiais para assegurar a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais em geral, pensamos não ter repercussão no nosso estudo por focar na concretização de direitos prestacionais pelo Estado, discussão reincidente quanto a outros direitos sociais como o direito à saúde.

A Doutrina clássica classifica as normas constitucionais em normas auto-aplicáveis (auto-executáveis) e normas não auto-aplicáveis (não auto-executáveis), mas SILVA (2007) não faz tal diferenciação, considerando todas as normas constitucionais como auto-aplicáveis, pois são revestidas de eficácia jurídica.

Assim sendo, para maior parte da doutrina, e também para nós, aplicabilidade e eficácia são sinônimos. Concordamos ainda com o mestre José Afonso da Silva de que todas as normas constitucionais são dotadas de capacidade para produzir efeitos no mundo jurídico, seja em maior ou menor grau (SILVA, 2007).

Quanto ao grau de eficácia adotamos o critério da doutrina tradicional que classifica as normas em: normas de eficácia plena, contida e limitada. Feitos os apontamentos, diretrizes e classificações iniciais, adentremos no próximo tópico especificamente quanto à eficácia imediata.

### **2.3. Eficácia imediata e horizontal dos direitos do art. 7º, I, da Constituição Federal**

Decorrente da força normativa da Constituição impõe-se a eficácia da norma constitucional, ou aptidão para produzir os efeitos que lhe são próprios, tradicionalmente classificada em normas de eficácia plena, contida e limitada.

Primeiramente, antes de se adentrarmos na questão específica da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, é importante fixar uma delimitação conceitual de certos termos (vigência, validade, eficácia e aplicabilidade), ressaltando que não há consenso doutrinário.

Conforme nos ensina Sarlet, o conceito de vigência está relacionado com a existência da norma. Passadas as etapas de produção (promulgação, publicação e o

decurso da *vacatio legis*), a norma terá entrado em vigor no ordenamento jurídico, e dessa forma, será considerada existente (SARLET, 2011).

Já o conceito de validade se refere à conformidade, formal e material, da norma com o ordenamento jurídico, e se confunde com o conceito de existência no mundo jurídico.

Já a eficácia é a potencialidade, a aptidão da norma, existente/vigente e válida, de produzir efeitos. Para a maioria dos autores, a eficácia é sinônimo de aplicabilidade, e assim iremos tratá-la.

Para os que defendem a diferenciação do conceito eficácia e aplicabilidade, a primeira seria a face jurídica da eficácia, enquanto a segunda, a face social ou a realizabilidade da norma, a incidência in concreto do preceito normativo.

Segundo Novelino, a efetividade é a produção concreta dos efeitos da norma constitucional e se diferencia da eficácia (NOVELINO, 2009).

Segundo lição de José Afonso da Silva, em sua aclamada obra “Aplicabilidade das normas constitucionais”, a eficácia jurídica e aplicabilidade são fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade (SILVA, 2007).

Para a aplicabilidade constitucional realizar-se é preciso que as normas de uma Constituição, além de vigentes e válidas, sejam juridicamente eficazes. Dessa maneira, a aplicabilidade da norma é decorrência direta de sua eficácia.

A eficácia é apreendida na análise da norma abstratamente falando; a aplicabilidade, no entanto, é verificada diante do caso concreto.

Assim, uma norma eficaz poderá não ter aplicabilidade em determinado caso concreto, haja vista a existência, por exemplo, de um princípio oposto que, na ponderação, veio a prevalecer.

Concordamos que o conceito de eficácia adjetivado do termo “jurídico” não é sem razão de ser. Fala-se em eficácia jurídica em distinção à eficácia social, esta última também denominada de efetividade. A primeira está relacionada ao “dever ser”, ao passo que a última, ao “ser” da norma. Assim, enquanto a eficácia jurídica está relacionada à potencialidade da norma de produzir efeitos, a eficácia social

(efetividade) está ligada a concretização do comando normativo, sua força operativa fática, seu sucesso na prática.

Em que pese concordarmos com essa diferenciação quanto à adjectivação da eficácia e seu “grau de eficácia”, adotamos, no entanto, os conceitos como sinônimos na espécie.

Assim o fazemos por entender que não há como defender, buscar e falar em “efetividade social” sem antes termos reconhecida, *in casu*, a eficácia imediata do inciso I, art. 7º, da Constituição; e tampouco defender, buscar e falar em eficácia social (efetividade) sem antes termos o instituto em tela em condições de produzir efeitos, ainda que de forma incompleta, parcial ou inefetiva. Ambos constituem aspectos diverso do mesmo fenômeno que servem e são indispensáveis à realização integral do direito.

E deixemos claro que o que se defende neste estudo é a eficácia em sua medida mais ampla e completa. No entanto, entendemos que a segunda face, a aplicação fática, depende dos atores do direito, em especial do papel do juiz, utilizando-se da hermenêutica constitucional adequada aos direitos fundamentais a fim de reconhecer sua eficácia (e aplicabilidade) imediata.

Assim, temos que a eficácia jurídica é definida como a possibilidade ou aptidão de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) decorre da decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), e seu consecutivo resultado concreto decorrente desta aplicação.

Segundo, convém ressaltar que os Direitos Sociais foram elevados pela Constituição à esfera de Direitos Fundamentais ainda que não estejam topograficamente inseridos no art. 5º da CF. Ademais, o próprio parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal, deixa claro que o rol de direitos fundamentais declinados não é taxativo.

O *status* de direitos fundamentais dos direitos sociais é majoritariamente reconhecido pela melhor doutrina e pelo STF. O professor Ingo Wolfgang Sarlet nos ensina que o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer, sob o rótulo de direitos sociais, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos fundamentais (SARLET, 2008).

Ou seja, os direitos sociais são um feixe de direitos fundamentais individuais e, portanto, mais ainda representativa sua condição de direitos fundamentais e os efeitos correspondentes desse enquadramento.

Inerente à condição de direitos fundamentais decorre sua aplicabilidade imediata, consoante art. 5º, §1º e §2º, da Constituição Federal; que portanto, se aplica aos direitos fundamentais, leia-se também, aos direitos sociais.

Os direitos fundamentais são garantias que visam preservar a dignidade da pessoa humana e por isso se revestem de características que lhes são atribuídas de forma mais ou menos consensual pela doutrina e pela maioria das cartas políticas, tais como, a universalidade, o caráter absoluto, a constitucionalização, a historicidade, a inalienabilidade, a indisponibilidade, a vinculação aos Poderes Públicos, bem como a aplicabilidade imediata, esta última, objeto do presente capítulo.

Segundo o eminente constitucionalista José Afonso da Silva, em sua já citada obra “Aplicabilidade das normas constitucionais”, as normas constitucionais podem ser classificadas em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada, estas últimas divididas em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático (SILVA, 2005).

As normas de eficácia plena são as aptas a serem imediata, direta e integralmente aplicadas, sem dependerem de legislação posterior para sua inteira operatividade (Eficácia positiva e negativa).

São também conhecidas como normas auto-aplicáveis, não podendo sofrer restrições por parte do legislador.

Para SILVA (2007), as normas de eficácia plena são aquelas aptas a, desde já, produzirem todos os seus efeitos. Têm aplicabilidade direta, imediata e integral. Não necessitam de nenhuma complementação infraconstitucional para que possam ter seu cumprimento exigido, criam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, sendo, desde logo, exigíveis. Como exemplo desta espécie de normas, pode ser citado o artigo 2º da Constituição Federal.

As de eficácia contida, redutível ou restringível, têm aplicabilidade imediata, direta mas não são integralmente aptas à aplicação, podendo o legislador reduzir

seu alcance. Consagram direitos passíveis de limitação “nos termos da lei” ou “na forma da lei”.

Ainda segundo ele, as normas de eficácia contida, à semelhança das normas de eficácia plena, são aptas a, desde já, produzirem todos os seus efeitos, mas podem, no futuro, terem seus efeitos restringidos (contidos) por atuação do Poder Público. Têm aplicação direta, imediata, mas possivelmente não integral. Como exemplo, tem-se o artigo 5º, XIII, da Carta Magna.

Já as normas de eficácia limitada só teriam efeitos jurídicos positivos após norma ulterior que lhe garanta eficácia.

Segundo o iminente constitucionalista, as normas de eficácia limitada têm sua aplicabilidade diferida e reduzida, com seus efeitos jurídicos condicionados à complementação por norma infraconstitucional. A aplicabilidade da norma está latente, esperando regulação infraconstitucional para produzir efeitos.

São limitadas porque não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais. O constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão (SILVA, 2007).

Estas normas são divididas em institutivas-organizatórias ou programáticas. As primeiras seriam uma indicação legislativa, enquanto a segunda, seriam uma indicação de resultado.

As normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo contém esquemas gerais, referindo-se a início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades, pelo que também poderiam chamar-se normas de princípio orgânico ou organizativo, traçam esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgão, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei. Como exemplo, cita-se o artigo 113, da Carta Maior.

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático são aquelas que fixam políticas públicas, que preveem a implementação de programas estatais destinados à concretização dos fins sociais do Estado. O Constituinte aqui limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos, como programas das respectivas atividades, visando



à realização dos fins sociais do Estado. Como exemplo, o art. 215 da Lei Maior (SILVA, 2007).

Por lealdade devemos informamos que a doutrina e jurisprudência majoritária classificam a norma objeto no nosso estudo, art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, como de eficácia contida.

No entanto, defendemos que a norma em tela tem eficácia plena. Especificamente por se tratar de direitos fundamentais, destacamos que a leitura exige olhar diferenciado. O artigo 5º, §1º, da Constituição Federal determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, cabendo aos poderes públicos (Judiciário, Legislativo e Executivo) promover o desenvolvimento desses direitos.

A doutrina ainda diverge um pouco quanto à aplicabilidade dos direitos fundamentais, na espécie, uns firmando que tal efeito de aplicação seria imediato e outros discordam.

Verificamos pelo menos três correntes sobre o tema: a primeira corrente, possivelmente liderada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que os direitos fundamentais só têm aplicação direta se as normas que os definem são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. A segunda, encabeçada por Grau, Piovesan, Cunha e Barroso, entre outros, afirmam que referidos direitos são dotados de aplicabilidade imediata ainda que a norma que os prescreve é de índole programática. E a terceira corrente, liderada por Sarlet, Bastos, Silva, Mendes, entre outros, defende que há situações em que não há como dispensar uma concretização pelo legislador, como seriam casos de alguns direitos sociais, sendo que a norma descrita no art.5º, §1º, da CF constituiria um mandado de otimização, impondo ao poder público em geral o dever de reconhecer a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

Concordamos que a previsão de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não é absoluta, uma vez que nem todas as normas são de eficácia plena ou contida, ou ainda quando ocorre colisão entre direitos fundamentais, onde um dos valores há de prevalecer, devido ao fato de os direitos fundamentais não terem caráter absoluto, independentemente de sua classificação em normas de eficácia plena, contida ou limitada.

No entanto, extraímos do conjunto dos institutos analisados que ainda que se trate de norma de eficácia limitada, e não produza “todos” os seus efeitos, a norma constitucional, em especial os direitos fundamentais, produz sim efeitos concretos (negativos e positivos), e portanto, tem eficácia/aplicabilidade imediata.

Nesse passo é importante registrar que, independentemente da classificação adotada, percebe-se que a doutrina é unânime em afirmar que todas as normas constitucionais possuem sempre um mínimo de eficácia, sendo esta variável consoante seu grau de densidade normativa. Os dispositivos do texto constitucional são normas, possuem normatividade, e, dessa maneira, vinculam toda a sociedade. Corrobora esse entendimento a lição de Sarlet, ora colacionada:

(..) não se discute que cada norma constitucional possui um mínimo de eficácia e aplicabilidade, dependente, por sua vez, de sua suficiente normatividade. [...] Não é outro o entendimento que se recolhe do direito comparado, razão pela qual cumpre aproveitar a oportunidade para referir a abalizada e paradigmática lição do renomado publicista espanhol García de Enterría, que, partindo de uma concepção substancial da Constituição e reconhecendo o caráter vinculante reforçado e geral das suas normas, sustenta que na Lei Fundamental não existem declarações (sejam elas oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) destituídas de conteúdo normativo, sendo que apenas o conteúdo concreto de cada norma poderá precisar, em cada caso, qual o alcance específico de sua carga eficaz (SARLET, 2011, p. 255).

Concordamos ainda com Matos, ao firmar que seria desprovido de razoabilidade entender-se que os direitos e garantias fundamentais devem depender para sua concretude de amoldar-se à lei. Assim, normas que consagrem direitos fundamentais não devem ser consideradas apenas normas matrizes de outras normas, visto que têm o condão de regular diretamente relações jurídicas (MATOS, 2012)

A eficácia normativa dos direitos fundamentais e dos princípios deles decorrentes, e seus efeitos concretistas, é resultado inerente ao pós-positivismo e a força normativa que a constituição nos impõe.

Neste sentido, destacamos os seguintes ensinamentos.

Segundo Bobbio, “os princípios gerais são apenas, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema (...)” (BOBBIO, 1996, p.191). Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras.

O prof. Bonavides sintetiza, com a maestria que lhe é peculiar, a evolução da teoria da força normativa dos princípios e a sua prevalência no pós-positivismo jurídico (BONAVIDES, 1998).

Segundo ele, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da ciência jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo este desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios (BONAVIDES, 1998, P.18).

A normatização dos princípios jurídicos resgatou a trilogia ética, moral e direito, em divórcio do positivismo jurídico de Kelsen e Hart. Assim, o controle judicial dos atos jurídicos públicos ou privados, individuais ou coletivos, requerem uma nova postura da atividade jurisdicional (SILVA, 2005).

Esse é também o entendimento esposado por Bandeira de Mello (MELLO, 1981) que, discorrendo acerca dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade, aduz que a lei não pode superar a Constituição em força, a despeito da imprecisão e da maior fluidez dos seus conceitos.

Segundo o constitucionalista português Canotilho, a positividade jurídica dos direitos fundamentais é dotada de eficácia vinculativa. Os direitos fundamentais possuem todas as características indispensáveis à sua subjetivação, tais como, estar positivados em norma jurídica, corresponder a cada um deles deveres correlatos para sua implementação, bem como existirem remédios jurídicos constitucionais que exijam suas concretizações. Tais direitos detêm, portanto, positividade, normatividade e justiciabilidade (CANOTILHO, 1998).

A aplicabilidade imediata, além do efeito negativo (limita o Legislativo e Executivo de contrariar norma constitucional), gera efeitos positivos, obrigando que os direitos fundamentais sejam efetivados pelos Poderes Públicos, independente de normatização legislativa o que obriga o próprio Legislativo e o Poder Judiciário a concretizá-los imediatamente, resultado do efeito irradiante e dimensão objetiva.

Trata-se no segundo caso, como já dissemos, de necessária integração pelo julgador no caso concreto já que o direito fundamental é norma aberta, de caráter principiológico. A esta integração deu-se o nome de Ativismo Judicial.

Frise-se que o ativismo Judicial é permitido no nosso caso pelo art. 8º, da CLT, em aplicação subsidiária da “regra de ouro” do artigo 4º, da Lei de Introdução do Código Civil, e art. 126, do CPC.

Neste sentido, vêm o STF reconhecendo aplicação imediata aos direitos fundamentais<sup>19 20</sup>.

Segundo o Ministro Eros Grau, os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata em toda e qualquer situação, independentemente da atuação legislativa ou administrativa. Tal interpretação atribui ao § 1º, do artigo 5º, da Constituição, força máxima, com imediata exequibilidade e máximo alcance, a despeito de eventual existência de qualquer lacuna ou até mesmo de referência a uma complementação legislativa.

Ademais, adotando a concepção de princípio constitucional como mandado de otimização, nos termos defendidos por Robert Alexy, os direitos fundamentais

---

<sup>19</sup>Al nº 222046/SP (assegura a aplicabilidade direta e imediata ao art. 7º, XVIII, da CF/1988, garantindo o direito de licença remunerada de 120 dias à gestante), RE 136.753 (impenhorabilidade da pequena propriedade rural trabalhada pela família), e MI 712 – Direito de Greve dos Servidores Públicos. Dentre outros (MI 58; RE-AgR, 345.598; HC 95.009; MS 26.690 e RE 590.409, HC 71.373, RE 460.880, ADPF 130, HC 72391-QO)

<sup>20</sup>O eminente Sarlet cita alguns julgados em que Supremo Tribunal Federal aplica o princípio da máxima efetividade e da aplicação imediata dos direitos fundamentais, decorrente do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, os quais são trazidos à colação:

Ag nº 410-715/SP; RE nº 271286/RS (assegura a aplicabilidade direta ao art. 196 da CF/1988, garantido a eficácia plena e imediata do direito à saúde, declarando ser dever do Estado fornecer gratuitamente medicamentos às pessoas necessitadas); MI nº 585/TO (reconhece o direito constitucional de greve dos servidores públicos); RE nº 377040/RS (assegura aplicabilidade direta aos arts. 5º, I, e 226, § 5º, ambos da CF/1988, garantido a eficácia plena e imediata dos princípios que preveem a igualdade entre os sexos); no mesmo sentido RE nº 367089-RS, reforçando a autoaplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais entre os quais se situam os direitos sociais que englobam o direito à saúde e a previdência social); MS nº 26854/DF; (SARLET, MARIONI e MITIDIERO, 2012, p. 317-318, rodapé n. 228).

possuem relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia (ALEXY, 2008).

Reconhecendo a aplicação imediata dos direitos fundamentais tem-se que estes possuem ainda eficácia objetiva e subjetiva. A eficácia objetiva dos direitos fundamentais, como já dissemos, encarnam certos valores que permeiam toda ordem jurídica, condicionam e inspiram à interpretação e aplicação de outras normas (eficácia irradiante) e criam dever geral de proteção sobre aqueles bens jurídicos salvaguardados (MENDES, 2013).

Destaca-se sobretudo que a eficácia ou dimensão subjetiva dos direitos fundamentais conferem aos seus titulares o poder jurídico de exigir algo, uma abstenção ou uma conduta positiva. Implica no reconhecimento de um poder ao titular de exigir algo e na hipótese de não cumprimento espontâneo pode ir, inclusive, a juízo fazer valer a sua pretensão.

Conforme demonstrado por Alexy, sabe-se que a partir de um determinado texto há como extrair uma norma que pode (ou não) reconhecer um direito como fundamental e atribuir uma determinada posição jurídico-subjetiva (sem prejuízo dos efeitos jurídicos já decorrentes da dimensão objetiva) à pessoa individual ou coletivamente considerada, posição que poderá ter como objeto uma determinada prestação (jurídica ou fática) ou uma proibição de intervenção (ALEXY, 2008).

Sarlet na perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais nos ensina que ao falarmos de direitos fundamentais subjetivos, estamos nos referindo à possibilidade que tem o seu titular de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora dos direitos fundamentais em questão (SARLET, 2007).

Assim sendo, não há como afastar a nosso ver a eficácia imediata, positiva e o direito subjetivo do empregado de exigir do empregador o efeito concreto e imediato decorrente do direito preceituado no art. 7º, I, da Constituição, qual seja, de exigir do empregador uma postura condizente com os princípios constitucionais de solidariedade, justiça social, direito ao emprego e proteção ao desemprego e sobreprincípio da dignidade da pessoa humana; e motivar a dispensa do empregado. E assim não sendo, cabe ao Juiz, interpretando o preceito e

preenchendo lacunas ante a inércia do legislativo, consubstanciado na hermenêutica constitucional atual neoconstitucionalista, dar eficácia imediata e direta ao direito fundamental em total consonância e respeito com a ordem constitucional e seus valores.

Neste sentido, Piovesan entende que a aplicação imediata nos termos do art. 5º §1º da CF realça a força normativa dos preceitos de direitos fundamentais, objetivando assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, tornando-os prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poder Judiciário (PIOVESAN, 2011).

Ainda neste viés, para Canotilho, “os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via direta da constituição e não através de auctorias interpositio do legislador” (CANOTILHO, 1998, p.578).

Para completar a hermenêutica necessária ao caso em tela, não olvidamos que além da eficácia imediata, dimensão objetiva e subjetiva, necessário ressaltarmos ainda a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, hoje tranquilamente aceita.

Os direitos fundamentais são prerrogativas ou vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade. E neste aspecto traz como valor central da sociedade e do ordenamento jurídico, o próprio ser humano, como detentor do atributo da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental de *status* constitucional (art. 1º, III, CF/88), tendo inclusive a posição multifuncional (fundamento, princípio e objetivo)(DELGADO, 2010).

O Estado, segundo eficácia irradiante dos direitos fundamentais, já não é mais o único destinatário da obrigatoriedade das normas constitucionais.

A Constitucionalização ou privatização da constituição impõe às relações privadas os valores constitucionais, como veremos no próximo capítulo, o alcance das normas constitucionais abrange também as relações privadas, através do dirigismo contratual e as cláusulas abertas, como fruto do Estado Democrático de Direito e incidência direta e imediata do princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, assim como o Estado está obrigado a observar as normas constitucionais que inibem e limitam o abuso estatal (negativa) e impõe ainda ao Estado a garantia de direitos ao ser humano (Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais); também na relação entre particulares há incidência dos Direitos Fundamentais (Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais).

Entende-se por eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também conhecida como efeito externo dos direitos fundamentais (*horizontalwirkung*) ou eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros (*drittwirkung*) o reconhecimento de que os direitos fundamentais não só tem como destinatário o Estado mas a eficácia dos direitos fundamentais também tem como destinatário o particular e suas relações privadas<sup>21</sup>.

A horizontalização origina-se da amplitude e não limitação dos direitos fundamentais, bem como da terceira dimensão de direitos e da incapacidade prática do Estado de arcar com todas as prestações sociais exigidas.

Com efeito, a eficácia horizontal dos direitos humanos, nos obriga, com ou sem previsão legal positiva e expressa, a assegurar o cumprimento, a ampliação e a efetividade do respeito à dignidade da pessoa humana. Segundo observamos, o *leading case* de eficácia horizontal no mundo teria sido o famoso Caso Luth, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1958.

Em que pese inicialmente uma pequena resistência, a idéia de aplicar os direitos assim considerados nas relações privadas, em contraponto à de que só poderiam ser aplicados em situações jurídicas de ordem estatal, moldando os interesses das partes envolvidas na negociação privada, inclusive limitando a liberdade e autonomia privada, à eficácia do atributo da proteção à dignidade da pessoa humana se consolidou na doutrina e jurisprudência.

Comumente utilizada como fundamentos para o exercício de direito subjetivo direto da Constituição ou como reforço argumentativo juntamente com preceitos infraconstitucionais, é comum sua concretização.

A horizontalização é comumente utilizada em diversos julgamentos, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> RE 160.222-8, RE 158.215-4, RE 161.243-6.

<sup>22</sup> RE nº 201.819, RE 160.222-8, o RE 161.243-6, dentre outros.

Na seara trabalhista, é comumente utilizada na reparação de dano moral, dispensa discriminatória, concorrência desleal, cláusula de não-concorrência, danos pré e pós contratuais, dentre outros que visam limitar e evitar o abuso de direito do empregador.

Os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma direta às relações entre particulares, da mesma forma como são aplicados na relação entre o Estado e os indivíduos, servindo como norma de conduta regendo as relações intersubjetivas e limitando abusos, também entre particulares.

Conforme nos relata Hesse, os direitos fundamentais influem em todo o Direito – inclusive o Direito Administrativo e o Direito Processual – não só quando tem por objeto as relações jurídicas dos cidadãos com os poderes públicos, mas também quando regulam as relações jurídicas entre os particulares. Em tal medida servem de pauta tanto para o legislador como para as demais instâncias que aplicam o Direito, as quais, ao estabelecer, interpretar e pôr em prática normas jurídicas, deverão ter em conta o efeito dos direitos fundamentais (HESSE, 2009).

Segundo SARMENTO (2010), para minimizar os riscos e atenuar males do Estado pós-social, é preciso reforçar a eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, protegendo da barbárie e da opressão os excluídos, que já não contam sem eu favor com a estrutura do *Welfare State*.

Concordamos com o referido autor, pois segundo ele:

sendo os direitos fundamentais indivisíveis, e se não há dupla ética na sociedade, é obvio que tais direitos não podem se circunscrever à proteção do indivíduo em face do poder estatal, deixando-o completamente à mercê das demais forças sociais. (...) a extensão dos direitos humanos à ordem civil é algo que já se incorporou ao nosso patrimônio jurídico, e abdicar dela seria evidente retrocesso (SARMENTO, 2010, p.35).

Pelo exposto, o art. 7º, I, da Constituição Federal define-se como evidente direito fundamental objetivo e subjetivo do empregado, cuja aplicação horizontal em face do empregador é imediata e deve regular as relações empregatícias.

Mesmo que ainda não reconheça expressamente a eficácia plena do art. 7º, I da CF, o mestre Godinho (DELGADO, 2010) defende claramente sua aplicação imediata e seus efeitos.

A teoria constitucional moderna, mais bem ajustada à interpretação das novas constituições, tende a apreender, necessariamente, certa eficácia às normas



constitucionais ainda que diferenciadas, em intensidade, a eficácia de uma ou de outra regra constitucional. Nessa linha, o preceito contido no inciso I, do art. 7º, em análise pode ser tido como regra de eficácia contida, produzindo, pelo menos, certo efeito jurídico básico, que seria o de invalidar dispensas baseadas no simples exercício potestativo da vontade empresarial, sem um mínimo de justificativa socioeconômica ou técnica ou até mesmo pessoal em face do trabalhador envolvido. (...) a ótica estritamente individualista e antissocial, que prega a viabilidade jurídica da dispensa sem um mínimo de motivação socialmente aceitável, defendendo a dispensa como direito potestativo empresarial, portanto, se coloca em franco questionamento e desgaste jurídico (DELGADO, 2010).

#### **2.4. Demissão em massa e jurisprudência**

Conforme dissemos, o reconhecimento da eficácia imediata e horizontal dos direitos fundamentais já é cotidiano na jurisprudência brasileira, sendo a horizontalização utilizada em diversos julgamentos, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal<sup>23</sup>.

Na seara trabalhista, é comumente utilizada subsidiando pretensões como a reparação de dano moral, dispensa discriminatória, concorrência desleal, cláusula de não-concorrência, danos pré e pós contratuais, dentre outras que visam limitar e evitar o abuso de direito do empregador.

No STF, destacamos o RE 160.222-8 onde o pretório excelso entendeu tratar-se de constrangimento ilegal a revista íntima em mulheres de uma fábrica de lingerie; e o RE 161.243-6, no mesmo sentido, abordando a discriminação de empregado brasileiro em face de empregado francês, por empresa aérea, mesmo realizando atividades idênticas.

Em específico, quanto ao art. 7º, I, da Constituição Federal; reconhecemos a quase inexistente jurisprudência, até mesmo face à ausência de pedido na espécie. No entanto, destacamos a crescente e progressiva alteração de entendimento quanto às dispensas coletivas ou em massa.

---

<sup>23</sup> RE nº 201.819, RE 160.222-8, o RE 161.243-6, dentre outros.

A Jurisprudência brasileira vem reconhecendo a necessidade de motivação em algumas dispensas em massa ou coletivas. O exemplo clássico e embrionário na jurisprudência foi o caso da EMBRAER, julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Neste caso, como em outros da mesma natureza, os fundamentos utilizados foram além dos preceitos constitucionais acima citados. Reconhecemos, e por lealdade ressaltamos, que o embasamento para esta construção jurisprudencial nasce dos princípios de direito coletivo e suas peculiaridades, desde a amplitude conceitual do dissídio coletivo jurídico, até o cabimento e alcance do Poder normativo.

No entanto, cabe destacar que diversos fundamentos utilizados quanto à dispensa coletiva são coincidentes e de igual valor às dispensas individuais. Senão vejamos.

A solução a que se chegou nesses *leadings cases* foi a imposição da obrigação de negociação prévia com o sindicato, a imposição de não demitir, de demitir de forma progressiva, de indenizar pelas demissões ocorridas, e ainda a motivação da dispensa deixando à negociação coletiva os critérios a serem utilizados para as demissões e sua implementação de forma gradual.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral em um agravo em Recurso Extraordinário (ARE 647651) no qual se questiona o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que determinou a exigência de negociação coletiva para que uma empresa pudesse promover a demissão em massa de seus empregados. O caso examinado diz respeito à demissão, em fevereiro de 2009, de cerca de 4.200 trabalhadores pela Empresa Brasileira de Aeronáutica S/A (Embraer) e pela Eleb Equipamentos Ltda. Julgamento ainda não iniciado no Supremo até esta data.

Segundo os argumentos dos recorrentes, o TST, ao criar condições para a dispensa em massa, estaria atribuindo ao poder normativo da Justiça do Trabalho tarefa que a Constituição reserva a lei complementar, invadindo assim a esfera da competência do Poder Legislativo. As empresas afirmam que sua sobrevivência estaria ameaçada pela interferência indevida no seu poder de gestão, aspecto que viola o princípio da livre iniciativa.

No caso Embraer, o voto condutor permitiu ao TRT de Campinas concluir ser possível reconhecer que é mais amplo o espectro protetor do Direito do Trabalho em caso de dispensa coletiva, em comparação com as dispensas individuais.

Em que pese tal caso passe pela análise do Poder normativo e necessidade de negociação coletiva com o sindicato no julgamento de dissídio coletivo jurídico, é inerente à análise e fundamentos postos, e está questionado de forma expressa pelos recorrentes a ponderação entre Poder de gestão, Poder empregatício, poder potestativo e livre iniciativa em face dos princípios da função social da empresa, da sociedade, do emprego e o direito fundamental à motivação da dispensa vinculada à dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Assim, defendemos a ampliação argumentativa da garantia da motivação também para a esfera individual e estender a tutela desse direito fundamental para além do dissídio coletivo.

Em todos os julgamentos sobre o tema, a fundamentação utilizada tanto pelos litigantes, quanto pelos órgãos julgadores não se limita aos conceitos coletivos, materiais e processuais, estando intrinsecamente e amplamente baseados nos preceitos por nós defendidos ao longo deste estudo.

Ou seja, se sustentam nos fundamentos do Estado Democrático de Direito preconizados na Constituição da República, definidos entre os Princípios Fundamentais, a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (no art. 1º, III e IV); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento econômico; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promover do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação (no art. 3º, I, II, III e IV); a independência nacional e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, I e II). Sem esquecer da Declaração Universal do Direitos Humanos, Convenção 158 da OIT e princípios contratuais da função social do contrato e boa-fé objetiva.

Também nessa seara, o STF no RE 589998 reconheceu a repercussão geral e decidiu em 25.03.2013 que é obrigatória a motivação para a dispensa de empregados de empresas estatais e sociedades de economia mista, tanto da União quanto dos Estados, Municípios e do Distrito Federal.

Em que pese todas as peculiaridades do caso, a decisão demonstra uma ampliação do entendimento do TST cujo entendimento pacificado antes limitava a motivação da dispensa aos empregados do Correios (OJ 247 TST).

Ainda que esta decisão também tenha peculiaridades, ou como discussão principal a aplicação do princípio da Administração, não se pode ignorar que a fundamentação também se sustenta nos preceitos objeto desse estudo.

Destacamos alguns pontos extraídos do julgamento do RE 647651. Primeiramente o Ministro Lewandowski (relator) narra:

[...] a motivação da dispensa visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir, razão pela qual se impõe, na espécie, não apenas seja a despedida motivada como precedida de um procedimento formal, (...), permitindo seja a sua fundamentação a qualquer momento contrastado às normas legais aplicáveis.<sup>24</sup> Nos casos em que a empresa deva adotar uma política de contenção de despesas na área de pessoal ou que, por qualquer razão convenha promover uma redução do quadro, deverão ser previamente anunciados os critérios objetivos em função dos quais serão feitos os cortes, para que se possa aferir se o desligamento de tais ou quais empregados obedeceu a critérios impessoais, como tem de ser.<sup>25</sup> Oscilações econômicas locais e no mundo são sempre fatores inevitáveis de maior emprego ou desemprego. O incompreensível foi a forma como a demissão coletiva foi conduzida e efetivada, sem a busca de nenhuma forma efetiva de alternativa para suavização dos seus efeitos, e - o que é pior - sem qualquer anúncio prévio, nem manifestação de disposição de negociar uma demissão coletiva de modo a causar um impacto menor nas famílias e na comunidade.<sup>26</sup>

Segundo, destacamos as palavras do Ministro Cezar Peluso, citando Ministro Celso de Mello:

[...] a ruptura do contrato individual de trabalho, motivada por razões associadas à convicção política do empregado, traduz abuso da empresa no exercício do seu poder, ainda que potestativo, de promover a despedida de seus trabalhadores. Ninguém poderá ser privado de seus direitos, inclusive aqueles de índole social, por motivo de convicção política ou filosófica. O ato da empresa que rescinde o vínculo individual de trabalho com seus empregados, com fundamento em declaração de vontade que afronta o preceito constitucional assegurador da liberdade de opinião, reflete comportamento que ao judiciário não é lícito resguardar. O caráter potestativo do direito de despedir o empregado não se sobrepõe - não pode sobrepor-se - a quanto prescreve a Lei Fundamental da República no quadro das liberdades do pensamento. (...) Desde que é plena a submissão de todos - das empresas, inclusive - à normatividade plasmada na

<sup>24</sup> FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adílson Abreu. *Processo administrativo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. Apud Min. Ricardo Lewandowski (RE 589.998).

<sup>25</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 220-221. Apud Min. Ricardo Lewandowski (RE 589.998)

<sup>26</sup> RE 647651

Constituição, não pode o empregador, especialmente quando assume a forma paraestatal de sociedade de economia mista (que é instrumento de atuação do Poder Público), elater o seu arbítrio, a ponto de despedir os seus empregados por motivos hostis e colidentes com o dever de respeito que o ordenamento constitucional impõe a todos, sem exceção, no plano das liberdades do pensamento.

Para o Ministro Ayres Britto, a motivação opera aí como concretização do princípio da impessoalidade; a motivação opera, sem dúvida, como elemento de concretização do princípio da impessoalidade.

Ainda no mesmo RE 647651, destaca o Ministro Cezar Peluso:

(...) ela tem que demonstrar que o fato que ocasionou a demissão corresponde à satisfação de algum interesse público, e, pois, que não é ato de vingança, não é ato de perseguição. Nesse sentido estou de acordo, acompanhando o Relator.

O Ministro Ricardo Lewandowski (relator), responde:

(...)sim, exatamente. Nós queremos apenas, com a motivação, preservar a isonomia e a impessoalidade, dois valores apenas, só isso.

A *contrario sensu*, ousamos concluir que os fundamentos utilizados pelos Ministros corroboram nossa tese de que a motivação da dispensa limita e evita a dispensa arbitrária e discriminatória. Inclusive na esfera privada! Ou seja, também para este fim se justifica a motivação na rescisão trabalhista.

Por todo o exposto, defendemos o direito fundamental, de eficácia imediata e horizontal, objetiva, de motivação da dispensa coletiva e individual do empregador, bem como o direito subjetivo do empregado de no caso concreto exigir que o Estado-Juiz obrigue o empregador a fazê-lo (tutela inibitória antecipada) ou deixe de rescindir o contrato trabalhista imotivadamente, sob pena de caracterização de ato ilícito, por abuso de direito.

## CAPÍTULO 3

### OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E A MOTIVAÇÃO DA DISPENSA

Ainda que assim não fosse, e se queira afastar a incidência e aplicação da Convenção 158, da OIT, no Brasil; e a aplicação imediata do preceituado no art. 7º, I, da CF, e seu efeito concretista, eficácia imediata e subjetiva; em consonância e visando concretizar a função social do contrato, os valores da solidariedade (art. 3º, I, da CF/88), da justiça social (art. 170, caput, da CF/88), da livre iniciativa, respeitada e consubstanciada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) e de forma inerente ao contrato de trabalho, já que aplicáveis nas relações privadas (dimensão horizontal); a motivação da dispensa contratual trabalhista, é imposição da incidência dos princípios contratuais, em especial do princípio da função social do contrato, da boa-fé objetiva e os deveres anexos de conduta, de solidariedade, cooperação, e em especial lealdade e informação; conforme passamos a estudar.

Resta indubitável a mitigação do princípio da livre pactuação, autonomia contratual e obrigacional (*Pacta sunt servanda*), pelo princípio da função social do contrato, da boa-fé objetiva e seus deveres anexos de conduta até mesmo nas relações tipicamente privadas. Assim sendo, não é possível ignorar esta mitigação das relações laborais, tradicionalmente reconhecidas como relações privadas de caráter publicistas (DELGADO, 2010).

Conforme FROTA JÚNIOR (2013) “O apego ao formalismo e à literalidade pode tornar o Direito, aquele que deve amparar a Justiça, coisa diversa do justo”.

Os pilares do direito romano e contratual clássicos que se limitavam inicialmente ao direito individual, regulamentação e proteção à circulação, aquisição e acúmulo de riquezas começaram a vislumbrar a importância e repercussão de suas relações negociais e sociais.

Paulatinamente se verifica o reflexo nas relações contratuais do abandono ao Estado Absolutista e seus vetores individualistas e a adoção dos preceitos da Revolução Francesa (igualdade, solidariedade e fraternidade) na construção de uma ordem social mais justa e democrática.

O Estado Liberal e a interferência mínima estatal (liberdade negativa), logo deu lugar ao Estado de Bem-Estar Social, ante a iminente necessidade de garantias

sociais frente à livre regulamentação, progredindo ao Estado Democrático de Direitos<sup>27</sup> que se consolidou como garantidor da lei, direitos de propriedade e defesa de um rol de direitos fundamentais, baseadas no chamado “Princípio da Dignidade Humana”.

Com essas vertentes, verificou-se em especial após a Revolução Francesa uma nova fase filosófica e hermenêutica de desapego aos princípios individualistas e contratuais clássicos evoluindo para a adoção no ordenamento pátrio dos princípios da função social e da boa-fé objetiva, incidentes nas relações contratuais.

Devemos ressaltar que o Código Civil de 1916, segundo se sabe, foi inspiração do Código Francês, tratava dos indivíduos de forma isolada, diferentemente do que acontece com o Código Civil de 2002, que sofreu influência do Código Alemão, que trata do indivíduo enquanto membro de uma coletividade, valorizando os direitos individuais sob o ângulo social.

Adentrando no objeto do nosso estudo, merece transcrição o conceito de princípio na definição clássica de Mello.

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” e do mestre José Afonso da SILVA (2001, p.96) que define os princípios como “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais” (MELLO, 2008, p.201).

---

<sup>27</sup>Estado democrático de direito é um conceito de Estado que busca superar o simples Estado de Direito concebido pelo liberalismo. Garante não somente a proteção aos direitos de propriedade, mais que isso, defende através das leis todo um rol de garantias fundamentais, baseadas no chamado "Princípio da Dignidade Humana". Disponível em: <<https://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2013/06/21/>> Acesso em 10 mar. 2014.

Frisa-se ainda que conforme nos ensina Reale o Código Civil de 2002 adotou como seus pilares de sustentação os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade, princípios estes que devem orientar as conclusões sobre os institutos de direito privado (REALE, 1999, p.08).

A saber, pelo princípio da eticidade há uma nova valorização da ética e da boa-fé, ele tem por escopo valorizar o ser humano na sociedade, o que se dá mediante a efetivação dos princípios constitucionais, mormente o da dignidade da pessoa humana.

Dele decorre a aplicação da boa-fé no campo das intenções, ou boa-fé objetiva.

O princípio da socialidade rechaça o caráter individualista do Código Civil de 1916 e segundo Tartuce, todos os institutos de Direito Privado passam a ser analisados dentro de uma concepção social importante, indeclinável e inafastável. Com fulcro neste princípio interpretativo os institutos de Direito Privado devem ser analisados seguindo os preceitos constitucionais fundamentais em especial a Dignidade da Pessoa Humana (TARTUCE, 2005).

As relações privadas podem ter enfoques ultrassubjetivos quando as relações entre os particulares não projetam efeitos apenas sobre eles, mas também sobre a sociedade como um todo. Na verdade, o novo Código Civil nada mais fez do que adequar o sistema de direito privado à realidade constitucional

Já o princípio da operabilidade visa a facilitação dos institutos do Direito Civil. A operacionalização dar-se-á através da simplificação e abandono do rigor técnico excessivo, buscando a relevância prática, material e real; bem como das cláusulas gerais.

Conforme Costa, “as cláusulas gerais são janelas abertas deixadas pelo legislador para preenchimento pelo aplicador do Direito<sup>2829</sup>, é a possibilidade de se

---

<sup>28</sup> Nas palavras de Judith Martins Costa, apud Flávio Tartuce, “estas janelas, bem denominadas por Irti de *concelli di collegamento*, com a realidade social são constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de *standards*, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo. Nas cláusulas gerais a formulação da



recorrer a elementos exteriores para se atingir a Justiça.” (COSTA, 2002 apud TARTUCE, 2005).

Assim sendo, recordemos os princípios clássicos do direito contratual já com a visão exigida pelo Estado Democrático de Direito, os princípios que regem o código civil e os preceitos constitucionais a eles pressupostos.

À título exemplificativo, verificamos que enquanto Maria Helena Diniz, conceitua o contrato de forma clássica, definindo-o como uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para sua formação, do encontro de vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesse privado (DINIZ, 2009, v.III, p. 11); Caio Mário já reconhecia uma visão mais social ao afirmar que enquanto o indivíduo admitiu a possibilidade de obter o necessário pela violência, não pôde apurar o senso ético, que somente veio ganhar maior amplitude quando o contrato o convenceu das excelências de observar normas de comportamento na consecução do desejado. (MARIO, 2007, v.III, p. 11;12)

---

hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vago e aberto, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas – o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas” (*O novo código civil brasileiro: em busca da “ética da situação”*. Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118).

<sup>29</sup> Nas palavras de Judith Martins-Costa, percebe-se, em virtude da linguagem empregada na nova codificação, um sistema aberto ou de “janelas abertas”, o que permite a constante previsão e solução de novos problemas, seja pela jurisprudência, seja por uma atividade de complementação legislativa. São suas estas brilhantes palavras, que explicam muito bem a intenção do legislador: “Estas janelas, bem denominadas por Irti de *concetti di collegamento*, com a realidade social são constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de *standards*, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo. Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vago e aberto, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas – o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas” (*O novo código civil brasileiro: em busca da “ética da situação”*. Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118).

### 3.1. Princípios Clássicos

Os princípios contratuais clássicos, apontados pela maioria da doutrina, se resumem em princípio da autonomia da vontade, princípio da força obrigatória (*pacta sunt servanda*) e princípio da relatividade dos efeitos.

O princípio da autonomia da vontade ou autonomia privada, conforme Aguirres e Barros, “atribui às pessoas a possibilidade de regulamentar os próprios interesses, criando situações de direito subjetivos, pessoais ou reais” (AGUIRRE; BARROS, 2012, p. 129). Este princípio é amparado pelos arts. 421 e 425, do Código Civil de 2002.

A liberdade contratual se segmenta na liberdade de escolher com quem contratar, às partes é dado o direito da escolha do outro contratante; liberdade para escolher o conteúdo do contrato, contratos nominados ou inominados, cujas vontades são manifestadas por intermédio deste conteúdo. Dele decorre o princípio da liberdade de contratar que faculta às partes celebrar ou não um contrato.

Qualquer constrangimento que macule essa livre manifestação de vontade acarretará vício de consentimento, podendo ser o contrato revisado ou até anulado. De fato, o direito de contratar, outrora absoluto, sofre diversas limitações fáticas e jurídicas.

Vivemos a era dos contratos de adesão (ou *standart*), entendidos como aqueles em que a parte mais forte impõe sua vontade à parte mais fraca, impedindo-a de discutir as condições e cláusulas contratuais. Procurando evitar os abusos praticados em nome de uma suposta liberdade, o Estado exerce papel fundamental na consagração do princípio da isonomia, exercendo certo dirigismo e limitando o conteúdo dos contratos.<sup>30</sup>

Desde já registramos que é clássica a limitação da autonomia da vontade à lei (supremacia da ordem pública), limitação esta atualmente e tranquilamente estendida à função social e boa-fé, conforme preceitua expressamente os artigos 421, 422 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil.

---

<sup>30</sup> Neste sentido, enunciado n.149 III Jornada de Direito Civil e art. 171, II,CC.

Já o Princípio da força obrigatória dos contratos expressa, ou a força vinculante das convenções, é mais conhecido pelo brocardo jurídico “o contrato faz lei entre as partes”, em latim, *pacta sunt servanda*, ou ainda, o pactuado deve ser observado (GONÇALVES, 2009).

Como vimos, o princípio da autonomia da vontade estabelece que ninguém é obrigado a contratar, mas realizado o acordo de vontade as partes são obrigadas a cumpri-lo por segurança jurídica, que representa uma função social dos contratos.

Segundo nos ensina Gomes, estipulado validamente seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória (GOMES, 2007, p.131).

O princípio da obrigatoriedade é amparado pelos art. 389 e 427 a 435, do Código Civil.

A obrigatoriedade decorre da observância dos requisitos de validade e eficácia, sob pena de anulabilidade (art. 171, II, do CC).

Existem ainda outras exceções à regra previstas em lei como teoria da imprevisão, onerosidade excessiva, bem como nos arts. 393 e 1058 do CC.

Por último o princípio da relatividade dos efeitos que estabelece que a relação contratual não alcança terceiros só produzindo efeitos em relação às pessoas que dele participaram e manifestaram sua vontade.

Na lição de Venosa, a regra geral é que o contrato só ata aqueles que dele participaram. Seus efeitos não podem sem prejudicar, nem aproveitar a terceiros (VENOSA, 2005).

Existem exceções à regra estabelecidas na própria lei. Não sendo a obrigação personalíssima, opera-se somente entre as partes e seus sucessores. Somente as obrigações personalíssimas não vinculam os sucessores. Ainda são exceções legais, a estipulação em favor de terceiros e promessa de fato de terceiro (art. 436 a 438, do CC).

Outrossim, pode haver relativização também com fulcro na função social do contrato que deve lembrar que o contrato não mais rege somente interesses particulares.

### **3.2. Os Novos princípios contratuais**

O Estado Democrático de Direito impõe na busca de uma ordem social mais justa e democrática a incidência e observância de limitações aos interesses individuais a fim de prevalecer e resguardar os interesses sociais reconhecidos pela repercussão e função social das relações contratuais na sociedade organizada.

Se é pacífica, constitucional e legalmente imposta a mitigação dos princípios contratuais clássicos acima declinados (Princípio da autonomia da vontade, Princípio da força obrigatória e Princípio da relatividade dos efeitos) nos institutos civis-romanos tipicamente individualistas como posse, propriedade, família, sucessões, contratos, bem como responsabilidade civil e empresa; como nos dias de hoje defender “o direito” potestativo do empregador de dispensar imotivadamente seu empregado?

Incontrovertida a aplicação dos princípios contratuais aos contratos de trabalho. Antes mesmo de se falar nas peculiaridades do contrato de trabalho (caráter publicista, social e princípio da continuidade da relação de emprego) que ainda mais fundamentam a motivação na sua rescisão, é cristalina a incidência dos princípios contratuais clássicos e os novos princípios contratuais na relação empregatícia, por maior razão e clara disposição constitucional.

O Dirigismo Contratual, caracteriza-se pela intervenção do Estado por meio de legislação específica com objetivo de valer a prevalência do interesse coletivo, protegendo o economicamente mais fraco do domínio do poderoso, minimizando as desigualdades entre as partes, dirigindo a atividade econômica e a atividade contratual de modo a corresponder às exigências fundamentais da justiça social ou distributiva e da garantia a todos da existência digna, garantindo a resolução do contrato por onerosidade excessiva ou em caso de perigo, mesmo que contrarie a autonomia da vontade.

Conforme nos ensina a melhor doutrina, por meio das leis de ordem pública, o legislador desvia o contrato de seu leito natural dentro das normas comuns dispositivas, para conduzi-lo ao comando daquilo que a moderna doutrina chama de “dirigismo contratual”, onde as imposições e vedações são categóricas, não admitindo possam as partes revogá-las ou modificá-las.

O Dirigismo Contratual inicialmente limitador da liberdade contratual por imposição de normas de ordem pública, agora se estende à limitação mediante

cláusulas gerais do contrato com o mesmo fulcro, limitar o interesse individual em prol dos interesses sociais na tentativa de igualar partes desiguais e evitar o abuso de direito.

Nesse viés, e decorrente da evolução do direito constitucional visto no segundo capítulo deste estudo, originou-se o que a doutrina chama de constitucionalização do direito civil, impondo às relações “privadas” valores não-patrimoniais.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao tratar de institutos de direito privado e submeteu o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos, quais sejam, princípio da função social do contrato, da boa-fé objetiva e princípio da equivalência material do contrato.

Tepedino sustenta que:

A adjetivação atribuída ao direito civil, que se diz constitucionalizado, socializado, despatrimonializado, se por um lado quer demonstrar, apenas e tão-somente, a necessidade de sua inserção no tecido normativo constitucional e na ordem pública sistematicamente considerada, preservando, evidentemente, a sua autonomia dogmática e conceitual, por outro lado poderia parecer desnecessária e até errônea. Se é o próprio direito civil que se altera, para que adjetivá-lo? Por que não apenas ter a coragem de alterar a dogmática, pura e simplesmente? Afinal, um direito civil adjetivado poderia suscitar a imprecisão de que ele próprio continua como antes, servindo os adjetivos para colorir, com elementos externos, categorias que, ao contrário do que se pretende, permaneceriam imutáveis. A rigor, a objeção é pertinente, e a tentativa de adjetivar o direito civil tem como meta apenas realçar o trabalho árduo que incumbe ao intérprete. Há de se advertir, no entanto, desde logo, que os adjetivos não poderão significar a superposição de elementos exógenos do direito público sobre conceitos estratificados, mas uma interpenetração do direito público e privado, de tal maneira a se reelaborar a dogmática do direito civil. Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais”(TEPEDINO, 2001, p.22).

A constitucionalização do direito civil é facilmente verificada e foi progressivamente efetivada no âmbito do direito do consumidor, lei 8.078/90. A coibição de abusos e o reequilíbrio da balança contratual em favor do hipossuficiente (consumidor) semeou em campo fértil teses, doutrinadores, jurisprudência e fez surgir vasta e sólida aplicação do princípio da função social do contrato e da boa-fé

objetiva, além de outros institutos progressistas como desconsideração da personalidade jurídica e inversão do ônus da prova.

Os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, a teor dos arts. 187, 421 e 422, do Código Civil, aplicam-se às relações trabalhistas pelos mesmos motivos acima declinados e por permissão do art.8º, parágrafo único, da CLT.

Assim sendo, vejamos como os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva e sua incidência nos contratos de trabalho enseja a limitação do “direito potestativo do empregador de dispensar de forma imotivada”, com fulcro na mesma “coibição de abusos e o reequilíbrio da balança contratual” consumerista. Por que não?

### **3.3. Função Social do Contrato**

Segundo nos ensina Hironaka, o vocábulo social não se trata de se estar caminhando no sentido de transformar a propriedade em patrimônio coletivo da humanidade, mas tão apenas de subordinar a propriedade privada aos interesses sociais, através deste idéia-princípio, a um só tempo antiga e atual, denominada “doutrina da função social” (HIRONAKA, 2005 apud GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010).

No contexto político-filosófico acima descrito a Constituição Federal erigiu à condição de direito fundamental a função social com reflexo iminente na seara contratual alçando à condição de princípio constitucional a função social do contrato, posteriormente adotada expressamente no Código Civil de 2002. Já no preâmbulo<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup>“Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei 8.899/1994 a elas. Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 (...). Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que ‘O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. ‘Assegurar’, tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização

da Carta Magna, em que pese não tenha força normativa<sup>32</sup>, o constituinte preceitua que a função social e o solidarismo são valores pragmáticos que os hermenutas devem observar ao estabelecer que “reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

Pouco adiante e agora com força normativa de sobreprincípio, a constituição estabelece, em seu artigo primeiro, como fundamento<sup>33</sup> maior do Estado Democrático de Direito a Dignidade da Pessoa Humana.<sup>34</sup>

Preceitua ainda como seu fundamento a soberania, cidadania e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, já deixando cristalina a sobreposição do valor social do trabalho, e do contrato, em especial nas relações de trabalho.

Esta opção constitucional rechaça novamente qualquer dúvida quando no próprio título da ordem econômica preceitua que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos

---

dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico’ (...). Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade.” (ADI 2.649, voto da Rel. Min. **Cármen Lúcia**, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.)

<sup>32</sup>ADI 2076

<sup>33</sup>Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

<sup>34</sup> Segundo Paulo Bonavides, “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.

existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados, em especial, o princípio da função social da propriedade e busca do pleno emprego.

Ainda destacamos que o constituinte deixa claro e reforça sua intenção por diversas vezes ao estabelecer:

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - prevalência dos direitos humanos;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

(...) § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social,



mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores;

Bem como ainda nos artigos 173, §1º, 21, IX, 23 X, da Constituição Federal.

O Princípio da Função Social do Contrato acentua a diretriz de sociabilidade do direito, como princípio a ser observado pelo intérprete na aplicação dos contratos. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da função social da propriedade previsto na Constituição Federal (REALE, 1998 apud MONTEIRO, 2007, p.11)

A função social do Contrato, segundo Tepedino, tem a função de impor aos titulares de posições contratuais o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, relacionados ou alcançados pelo contrato. Neste sentido dispõe o art. 2.035 do Código Civil que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos (TEPEDINO, 2012).

Nesse esteira o Código Civil trouxe de forma expressa o princípio da função social do contrato:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Ressalta-se ainda os arts. 1635 a 1638 do CC, quanto ao direito de família e normas do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor.

Frise-se que a função social do contrato tem vinculação estrita também com o pilar da eticidade e princípio da boa-fé objetiva, probidade e razoabilidade, conforme veremos a seguir. Reconhecemos ainda que é inafastável a ligação da função social, bem como da boa-fé objetiva, ao conceito e valor de justiça atrelado também com o preceito da dignidade da pessoa humana.

Parte da doutrina<sup>35</sup> afirma que o princípio da função social do contrato se manifesta em dois níveis, intrínseco e extrínseco. O primeiro decorre de visão da relação jurídica entre as partes, impondo-as lealdade, equilíbrio e boa-fé objetiva, buscando equivalência material e dignidade social aos indivíduos contratantes. Já no nível extrínseco decorre de visão ou impacto eficaz na sociedade.

Para Farias e Rosenvald a expressão “em razão” se destina precipuamente a conformar a autonomia privada à dimensão social”. O Negócio jurídico deve se dar e atender a função social, ou a causalidade negocial social, nos termos da cláusula aberta do art. 421, do CC (FARIAS; ROSENVALD, 2013).

Nós entendemos que o melhor conceito para o princípio em tela é o que o trata de princípio de conteúdo indeterminado, que será aferido no caso concreto pelo juiz e tem como efeito impor limites à liberdade contratual e evitar o abuso de direito, desequilíbrio e injustiça em prol da sociedade e em defesa dos efeitos sociais decorrentes da relação jurídica contratual posta.

Não se nega tampouco que os efeitos extrínsecos da função social se confundem, ou melhor, tangenciam a boa-fé objetiva em seus efeitos. Se há simbiose entre a eticidade e socialidade em alguns pontos, se os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé (art. 113, do CC), levando-se em conta o meio social; não há como afastar a proximidade entre o princípio da função social e da boa-fé quando àqueles que lhes dão origem se confundem.

Neste mesmo sentido, REALE (1998) afirma que em alguns pontos, a eticidade e operabilidade até se confundem.

O contrato não mais está limitado aos pressupostos clássicos de existência, validade e eficácia clássicos, deve observar ainda seus efeitos sociais, econômicos, ambientais, culturais e trabalhistas.

---

<sup>35</sup>Humberto Theodoro Junior, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho . Ainda Stolze, Ob cit. p.83.

O Código Civil atual ao estabelecer que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, segundo Stolze e Pamplona Filho, estabeleceu de uma só vez, um critério finalístico ou teleológico e outro critério limitativo.

O teleológico, para nós, aponta a função social como razão ou justificativa em uma vinculação ao nível intrínseco acima referido e intersecção à boa-fé objetiva a que deve o contrato observar.

Quanto ao critério limitativo este deverá impor uma auto-regulamentação pelas partes, ou posteriormente pelo juiz, na liberdade contratual, encontrando um limite razoável no interesse social e no sobreprincípio da Dignidade da pessoa humana, sob pena de caracterizar abuso de direito.

Frise-se que em que pese parte da doutrina traga o princípio da equivalência material como princípio autônomo entendemos que o mesmo é desdobramento e inerente à incidência da função social e da boa-fé objetiva no que tange à tentativa de evitar abuso e equilibrar as partes consubstanciados na dignificação da pessoa humana.

Concluimos refletindo sobre o Enunciado 23, da 1. Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal: “A função Social do Contrato prevista no art. 421, do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

Incontroverso que a extinção contratual, em especial a imotivada, tem interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana (emprego), e em algumas hipóteses como a dispensa coletiva ou em massa, tem-se ainda interesse metaindividual; portanto, deve este instituto sofrer incidência da função social do contrato.

Não há dissonância ainda quanto à complexidade e multifatoriedade das relações trabalhistas e seus efeitos laborais, econômicos, sociais, previdenciários, familiares e psicológicos inerente à pessoa humana do trabalhador e de sua família.

Também, como já dissemos, é incontroverso e consolidada a incidência da função social do contrato trabalhista na fase pós-contratual quando da dispensa

discriminatória, dano moral, concorrência desleal ou cláusula de não-concorrência, dentre outros.

Por todo exposto, não há mais como ignorar que a dispensa imotivada por parte do empregador deve se submeter ao princípio da função social e dignidade da pessoa humana, caracterizando o exercício deste “direito potestativo” como abuso de direito.

### **3.4. Princípio da boa-fé Objetiva**

Os preceitos constitucionais que deram origem ao princípio da função social, em sua maioria, também embasam o princípio da boa-fé objetiva em especial os estabelecidos nos arts. 1º, 3º, 5º, 7º e 193, da Constituição.

Ao expressar e garantir o bem-estar, justiça social, sociedade livre, justa e solidária, o constituinte deu embasamento constitucional ao princípio da boa-fé ao concretizar os princípios da igualdade substancial, solidariedade, razoabilidade e justiça nos contratos.

Neste escopo, nos ensina Farias e Rosenvand que os princípios da teoria contratual, dentre eles a boa-fé objetiva, concretizam os princípios da igualdade substancial e da solidariedade nas relações contratuais (FARIAS; ROSENVAND, 2013).

O princípio da boa-fé objetiva já vinha sendo utilizado amplamente pela jurisprudência, inclusive do STJ, e pela doutrina mesmo antes de constar expressamente na legislação brasileira.

Aliás, não somente nos contratos, mas em quaisquer relações jurídicas ou não jurídicas deve haver a boa intenção, não sendo eticamente aceitável o uso da má fé em benefício próprio ou de terceiros em prejuízo de outrem.

Na legislação pátria, surgiu inicialmente no Código de Defesa do Consumidor, em 1990, como um dos princípios fundamentais das relações de consumo e como cláusula geral para controle das cláusulas abusivas.

Pelo princípio da eticidade há uma nova valorização da ética e da boa-fé, dele decorrendo a aplicação da boa-fé no campo das intenções, ou boa-fé objetiva.

Já no Código Civil de 2002 o princípio da boa-fé está expressamente contemplado nos arts.113, 128, 167, 187 e em especial no art. 422, dentre outros onde se expressa ora na face objetiva ora subjetiva (arts. 164, 242, 286, 307, 309, 523, 606, 637, 686, 689, 765,814, 856, 879, 896, 925, 1.049, 1.149. 1.201, 1.202, 1.214, 1.217, 1.219, 1.222, 1.228, 1.238, 1.242, 1.243, 1.247, 1.255, 1.257, 1.258, 1.260, 1.261, 1.268, 1.270, 1.561, 1.562, 1.563, 1.741, 1.817, 1.827 e 1.828).

De forma genérica e como cláusula implícita em todos os contratos, destacamos a previsão do art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

A boa-fé objetiva ou confiança adjetivada se consolidou como regra de comportamento, ou, segundo Sanseverino (2013), um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo cidadão que, nas suas relações, atue com honestidade, lealdade e probidade. É um dos princípios fundamentais do direito privado cuja função é estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais.

Este princípio exige ou pressupõe uma relação jurídica com deveres mútuos e padrões de comportamento exigíveis em condição suficiente para ensejar a outra parte um estado de confiança.

Alerta ainda o Ministro do STJ Paulo de Tarso Sanseverino, que não se deve confundir a boa-fé objetiva com a boa-fé subjetiva, sendo que a segunda seria para ele o estado de consciência ou a crença do sujeito de estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento jurídico.

Assim, a boa-fé subjetiva não é um princípio, e sim um estado psicológico em que a pessoa possui a crença de ser um titular de um direito que em verdade só existe na aparência (FARIAS; ROSENVAND, 2013)

A face subjetiva do princípio impõe aos contratantes que exerçam a faculdade de contratar observando a ética, agindo de forma correta e com bons propósitos, tanto no ato da avença, quando durante a sua execução. Neste sentido, não se admite um contrato em que uma das partes, maldosamente ou se aproveitando da ingenuidade ou ignorância da outra parte, ponha no contrato cláusulas que venham provocar injustamente prejuízos em decorrência dos efeitos do pacto.

Os contratantes deverão agir com probidade e honradez, observando sempre a integridade de caráter, de modo a manter o equilíbrio e a justiça para ambos na avença.

Alguns autores diferenciam a boa-fé objetiva da subjetiva ensinando-os que a primeira é cláusula geral ao mesmo tempo em que se consubstancia em fonte de direito e de obrigações. É fonte jurígena porque impõe comportamento aos contratantes, de agir com correção segundo os usos e costumes, classificando-se também como norma de conduta. Já a boa-fé subjetiva é a proteção de um estado de crença, implica na noção de entendimento equivocado, em erro do contratante.

TARTUCE (2005) arremata de forma clara as diferenças afirmando que a boa-fé deixa o campo das idéias, da intenção – boa-fé subjetiva –, e ingressa no campo dos atos, das práticas de lealdade – boa-fé objetiva. Essa boa-fé objetiva é concebida como uma forma de integração dos negócios jurídicos em geral, como ferramenta auxiliar do aplicador do Direito para preenchimento de lacunas, de espaços vazios deixados pela lei.

Rizzado nos ensina que a probidade e a boa-fé são os dois princípios básicos que orientam a formação do contrato (acrescentamos que orientam ainda a execução e extinção do contrato) dependendo deles a segurança das relações jurídicas. A probidade, segundo ele, envolve a justiça. O equilíbrio, a comutatividade das prestações, enquanto a boa-fé exige a transparência e clareza das cláusulas (RIZZADO, 2013).

A boa-fé objetiva transcende a boa-fé estrito senso (justiça, equidade, clarividência entre direitos e deveres, e prevalência das intenções ao sentido literal) e acresce às relações contratuais uma cláusula implícita impondo sua observância e força normativa.

Concordamos ainda que a boa-fé atende ao princípio da eticidade. Mediante a emanção de deveres laterais-anexos, instrumentais ou de conduta-, de cooperação, informação e proteção, os parceiros estabelecem um cenário de colaboração desde a fase pré-negocial até a etapa pós-negocial (FARIAS; ROSENVAND, 2013).

A boa-fé objetiva, informada pelo princípio da solidariedade, pode ser definida como um princípio geral de Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de

acordo com um padrão ético de confiança e lealdade. Gera deveres secundários de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avenca.

Com efeito, diz respeito à norma de conduta imposta aos contratantes (art. 422, CC), que determina como as partes devem agir, tem como efeito valorar o abuso no exercício dos direitos subjetivos (art. 187, CC) e dar ao Juiz diretivas para decidir, na ausência da regra legal, na integração de conceitos indeterminados ou ainda na interpretação contratual em sintonia com os preceitos constitucionais que a informam.

Assim, concluímos que a boa-fé objetiva impõe um padrão de conduta reta, com probidade, honestidade e lealdade.

Não poderia mesmo ser diferente já que da própria origem etimológica se extrai o significado de fidelidade, boa conduta, coerência e honradez no cumprimento de seu dever e da expectativa de outrem.

Difere da função social do contrato pois enquanto esta limita a autonomia de vontade (interno) para proteger a sociedade dos efeitos do contrato (externo), a boa-fé objetiva visa analisar a conduta e os efeitos internos do contrato, referindo-se à eticidade da conduta das partes.

Brilhante ainda a afirmação de Farias e Rosenvald de que “dentro de sua tridimensionalidade (funções interpretativa, integrativa e corretiva), a boa-fé ainda exerce uma função de controle, modelando a autonomia privada, evitando o exercício excessivo de direitos subjetivos e potestativos pela via do abuso do direito (art. 187, CC)” (FARIAS; ROSENVALD, 2013).

A função interpretativa origina-se do art. 113; a função corretiva ou de controle decorre do art. 187; e a função integrativa, e mais importante, está preceituada no art. 422, todos do Código Civil.

A função integrativa como já dissemos anteriormente tem caráter de cláusula implícita de observância obrigatória pelos contratantes. Em cada caso concreto, em caso de judicialização da questão, caberá ao juiz estabelecer a conduta que deveria ter sido adotada pelo contratante, naquelas circunstâncias.

Neste sentido destacamos os enunciados da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça federal:

En 25. Art. 422: O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.

En 26. Art. 422: A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.

Extraí-se ainda do art. 422, do CC e sua função integrativa, os deveres anexos de conduta (ou laterais) que permitem a positivação contratual.

Os deveres anexos de conduta, como conduta imposta aos contratantes, decorrem da boa-fé objetiva, são exigências de conduta que transcendem a vontade das partes, impondo evitar comportamento desonestos e em dissonância com o princípio da boa-fé. Também são cláusulas contratuais implícitas, ou cláusulas gerais, estendendo o conteúdo contratual involuntariamente.

Como positivação do princípio da boa-fé, art. 422, do CC, segundo Gontijo, passa-se a admitir a criação de regras de conduta para as partes de uma relação obrigacional com fundamento na boa-fé objetiva (GONTIJO, 2010).

Os deveres anexos são direitos e deveres jurídicos não previstos em legislação de forma expressa ou em cláusulas contratuais e aferíveis no caso concreto a partir da criação da norma pelo magistrado. Tais deveres desempenham um importante papel nas relações obrigacionais, criando um regramento objetivo para elas, através da imposição de condutas durante todo o período contratual, bem como aquele que antecede e sucede o pacto.

Os deveres anexos de conduta são deveres de conduta objetiva impostos aos contratantes, independentemente de constar no instrumento contratual, que estão sendo construídos pela doutrina e jurisprudência que apontam como principais deveres anexos de conduta: informação e esclarecimentos; cooperação e lealdade; proteção e cuidado; e sigilo.

A saber, são eles: segurança, sigilo, cuidado e proteção; lealdade e cooperação; informação e esclarecimentos.

Os deveres de segurança, sigilo, cuidado e/ou proteção evitam situações de perigo, exigem sigilo em específicos negócios, pressupõem cautela de não prejudicar a outra parte.



Os deveres de lealdade e/ou cooperação impõe não tomar proveito da outra parte, realizando contratos desproporcionais; afastar o negócio onde o credor ignora o estado de necessidade que aflige o seu devedor; protege a pessoa inexperiente no contrato realizado; desfaz o negócio cujo credor pretende exercitar seu direito de maneira abusiva; afasta o enriquecimento sem causa e protege a confiança depositada na relação contratual.

Ainda segundo Farias e Rosendal, destacamos:

[...]a responsabilidade in contrahendo por ruptura imotivada das negociações preliminares, mostra-se evidente a lesão ao dever de lealdade ou cooperação. Isso não significa afirmar que os demais deveres anexos – proteção e informação – sejam desconsiderados. Muito pelo contrário, todos os deveres de conduta já se revelam nesses momentos pois o processo relacional ultrapassa o âmbito cronológico da prestação – mas inegável o magnetismo da cooperação para antes e depois da contratação. (*post pactum finitum*) (2013, p.198).

É corriqueiro o exemplo de aplicação do dever anexo de cooperação e lealdade nas relações laborais, inclusive, através do dever de sigilo, não-concorrência e dano moral pós extinção contratual.

Nos parece inafastável a aplicação também destes deveres quando da rescisão contratual por parte do empregador. Ínsito ao dever de cooperação e lealdade, além do dever de informação, está a defesa de que ao empregador no ato de dispensa cabe limitação ao seu comportamento regido pelo princípio da boa-fé.

A motivação se fundamenta como forma de cooperação com o empregado e a superação do atual rompimento, permitindo-o aprimoramento do empregado na aquisição do próximo vínculo a fim de evitar perdê-lo; ou lealdade na motivação, informação e enquadramento da sua dispensa a fim de evitar enriquecimento sem causa ao empregador que somente dispensa o empregado para contratar outros em menor patamar ou como forma de protegê-lo de ser dispensado por motivo velado de discriminação ou qualquer tipo de diferenciação velada pelo ordenamento.

Já os deveres de informação ou esclarecimento segundo Marques é comunicar, é compartilhar o que se sabe de boa-fé, é cooperar com o outro, é tornar comum o que era sabido apenas por um (MARQUES, 2011).

A dignidade da pessoa humana é assentada com primazia sobre as relações patrimoniais, fazendo com que a curto prazo, os deveres de informação e cooperação elevem-se ao próprio status de prestação principal do devedor, e não a meros deveres anexos.

Destacamos que a “elevação de prestação principal” dada aos deveres anexos é relevante ao ponto de vista doutrinário mas sem efeito prático já que os efeitos são equivalente face à condição dos deveres anexos de cláusula geral do contrato.

A transgressão deles acarreta violação positiva do contrato ou inadimplemento (ruim ou insatisfatório). Mesmo cumprida a obrigação principal em havendo inobservância dos deveres anexos há descumprimento contratual ou abuso de direito.<sup>36</sup>

Neste viés destacamos o Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: Art. 422: Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422, do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

Em todos os atos e exemplos de abuso de direito verificamos violação ao dever de agir ou o padrão de conduta e comportamento de acordo com os padrões de boa-fé, lealdade e confiança, independente do propósito de prejudicar.

Por todo exposto, resta evidente que o ato unilateral de rescisão do empregador, de forma imotivada, pondo fim ao contrato de trabalho, em regra, relação continuada, baseada na fidúcia e fonte única de subsistência de seu empregado; afronta um padrão de conduta esperado e o dever de cooperação, lealdade, informação e esclarecimento.

### **3.5. Princípio da continuidade da relação de emprego**

A interpretação e integração do instituto dispensa, dispensa motivada, além da aplicação dos princípios gerais do contrato, clássicos e novos, deve também ser norteado segundo os princípios próprios do direito do trabalho e contrato de trabalho.

Os princípios peculiares do contrato de trabalho decorrem de sua origem de proteção ao trabalhador hipossuficiente e seu caráter publicista. O direito do trabalho, e o contrato de trabalho, em que pese seu enquadramento como direito

---

<sup>36</sup>Em MS 3351-4-DF, o STJ decidiu que “A lacuna da lei a a interpretação de preceitos deve ser regida pela boa-fé objetiva e a liberdade de iniciativa deve ser contingenciada por interesses do

privado tem nítido caráter publicista por sofrer forte e incisivo caráter imperativo de normas e tutelas públicas.

Assim como a tutela pública não altera o caráter privado das relações do direito de família, o dirigismo contratual incidente no contrato de trabalho não altera sua natureza privada mas embasa a aplicação dos princípios contratuais estudados, em especial face às características peculiares e caráter alimentar do salário nas relações laborais (DELGADO, 2010).

O princípio maior do direito laboral é o princípio protetor, ou da proteção ao hipossuficiente, em clara consonância com os valores constitucionais da igualdade material e os novos princípios contratuais a ele também correlato, por maior razão ainda do que nas relações contratuais civis típicas.

Do princípio protetor decorrem os princípios clássicos do *in dubio pro misero*, ou *pro operário*; a norma mais favorável, condição mais benéfica; dentre outros os quais destacamos a indisponibilidade de direitos, primazia da realidade e, em especial, o princípio da continuidade da relação de emprego.

Em breve síntese, o princípio *in dubio pro misero*, ou *pro operário* estabelece que o intérprete/juiz deve escolher dentre várias interpretações possíveis a que seja mais favorável ao trabalhador. O princípio da norma mais favorável rege que existindo mais de uma norma aplicável, deve-se escolher a mais benéfica ao trabalhador. Já o princípio da condição mais benéfica preceitua que dentre cláusulas normativas não pode, em regra, haver interpretação ou aplicação que diminua condições favoráveis ao trabalhador.

O princípio da indisponibilidade de direitos estabelece que há certa irrenunciabilidade dos direitos dos trabalhadores impostos e tutelados pela ordem pública dos direitos laborais, impedindo, em regra, sua disposição ou negociação. O princípio da primazia da realidade é a prevalência fática ou real em detrimento do formalmente pactuado.

Já o princípio da continuidade da relação de emprego tem como fundamento a natureza alimentar do salário, o trabalhador hipossuficiente. Seu objetivo é assegurar maior possibilidade de permanência do trabalhador em seu emprego, podendo ser traduzido em algumas medidas concretas, tais como a preferência

pelos contratos de duração indeterminada, a proibição de sucessivas prorrogações dos contratos a prazo e a adoção do critério da despersonalização do empregador, que visa a manutenção do contrato nos casos de substituição do empregador, dentre outros.

Segundo o mestre GODINHO (2010), é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem justralhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do trabalho, de assegurar melhores condições, sob a ótica obreira, de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade.

A continuidade da relação de emprego não se limita aos interesses do trabalhador e de sua forma de subsistência, ela possui fortes repercussões sociais.

A relação contratual trabalhista de forma contínua tende à melhoria de direitos laborais pelo avanço do contrato individual pelo envolvimento com o empregador (investimentos e incentivos) e tempo do contrato, melhorias alcançadas de forma associativa ou sindical, através de negociação coletiva ou legislativa.

A continuidade da relação de emprego gera afirmação social e dignifica o trabalhador ao permitir acesso aos financiamentos habitacionais, sistema de crédito, convívio social no trabalho e na comunidade de forma consolidada e não superficial.

Ele gera ainda a presunções favoráveis ao trabalhador como a ruptura contratual mais onerosa ao empregador, ônus do empregador de provar a existência de ruptura (súmula 212, do TST) e a modalidade de extinção (pedido de demissão ou dispensa por justa causa), presume ser o contrato indeterminado e fundamento a sucessão de empregadores.

Assim sendo, além da limitação constitucional aos princípios clássicos e incidência dos novos princípios do contrato às relações laborais, a motivação da dispensa também se fundamenta no princípio protetor e o princípio da continuidade da relação empregatícia.

Em que pese a doutrina relate constrição a este princípio pelo abandono da ordem jurídica pátria ao sistema estabilitário e indenizatório, pela adoção ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (Lei 5.107/66), lembramos que o nosso estudo não defende o direito à estabilidade ou reintegração.

O que defendemos, e utilizamos do princípio da continuidade da relação de emprego como reforço argumentativo, é a motivação da dispensa como direito fundamental subjetivo e de eficácia imediata (art. 7º, I, da CF/88) e ainda a interpretação do instituto com fulcro no ordenamento internacional (Convenção 158 da OIT) e os preceitos nacionais ora analisados rechaçando o direito potestativo do empregador de dispensar de forma vazia.

Ademais, não nos furtemos de apontar que o princípio da continuidade vem sendo paulatinamente relativizado, com a criação do FGTS primeiro facultativo, depois inserido na Constituição (art. 7º III), com a criação e extensão dos contratos a termo (tais como a lei 9.061/98) contrárias ao artigo 443 da CLT em clara flexibilização de direitos trabalhistas e afronta ao princípio do não-retrocesso social.

Concordamos com a afirmação de Bertolin, quanto à flexibilização de direito e o princípio da continuidade, ao discorrer que se deve objetivar uma adequação do Direito do Trabalho aos imperativos econômicos da era globalizada, sem, no entanto, desvirtuá-lo. Em um contexto em que se verificam altos índices de desemprego e o crescimento da economia informal, não nos parece razoável que o Direito do Trabalho recue, deixando de proteger a relação de emprego (BERTOLIN, 2007).

Assim sendo, em consonância com os preceitos constitucionais, os princípios laborais, em especial o da continuidade da relação de emprego, impõe a necessidade da motivação da dispensa do trabalhador ao concretizar na peculiar relação negocial trabalhista a isonomia material e a dignidade do trabalhador ainda mais justificável em um momento de fragilidade, desemprego, e desprovimento de seu bem maior, o salário e seu caráter alimentar e de subsistência própria e de sua família.

### 3.6. Da caracterização do abuso de direito<sup>37</sup> e o ativismo judicial

O Código Civil adotou no art. 187 uma cláusula geral de ilicitude objetiva que traz uma espécie de ato ilícito independentemente de culpa ao estabelecer que “comete ato ilícito o titular de um direito que ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé e pelos bons costumes”.

Em assim o fazendo, o legislador deu ao abuso de direito o mesmo status e efeitos do ato ilícito, efeitos estes que veremos a seguir.

Enquanto o ato ilícito “típico” é uma conduta contrária a uma regra posta, o abuso de direito caracteriza-se por um comportamento aparentemente no exercício de um direito subjetivo, porém contrário a princípios e os deveres anexos de conduta a eles inerentes.

Além dos próprios limites que derivam da natureza do direito, existem outros limites que derivam do princípio da boa-fé e ainda os que decorrem da função ou destino econômico e social do próprio direito, cuja contrariedade justifica a aplicação da teoria do abuso do direito (FARIAS; ROSENVAND, 2013).

Ainda neste sentido destacamos que segundo Gontijo, o ato patronal se afigura abusivo, por afronta aos princípios da função social do contrato e boa-fé objetiva, norteadores do direito privado acolhidos pelo Código Civil de 2002, a partir dos valores contemplados nos princípios constitucionais retro mencionados (GONTIJO, 2010).

No sentido de limitar o direito potestivo subjetivo do contratante por observância dos deveres anexos de conduta temos inclusive exemplo legal previsto no art. 473, do CC. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só

---

<sup>37</sup>A fim de não fugir do nosso tema central, mas como não podemos deixar de citar, lembramos que a doutrina e jurisprudência pátria vem consolidando algumas regras de conduta não contraditória ou categorias de abuso de direito. Dentre elas destacamos o *venire contra factum proprium* (é a proteção contra abuso de direito em contradição com comportamento assumido anteriormente), *supressio* (é a renúncia tácita ou perda de um direito pelo seu não exercício no tempo), *surrectio* (é o surgimento do direito pelos usos e costume ou comportamento de uma das partes) e *tu quoque* (é a exceção de

produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

Contextualizando ao nosso estudo de forma mais clara, caracteriza abuso de direito, com obviedade, o exercício do “direito potestativo” do empregador de dispensar o empregado de forma imotivada por se tratar de um comportamento aparentemente no exercício de um direito subjetivo, mas que contudo é contrário aos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, dentre outros princípios, ensejando afronta direta aos deveres anexos de conduta de cooperação, lealdade e informação.

Assim sendo, cabe ao empregador observar no ato da dispensa o direito fundamental do trabalhador e informá-lo do motivo<sup>38</sup> do rompimento. Em assim não procedendo incidirá o empregador em ato abusivo de seu direito de dispensar podendo o trabalhador bater às portas do Judiciário para lhe garantir o direito subjetivo de ter ciência e informação do motivo do rompimento da relação contratual laboral, relação esta basilar em suas relações sociais, econômicas e familiares. E neste viés deverá o juiz exercer seu papel mais caro, o de aplicar a justiça ao caso concreto utilizando-se dos instrumentos já existentes em prol de uma sociedade mais justa e solidária.

O Código Civil é chamado por alguns de Código do Juiz, pois ele contém inúmeras cláusulas abertas que quer dizer, normas de conteúdo indeterminado deixando ao magistrado a escolha da sua aplicação ao caso concreto.

Desta forma, para evitar, o que alguns denominam de engessamento do direito, foi dado mais poderes aos juízes, pelas cláusulas abertas, como os princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato. O juiz terá muito mais liberdade de agir, é claro que tendo como diretriz a própria lei, a fim de resolver cada caso individual de forma mais favorável e rápida, sempre se embasando nos princípios que regem cada caso em especial.

Segundo Heinehr, o então código civil de 2002, trouxe certa simbiose para o direito, onde os seus aplicadores utilizarão as cláusulas abertas, mas embasados

---

contrato não cumprido).

<sup>38</sup>Motivo este que deve observar, por analogia, o preceituado na Convenção 158 da OIT e o art. 165 da CLT “motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.”

nas cláusulas fechadas preestabelecidas pelo legislador, a fim de dar uma solução a cada caso concreto, sempre aplicando os princípios que são a diretriz do direito civil, pois eles, mesmo não sendo lei, são a luz que guia o ordenamento jurídico (HEINERHR, 2013).

A valorização do ser humano se dá na medida em que a confiança e a lealdade passam a ser imperativos das relações privadas, bem como pelo fato de o julgador ter maior poder na busca da solução mais justa e equitativa para os casos concretos que lhe são submetidos, mediante análise subjetiva da questão. Isso implica, em última análise, no afastamento do formalismo jurídico reinante durante a vigência da codificação anterior.

Reale define o Código Civil como "a constituição do homem comum", pondera que o princípio da eticidade afasta o excessivo rigorismo formal ao conferir ao juiz "não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos" (REALE, 1998). Delgado aduz que "interpretar as regras do Código Civil com base em princípios éticos é contribuir para que a idéia de justiça aplicada concretamente torne-se realidade", o que é anseio de todos os cidadãos (DELGADO, 2003).

As cláusulas gerais têm como função precípua a integração pelo juiz em atividade valorativa e de concretização da Constituição e dos valores de equidade, ordem pública, bons costumes, boa-fé e socialidade, conferindo maior poder ao juiz<sup>39</sup> para chegar a uma solução mais justa.

Não estamos falando em julgamento por equidade, quando o julgador tem liberdade ampla e pode afastar o direito e optar pela solução que lhe parecer mais justa (Artigo 2º da Lei 9.307/96: "A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes"); mas em julgamento com equidade.

Julgar com equidade é dever do julgador, é julgar com justiça. A própria Lei de Introdução às normas de direito brasileiro (Decreto-lei 4657/42) dispõe em seu art. 5º que: na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

---

<sup>39</sup> Ampliação do poder do juiz denominado pela doutrina de ativismo judicial.



A equidade, portanto, é a adequação da lei ao caso concreto, atendidas suas peculiaridades, tendo em vista o caráter genérico e abstrato da atividade do legislador, atribuindo ao juiz a ponderação proporcional da norma à situação fática.

Com efeito, tem o juiz o dever de decidir, interpretando a lei e integrando as cláusulas abertas em sintonia com os preceitos constitucionais, ordenamento externo e interno que os informam.

O ativismo judicial permite e exige do juiz, em especial do juiz federal do trabalho, a adequação da norma ao caso concreto segundo os fins sociais e o bem comum. É dele o papel de concretizar e efetivar o direito fundamental do trabalhador previsto no art. 7º, I, da Constituição Federal através dos instrumentos postos, e aqui exaltados.

Conforme BARROSO (2011), a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Para Gomes, existem duas espécies de ativismo judicial: o inovador, no caso de o juiz criar uma norma e o ativismo revelador. Nesse, o juiz também irá criar uma regra, um direito, contudo com base em princípios constitucionais ou na interpretação de uma norma lacunosa (GOMES, 2009). Com efeito, estamos falando, e defendendo, a segunda espécie.

A justiça exige presteza, não podendo o jurisdicionado ficar aguardando regulamentação legal (art. 10, II, do ADCT), após 25 anos de inércia do legislador estrangulados pelo interesse econômico, quando a própria Constituição Federal já reconheceu o direito e o colocou em patamar fundamental.

Conforme lição de REALE (1999), o novo Código, por conseguinte, confere ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com os valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou injustável à especificidade do caso concreto.

### 3.7. Os efeitos da inobservância da dispensa motivada

Ultrapassado um primeiro grande passo e vindo a ser reconhecido o direito fundamental à motivação da dispensa no contrato de trabalho; sabemos que estar-se-ia nascendo um novo universo jurídico: os efeitos da inobservância deste direito fundamental.

Destacando ainda que o objeto deste estudo limita-se ao “primeiro grande passo”, o reconhecimento da motivação da rescisão contratual trabalhista como direito fundamental, entretanto entendemos ser desleal ignorar e sequer chamar atenção para este “universo jurídico” ou efeitos do descumprimento da motivação, que talvez caberiam em um projeto de doutorado.

Pois bem, vislumbramos inicialmente duas hipóteses de inobservância: a primeira quando o empregador ignora o direito fundamental da motivação e dispensa seu empregado sem motivo ou sem declará-lo, e segundo quando o empregador motiva a dispensa mas esta não se enquadra como motivação aceitável frente às normas vigentes.

No primeiro caso, pensamos e defendemos, inclusive anteriormente<sup>40</sup>, o direito fundamental subjetivo de se exigir do empregador a motivação da dispensa, ou que deixe de dispensá-lo sem motivação, no caso concreto através da tutela inibitória, inclusive antecipada.

Ou seja, existindo rumores ou vislumbrando-se dispensa individual ou coletiva, pode o trabalhador, ou em caso coletivo os legitimados legais, Art. 5º da lei 7.347/85, ingressarem em juízo exigindo que o empregador motive a dispensa ou deixe de rescindir o contrato trabalhista imotivadamente.

Em se tratando de hipótese que necessite de inibir a prática, repetição ou continuação do ilícito, tratar-se-ia de tutela inibitória. No caso em estudo, pensamos totalmente incidente a tutela do direito subjetivo de ter motivada a sua dispensa ou que o empregador deixa de dispensá-lo de forma imotivada. Ou seja, postular-se-ia

---

<sup>40</sup> Defesa expressa no artigo “O cabimento da tutela inibitória antecipatória como garantia do direito fundamental à dispensa motivada do contrato de trabalho” entregue como trabalho conclusivo da disciplina Tutela Processual do Interesses Difusos e Coletivos, do Programa de Mestrado em Direito Agroambiental da UFMT, e aguardando publicação.

obrigação de fazer ou não-fazer, de forma inibitória, a fim de inibir a prática, repetição ou continuação do ilícito e infração de direito fundamental à motivação da dispensa.

Conforme nos ensina o mestre Marinoni, “a tutela inibitória é decorrência da existência do próprio direito. Todo cidadão tem o direito de impedir a violação do seu direito” (MARINONI, 2014, p. 135).

A concretização do direito à motivação da dispensa assim deve ser concretizado, segundo um mandado de otimização, dando eficácia subjetiva ao direito fundamental posto na Constituição federal, através de tutela inibitória, com possibilidade de antecipação de tutela quando presentes seus pressupostos.

Defendemos que quando da dação do aviso prévio ao trabalhador, ou trabalhadores, sem qualquer motivação de sua dispensa pelo empregador, pode o titular do direito subjetivo ingressar com ação inibitória com pedido de tutela antecipada, exigindo que o empregador motive a dispensa ou a fim de inibir a rescisão do contrato trabalhista imotivadamente.

Naquela oportunidade, defendemos que deve o julgador, em cada caso concreto, atribuir ao direito fundamental a máxima efetividade possível. Afinal, não é sustentável a prevalência da livre iniciativa e propriedade como valor absoluto em detrimento do princípio do valor social do trabalho (art. 170, CF), da cidadania (art. 1º CF), funções sociais da propriedade, da empresa e do contrato; solidariedade (art. 3º, I, da CF/88), da justiça social (art. 170, *caput*, da CF/88), aplicação imediata, força normatiza, efeito concretista, eficácia subjetiva e horizontal (art. 5º e 1º, da CF), aplicação da OIT 158 (art. 5º, §2º, da CF), e princípio da boa-fé objetiva e os deveres anexos de conduta, em especial da solidariedade, lealdade e informação.

O sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, enquanto pessoa humana no trabalho, limita a livre iniciativa e a propriedade privada em fácil ponderação de princípios.

Portanto, os preceitos existentes são suficientes à efetiva tutela da motivação da dispensa trabalhista, como direito fundamental, cabendo ao julgador no caso concreto fazer a leitura adequada dos instrumentos processuais segundo o bem tutelado e consubstanciado nos preceitos constitucionais.

Já no segundo caso, quando o empregador motiva a dispensa mas esta não se enquadra como motivação aceitável frente às normas vigentes, não temos ainda convicção formada sobre seus efeitos.

Primordialmente ter-se-ia que definir quais as hipóteses normativas de motivação da dispensa. Nos parece que os artigos 13 e 14, da Convenção 158 da OIT, bem como, por analogia, o preceituado no art. 165, da CLT já estabelecem que além dos motivos disciplinares, podem os empregados serem dispensados por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos.

Caso levado a juízo e reconhecido que o término foi injustificado, ou não subsumido adequadamente às hipóteses de motivação, teríamos inúmeras problemáticas.

Tratar-se-ia de nulidade, retorno ao status quo ante, reintegração com todos os seus consectários, ou mera anulabilidade ou invalidade e readmissão, sem consectários pecuniários?

Destaquemos que alguns autores parecem enfrentar a questão, ainda que indiretamente. Segundo Pablo Stolze, em caso de dano por desrespeito ao princípio ou cláusula implícita, poderá o prejudicado intentar ação indenizatória, sem que descartemos a hipótese de se poder atacar até mesmo a sua validade, caso a infringência houver derivado de fraude à lei, na da impede que obtenha a nulidade do contrato (STOLZE, 2010).

Segundo Tartuce, pela presença do abuso de direito, o contrato pode ser tido como nulo, combinando-se os arts. 187 e 166, VI, do Código Civil, nulidade por fraude à lei imperativa diante do ato emulativo (TARTUCE, 2005).

No CDC, a recusa à modificação dos termos do contrato gera, não anulação, mas a nulidade absoluta da cláusula abusiva por violação a princípios de ordem pública.

Outrossim, quais provas seriam admitidas e de quem seria o ônus da prova?

Outra questão interessantíssima é o questionamento sobre a subsistência da multa de 40% sobre o FGTS. Considerando que tal multa está instituída no art. 10, I, do ADCT, prevendo que “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o Art. 7º, I, da Constituição: I- fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no Art. 6º, caput e § 1º, da Lei

nº 5.107, de 13 de setembro de 1966” (ou 40 % sobre o FGTS); implementando-se a “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (art. 7º, I, da CF); subsistirá tal multa? Poder-se-á criar outra multa ou direito substitutivo ou compensatório à multa, ou apenas será permitido ampliar direitos?

Para Almeida, além da indenização do art. 10, I, do ADCT, a despedida individual sem justa causa poderá também ser revestida de outra ilicitude, aquela por abuso de direito, tal qual prevista pelo artigo 187, do Código Civil, isto é, quando a despedida violar a boa-fé objetiva, já que, na conformidade dos artigos 422 e 472, do Código Civil, compete às partes, no caso ao empregador, guardar os princípios da boa-fé objetiva, tanto na conclusão e na execução do contrato, quanto na extinção (ALMEIDA, 2011).

Em ambos os casos, e de forma um pouco mais tranquila vislumbramos que poder-se-ia falar em abuso de direito e reparação civil.

Neste sentido, STOLZE (2010) defende que a quebra dos deveres anexos do contrato “gera abuso de direito e direito à reparação civil”.

FARIAS e ROSENVALD (2013) posicionam-se que o descumprimento dos deveres anexos provocará inadimplemento, com o nascimento da pretensão reparatória ou do direito potestativo à resolução do vínculo, gera direito à resolução, oposição da *exceptio non adimpleti* e todas as consequências da responsabilidade civil.

Nem tão tranquila, pensamos ser a definição de cumulação ou não da reparação civil com outros direitos compensatórios da dispensa imotivada ou sua inobservância ou não enquadramento.

Outra questão que não ignoramos são os reflexos indiretos da motivação da dispensa. Não pode também o empregador querer saber porque o empregado trocou de emprego? Será que o empregado quer saber dos motivos de sua dispensa? Poderá o empregado pedir indenização por ter sido dispensado por ser o menos produtivo ou menos técnico? Poderá o empregador dispensar o empregado mais qualificado e produtivo porém o mais recém-contratado, e, portanto, cuja rescisão será mais barata?

Além destas, outras questões de igual ou maior complexidade podem ser apontadas ou ainda surgirão. Caberá aos estudiosos do direito e quiçá a jurisprudência definir e construir respostas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse viés, da hermenêutica sistêmica do ordenamento jurídico nacional e internacional, em especial Convenção 158, da OIT, vimos que ressaí um conjunto de normas de proteção ao emprego e o direito fundamental à motivação da rescisão contratual trabalhista.

Defendemos através de várias vertentes e fundamentos que deve o empregador, e na falta deste, o julgador no caso concreto, atribuir ao direito fundamental a máxima efetividade possível.

O sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, enquanto pessoa humana no trabalho, limita a livre iniciativa e a propriedade privada em fácil ponderação de princípios.

Final, não é sustentável a prevalência da livre iniciativa e propriedade como valor absoluto em detrimento do princípio do valor social do trabalho (art. 170, CF), do trabalho (art. 6º, CF), da cidadania (art. 1º, CF), funções sociais da propriedade, da empresa e do contrato; solidariedade (art. 3º, I, da CF/88), da justiça social (art. 170, caput, da CF/88), aplicação imediata, força normatiza, efeito concretista, eficácia subjetiva e horizontal (art. 5º, §1, da CF), aplicação da OIT 158 (art. 5º, §2º, da CF), e princípio da boa-fé objetiva e os deveres anexos de conduta, em especial da solidariedade, lealdade e informação.

Além da República Federativa do Brasil ter como fundamento, entre outros, os valores sociais do trabalho, o art. 170, da Constituição Federal expressa de forma cristalina sua opção pela proteção ao trabalho e ao emprego em sua plenitude, proteção ao desemprego e continuidade da relação laboral, ao estatuir que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho e ainda ao dispor no art. 193 que a ordem social tem como base o primado do trabalho.

Nessa esteira, defendemos que a motivação da rescisão contratual trabalhista pelo empregador é direito fundamental e inerente à dignidade da pessoa humana do trabalhador.

A concretização do direito à motivação da dispensa assim deve ser efetivado, segundo um mandado de otimização, dando eficácia objetiva e subjetiva ao direito fundamental posto na Constituição federal.

Exige-se, portanto, dos estudiosos do direito, em especial do julgador, o dever de exercer seu papel mais caro, o de aplicar a justiça ao caso concreto, utilizando-se dos instrumentos já existentes, exigindo-lhe apenas uma visão mais sensível e afeta aos valores constitucionais, tutelando a pretensão consubstanciada em direito fundamental humano já prescrito, em prol de uma sociedade mais justa e solidária.

Ora, da previsão constitucional e internacional não se pode entender que a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica, pois como vimos o preceito não suscita qualquer dúvida de que a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa trata-se de uma garantia constitucional dos trabalhadores. Mesmo que assim não fosse, é evidente que a inércia do legislador infraconstitucional, já contumaz no descumprimento do comando constitucional e contrário aos interesses econômicos, não pode negar efeitos negativos eternamente a um preceito posto na Constituição e que exige uma postura diferenciada pelo seu conteúdo humano.

Outrossim, essa proteção já está concretizada pela adoção e adesão do Estado brasileiro à OIT e à Convenção 158, vigente e eficaz, sendo que seu abandono (denúncia), além de formalmente viciado, afronta todos os valores da Carta Magna sendo vedada pelo princípio do não-retrocesso social e cláusula pétrea.

Desde já ressaltamos que não defendemos o direito à estabilidade no emprego ou à reintegração, mas sim que o término da relação de emprego se dê de forma justificada (motivo disciplinar, técnico, econômico, financeiro, estrutural ou análogo) e condizente com seu papel social, econômico jurídico e humano.

O princípio fundamental da República, da proteção da dignidade humana (inciso III, do artigo 1º), especialmente quando da dispensa de empregados de forma imotivada não pode mais ser ignorado ante o pretense direito potestativo de rescisão contratual gerando evidente abuso de direito, afronta aos princípios contratuais e precarização das relações de trabalho em clara contrariedade a todo aparato e inversão dos valores constitucionais.

**Segundo Maior:**

Devemos aprender a utilizar as virtudes do direito no sentido da correção das injustiças, até porque uma sociedade somente pode se constituir com



base em uma normatividade jurídica se esta fornecer instrumentos eficazes para que as injustiças não se legitimem. Do contrário, não haveria do que se orgulhar ao dizer que vivemos em um "Estado democrático de direito" (MAIOR, 2004)."

No nosso caso, resta indubitável a aplicação imediata e o efeito concretista objetivo e subjetivo da norma, art. 7º, I, da CF, que decorre da proteção da dignidade humana do trabalhador, função social do trabalho, da empresa e da propriedade, em ponderação e limitação do aduzido direito potestativo de dispensar, baseado em interpretação literal e absoluta da livre iniciativa e direito de propriedade.

Entender de forma diversa é ignorar a finalidade da norma constitucional, a vontade do constituinte e a realidade fática, social e econômica que abrange o emprego, a dispensa imotivada e seus efeitos na sociedade e na vida do trabalhador e de sua família.

Assim sendo, a força normativa do art. 7º, I, da CF, sua aplicabilidade imediata e eficácia horizontal subjetiva atrelada à interpretação feita ao art. 10, do ADCT, bem como a incidência dos princípios da função social do contrato, da boa-fé e os deveres anexos de conduta, nos impulsiona a concluir que o empregado tem o direito fundamental à motivação de sua dispensa e, caso haja negativa por parte do empregador; pode o empregado, titular de direito fundamental, exigir através do poder Judiciário, no caso concreto, que o empregador se abstenha de o dispensar imotivadamente ou a motive.

Trata-se de utilização dos instrumentos adequados e já existentes de hermenêutica, ponderando os valores e preceitos constitucionais e internacionais de forma razoável e proporcional, aplicando os preceitos contratuais vigentes, e sopesando interesses econômicos mas com a prevalência da defesa dos direitos fundamentais do cidadão trabalhador.

A valorização dos direitos fundamentais e sua efetiva aplicabilidade no ordenamento jurídico reafirma o Estado Democrático de Direito e a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana. O contrato justo equilibra a velha balança capital-trabalho e mantém uma ordem econômica livre com a função solidarista - constitucional de promoção da dignidade da pessoa humana.

A conjugação destes valores nos permite concluir que a dispensa é permitida mas condicionada à motivação pelo empregador.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São paulo: Malheiros, 2008.

AGUIRRE, João Ricardo Brandão; BARROS, André Borges. Direito Civil, volume 4. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2012.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1102, 8 jul. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8613>. Acesso em 24 mar. 2014.

ALMEIDA, Renato Rua de. Proteção contra a despedida arbitrária. Disponível em: <[http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/renato\\_rua\\_almeida/renato\\_rua\\_protecao\\_contra\\_despedida.pdf](http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/renato_rua_almeida/renato_rua_protecao_contra_despedida.pdf)> 2011. Acesso em 20 fev. 2014.

ARISTÓTELES. Ética à Nicômaco. São Paulo. Nova Cultural: 1996. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19473/equidade-como-instrumento-de-integracao-de-lacunas-no-direito/4#ixzz2wuKypa2h>>. Acesso em 24 mar. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. 2011. Acesso em 02 fev. 2014.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. Os princípios do Direito do Trabalho e os direitos fundamentais do trabalhador. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 40, abr 2007. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=artigos\\_leitura\\_pdf&artigo\\_id=1773](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=1773)>. Acesso em 22 Mar 2014.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 1 ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5414](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414)>. Acesso em 27 mar. 2014.

COSTA, Fernando Nogueira. Movimentos Sem Direção: Ataques ao Estado Democrático. <<https://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2013/06/21/>> 21.06.2013. Acesso em 14. Mar. 2014.

DELGADO, Jose Augusto. A ética no novo Código Civil. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/informativo/article/viewFile/314/299> > 2003. Acesso em 24 mar. 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do trabalho*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso e Direito Civil*. VI 4. 3ª ed. Salvador: Juspodium, 2013.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adílson Abreu. *Processo administrativo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. Apud Min.Ricardo Lewandowski (RE 589.998).

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. O princípio da proibição de retrocesso social. Breves considerações. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2059, 19 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12359>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

FROTA JÚNIOR, George Newton Cysne. A boa-fé objetiva no combate da lesão contratual. Disponível em: <[http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi\\_encontro/BOA-FE\\_OBJETIVA\\_NO\\_COMBATE\\_A\\_LESAO\\_CONTRATUAL.pdf](http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/BOA-FE_OBJETIVA_NO_COMBATE_A_LESAO_CONTRATUAL.pdf). > 2013. Acesso em 10 mar. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em:<<http://http://jus.com.br/revista/texto/12921>><<http://jus.com.br/revista/texto/12921>> Acesso em 10 dez. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. v.3. 6.ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONTIJO, Patrícia Maria Oliva. Boa-fé objetiva: deveres anexos e pós-eficácia das obrigações. Disponível em: [www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/download/45/37](http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/download/45/37). 2010. Acesso em 07 dez. 2013.

HENTZ, André Soares. Os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade no Código Civil de 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9221/os-principios-da-etividade-da-socialidade-e-da-operabilidade-no-codigo-civil-de-2002#ixzz2wG0Lmdag>> Acesso em 17 mar. 2014.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez Luño. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Convenção 158 da OIT. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5820>>. Acesso em 18 abr. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil, v. 4: processo cautelar. 6. ed. São Paulo: RT, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo Regime das Relações Contratuais. 6 ed. São Paulo: RT, 2011.

MATOS, Marilene Carneiro. Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade Imediata. Disponível em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/9549/direitos\\_garantias\\_matos.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/9549/direitos_garantias_matos.pdf?sequence=1)> Acesso em 30 nov. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, João. Disponível em <http://professorjoaomendes.com.br/blog/?p=262>. 06.03.2013. Acesso em 29 nov. 2013.

Miguel Reale. O projeto do novo código civil. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 3 ed. Rev e atual. Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: Método, 2009.

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional. 12. Ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

PORTO, Lorena Vasconcelos. A Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho e o direito brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2091, 23 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12501>>. Publicado em 03.2009. Acesso em 5 dez. 2013.

RAMOS, Adriana Monteiro. da falta de normatividade constitucional à judicialização e ao ativismo judicial. <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/74/73>. 2010. Acesso em 01 abr. 2014.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil. Revista dos Tribunais n. 752. Ano 1998.

REINEHR, Rosemeri. Os princípios orientadores do novo Código. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13183&revista\\_caderno=7](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13183&revista_caderno=7)>. Acesso em 17 mar. 2013.

REZEK, Jose Francisco. Direito Internacional Público. 12ª ed. 2010. Saraiva. São Paulo.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 13 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto de crise. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre: 2004.

\_\_\_\_\_ A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_ Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artig\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artig_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf). Acesso em 29 nov. 2013.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2.ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_ Comentário contextual à Constituição Federal - 2005, São Paulo: Malheiros.

SILVA, Queops de Lourdes Barreto Silva. A aplicabilidade imediata e a eficácia dos direitos fundamentais sociais. <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-aplicabilidade-imediata-e-a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-sociais,40230.html>  
Acesso em: 18 abr. 2014.

SIQUEIRA E PICCIRILLO, em Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho Dirceu Pereira Siqueira, BELINATI PICCIRILLO, Miguel, disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5414](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414)>  
Acesso em 27 mar. 2014.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5414](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414)>  
Acesso em 23 mar. 2014.

TARSO, Ministro Paulo de. Disponível em : <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108925](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108925)>. 2013. Acesso em 10 mar. 2014.

TARTUCE, Flavio. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. Disponível em: <[www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce\\_bfofamilia.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_bfofamilia.doc)> 2005. Acesso em 17 mar. 2014.

TAVARES, Andre Ramos. Curso de Direito Constitucional. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Função Social dos Contratos . Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wp/wpcontent/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>. 2012. Acesso em 07.12.2013.

VENOSA, Silvio Salvo. Direito Civil. Teoria das Obrigações e Teoria Geral do Contratos, vol. 2. São Paulo: Atlas, 2005.

VIEGAS, Carlos Alberto Carmo. Convenção 158 da OIT- Breves considerações sobre sua aplicabilidade e consequências. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n.

77, jun 2010. Disponível em:  
<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7936](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7936)> Acesso em 05 abr. 2014.



## **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 subseqüentes 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 causas 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 términos 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 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 conseqüências

adversas de todos os términos 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 términos 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 términos previstos, o número e as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual serão efetuados esses términos.

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 porcentagem 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."