

LIMITAÇÃO DO PODER DE DESPEDIR - ANÁLISE DA EFETIVIDADE DO ARTIGO 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL MEDIANTE O PRISMA DOS PRINCÍPIOS VIGENTES

Luiz Eduardo de Gouveia

Graduado em Direito pelo UNIFOR-MG

Ana Flávia Paulinelli Rodrigues Nunes

Docente do curso de Direito do UNIFOR-MG

RESUMO

A proibição da despedida arbitrária ou sem justa causa está prevista no art. 7º, I, da Constituição da República. Ocorre que existe uma divergência jurisprudencial e doutrinária em relação à sua aplicabilidade, tendo em vista que a própria Constituição determinou que a regulamentação da matéria fosse feita por Lei Complementar, a qual ainda não foi criada, mesmo 22 anos depois da promulgação da Constituição Federal de 1988. A dispensa, seja ela individual ou coletiva, é sempre uma situação conflituosa. De um lado, existe o empregador, com seu direito potestativo de rescindir o contrato de trabalho, de outro, o empregado, em posição de hipossuficiência, mas protegido por normas que buscam colocá-lo em posição de igualdade, tais como os princípios da nova ordem constitucional, quais sejam, valor social do trabalho, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da boa-fé, princípio da valorização do trabalho humano, entre outros. Diante da importância do tema, o objetivo do presente artigo é analisar se ainda existe, no Brasil, a possibilidade da dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Palavras-chave: Despedida arbitrária. Princípio da boa fé. Eficácia horizontal. Direito potestativo.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho é um dos bens mais preciosos do homem, uma vez que possibilita uma vida digna ao trabalhador e à sua família.

Desde a antiguidade, a visão sobre o trabalho passou por grande evolução. *A priori*, o trabalho possuía um sentido material, o que fez o homem perder posse de si mesmo, gerando a escravidão. O trabalho encerrava valores penosos e desprezíveis. A partir do Renascimento, veio a dignificação do trabalho, que passou a ser visto como ato de vontade livre do homem que traduz o valor e a personalidade de quem o executa. O trabalho passa a atuar como meio de subsistência e de acesso à sociedade, além de exercer uma função social.

Nesse contexto, o Papa Leão XIII, ao dispor sobre as condições dos operários, na Encíclica *Rerum Novarum*, 1891, expõe: "O trabalho deve ser considerado, na teoria e na prática, não mercadoria, mas um modo de expressão direta da pessoa humana. Para a grande maioria dos homens, o trabalho é a única fonte dos meios de subsistência".

Com as mudanças de paradigmas, o trabalho passa a ser visto como uma das mais importantes atividades do ser humano. Em decorrência disso é que a Constituição da República Brasileira passa a ter como um de seus axiomas, a valorização do trabalho humano.

Sendo assim, o ordenamento jurídico brasileiro, por meio de normas e princípios, passa a vedar a dispensa abusiva.

A proibição da despedida arbitrária ou sem justa causa está prevista no art. 7º, I, da Constituição Federal. Ocorre que existe uma divergência jurisprudencial e doutrinária em torno de sua aplicabilidade imediata, tendo em vista que a própria Constituição determinou que a regulamentação da matéria deveria ser feita por Lei Complementar, a qual ainda não foi criada, mesmo 22 anos depois da promulgação da Constituição Federal de 1988.

O tema "dispensa do trabalhador", em qualquer país do mundo, é sempre espinhoso, afinal sobejam argumentos de ambos os lados defendendo seus direitos e apresentando suas razões, chegando por vezes à situação paradoxal, mas não incomum na ciência jurídica, de que os dois lados têm razão, havendo, assim, necessidade de se fazer uma ponderação de valores na solução da lide.

Nesse sentido, o objetivo deste artigo é, portanto, demonstrar que não subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador de dispensa arbitrária ou sem justa causa. Assunto que voltou à tona, diante da crise mundial no final do ano de 2008.

2 DA DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA

Muito se tem discutido na doutrina e também na jurisprudência, sobre a proteção ao emprego, no ordenamento jurídico brasileiro. De um lado, uma corrente defendendo que na ordem jurídica, devido à falta de regulamentação por lei complementar do artigo 7º, inciso I da Constituição Federal, a proteção se restringe apenas ao estipulado no art. 10, I, do ADCT, in verbis:

"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 5.107, de 13 de setembro de 1966; (VADE MECUM, 2010)".

Insta salientar que a citada Lei 5.107/96 foi revogada. A matéria relativa à indenização por despedida arbitrária passou a ser regulamentada pela Lei 8.036/90, conhecida como Lei do FGTS, que prevê que o valor a ser pago ao trabalhador dispensado será de 40% (quarenta por cento) sobre o depósito feito pelo empregador.

De outro lado tem-se uma segunda corrente, a qual se adota nesse artigo, que defende a idéia de que a não regulamentação do citado art. 7º, I, da Constituição da República, não afasta a aplicabilidade da proteção ao emprego, que está inserida também em outros dispositivos da Carta Maior. Pois, como defendia Montesquieu (1973), é preciso ter em conta o "Espírito das Leis", e, não resta dúvida de que a razão de ser da proteção constitucional insculpida no citado artigo, não é outro, senão o de preservar o trabalhador, para que não seja arbitrariamente dispensado.

Dispõe o art. 7º, I, da Constituição da República que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais: "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos." (VADE MECUM, 2010).

Para melhor entendimento da matéria, mister se faz conceituar o que seria dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Diante da inércia do legislador em regulamentar a matéria, necessário se faz recorrer à analogia, utilizando-se o conceito do art. 165 da CLT, que definiu a dispensa arbitrária como sendo a que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico e financeiro.

Nesse sentido, explica Gilberto Augusto Martins citado por Silva e Saladini:

"Não se baseando a dispensa em mau aproveitamento do empregado (motivo técnico), em comportamento inadequado (motivo disciplinar) ou se não vier fundamentada em questões de ordem estrutural da própria empresa (motivo econômico ou financeiro), restaria caracterizada a dispensa arbitrária". (MARTINS Martins, 2008 *apud* SILVA; SALADINI, 2010)

Assim sendo, a dispensa arbitrária é aquela absolutamente imotivada, a qual é o objeto de discussão do presente artigo.

3 APLICABILIDADE DO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL FRENTE AOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À DISPENSA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA

As leis são expedidas, formalmente, obedecendo a uma ordem axiológica, temática e estrutural, conforme sua ordem de primazia. Assim é também na Constituição da República, que no seu Título I, dos artigos 1º ao 4º, trata dos Princípios Fundamentais, ou seja, aqueles que são fundamentos do Estado Brasileiro. Já, no seu título II, dos artigos 5º ao 17º, discorre sobre o que se considera "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", englobando nesses artigos aquelas matérias que devem ser de observância e obediência da parte de todos, seja do próprio Estado, seja dos particulares.

Pois bem, o citado artigo 7º da Constituição da República está inserido na categoria "Dos Direitos Sociais" e, portanto, integra as garantias fundamentais. Assim, como corolário, tem-se que a tutela contra a dispensa arbitrária possui natureza jurídica de norma constitucional que visa à proteção do emprego contra dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Defender que a ausência de lei complementar inviabiliza a instrumentalização dessa proteção é apequenar a Constituição e seus fundamentos. É colocar maior poder nas mãos dos representantes do Poder Constituinte Reformador, do que o tinham aqueles representantes do Poder Constituinte Originário, responsáveis pela fundação do Estado Democrático de Direito.

Pode-se dizer que o legislador constitucional tenha trabalhado mal em não deixar já disciplinado a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Agiu mal por vários motivos, tais como: importância do tema e seus reflexos em toda sociedade. Nunca poderia ser deixada a solução para depois. Isso evitaria prejuízos ao trabalhador, além do inevitável abalo da segurança jurídica, diante da divergência doutrinária e jurisprudencial em torno da matéria.

Mais um motivo seria que ao relegar a matéria para competência do legislador ordinário, não levou em consideração que esse está mais próximo do eleitorado e dos famigerados "colaboradores" de campanha. Assim, poderia, em tese, defender interesses da classe trabalhadora, de modo arbitrário e sem levar em conta argumentos válidos do empregador para a dispensa, ou então, e aqui se tem o mais provável, poderia defender os interesses dos empresários e ignorar completamente o pleito dos trabalhadores.

Outra razão seria que não previu que sua omissão poderia gerar ainda mais controvérsias, num campo já controvertido por natureza que é a relação trabalhador x empregador. Se no momento da promulgação da Constituição da República, já se falava em "despedida arbitrária" é porque se tinha o conhecimento de que tal situação fática ocorria no dia a dia e, portanto, não poderia ter submetido a proteção à reserva de lei complementar cuja discussão poderia se prolongar *ad infinitum*.

Não obstante tenha havido a inércia do legislador em regulamentar o tema aqui tratado, certo é que a Constituição uma vez promulgada adquire "vida própria", desvincula-se de seus agentes que lhe deram "corpo", ganha "alma" e ao se tornar ente independente se faz maior, muito maior, que o legislador constitucional. Deste modo, se este foi infeliz no seu múnus, aquela deve ainda assim proteger, amparar e garantir o bem de todos que lhe são subordinados.

Desde o final do século XX, o direito passou a ter como fundamento os valores que informam o ordenamento jurídico, operando os princípios como ideias fundamentais que adquiriram caráter normativo. O que se prega, não é uma negativa das regras jurídicas, mas, sim que a sua criação, interpretação e aplicação sejam orientadas e guiadas por princípios.

Mesmo que se entenda que o art. 7º, I, da Constituição da República é uma norma de eficácia limitada, ainda assim, é necessário que a análise da situação se faça de acordo com os princípios aplicáveis.

Entender de modo contrário seria colocar o trabalhador sempre na iminência de perder o emprego, impossibilitando-o de exigir a observância dos direitos já assegurados, o que

restringiria de forma direta a efetividade do ordenamento jurídico. Nesse sentido, expõe Antonio Mara Vieira Loguercio *apud* Silva e Saladini,

"nenhum dos direitos assegurados no art. 7º da Constituição Federal, ou os previstos na legislação trabalhista ordinária, possui eficácia enquanto não contemplada a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. O trabalhador, com justa razão, desiste de qualquer outro direito para assegurar o posto de trabalho." (LOGUÉRCIO, 2008 *apud* SILVA e SALADINI 2010).

Na própria Constituição da República, há vários outros dispositivos que permitem inferir a proteção contra a dispensa imotivada, como no art. 1º, III - dignidade da pessoa humana, elevado à categoria de princípio fundamental; art. 3º, I- construção de uma sociedade justa e solidária, III- erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; art. 6º e art. 7º que tratam sobre os direitos sociais, que também são fundamentais; art. 170 que prevê que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os princípios da justiça social, devendo ser observados: III- função social da propriedade, não sendo a empresa ou estabelecimento outra coisa que não propriedade e como tal deverá realizar sua função social, VII- redução das desigualdades regionais e sociais, e, aqui, tem-se uma repetição do inciso III, artigo 3º.

Além dos dispositivos constitucionais, há também, na legislação infraconstitucional, outros princípios cabíveis.

Neste viés, destaca-se o princípio da proteção que é fundamental na relação de emprego, sendo o mais importante. Dele derivam grande parte dos princípios aplicáveis à matéria em questão, tais como o princípio da boa-fé nos contratos de trabalho, da função social do contrato de trabalho, da continuidade das relações de emprego, da justificação da terminação do contrato de trabalho, dentre outros.

Assim, a interpretação do sistema jurídico vigente deve-se dar em consonância com estes princípios, para que o ordenamento atinja seus fins específicos.

Até mesmo pela falta de regulamentação, deverá ser garantida a efetividade desse direito fundamental social, obrigando-se o empregador a se pautar nos valores da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, conforme arts. 187 e 422 do Código Civil.

A boa fé no direito do trabalho implica no dever de lealdade mútua. O empregador tem que respeitar o empregado como pessoa, agir dentro dos limites estipulados pelas normas, respeitando, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana.

Barros, ao tratar do princípio da boa fé nas relações de trabalho, ensina que:

O fundamento da boa-fé consiste em opor valores éticos com o objetivo de evitar os perigos de uma interpretação excessivamente positivista do ordenamento jurídico. [...] O direito do empregado de não ser discriminado e o direito à dignidade guardam coerência com os valores pessoais e morais, que estão acima dos direitos patrimoniais envolvidos nessa relação contratual. (BARROS, 2010, p. 188)

A inobservância do princípio da boa-fé e seus deveres anexos pelo empregador, no momento da dispensa, torna a dispensa abusiva e, portanto, ilícita, sendo passível de indenização para reparar o dano.

Sendo assim, o magistrado não precisa ficar limitado à aplicação do art. 10 da ADCT, que prevê a condenação da multa de 40% sobre o saldo do FGTS, nos casos de dispensa arbitrária ou sem justa causa, uma vez que existem vários princípios aplicáveis e que podem ensejar outras soluções para o caso.

Como já dito anteriormente, o que se defende não é uma cassação arbitrária do direito do empregador em gerenciar seu empreendimento, mas apenas que ocorra quando houver motivo financeiro, técnico, econômico ou disciplinar.

4 CONCLUSÃO

Não há dúvida de que a regulamentação do artigo 7º, I, da Constituição da República traria maior tranquilidade ao trabalhador, além de evitar a procura da Justiça para que se reconheça, através de provimento jurisdicional, o que já deveria estar regulamentado na legislação vigente. Importaria em ganho de tempo e satisfação do trabalhador, além de contribuir para o desafogamento do Poder Judiciário.

Não obstante, conforme dito ao longo de todo este trabalho, a falta de regulamentação do artigo 7º, I, da CF/88, não deve ser empecilho para que se busque dar ao trabalhador uma proteção contra dispensa arbitrária e sem justa causa. Afinal, pela interpretação sistemática da Lei Maior, é inquestionável que há em outros dispositivos e mesmo no "espírito" da Constituição Federal o desejo de colocar a salvo a relação de emprego.

No entanto, pode-se concluir que não mais persiste o direito potestativo absoluto do empregador em dispensar o empregado, uma vez que tal ato está limitado pelo direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

O que se defende não é a estipulação de uma estabilidade determinada pelo art. 7º da Constituição Federal, mas sim que a ruptura do contrato de trabalho seja permitida, mas desde que se faça em consonância com as normas e princípios constitucionais vigentes, sob pena de ser considerada abusiva.

Enxergar a relativização do poder potestativo do empregador é dar efetividade aos princípios fundamentais da Constituição e estar em harmonia com o atual estágio evolutivo da ciência jurídica.

É preciso pensar na relação "trabalhador x empregador" não apenas no âmbito econômico, mas principalmente social. E, é nessa linha que é importante a aplicação do direito em consonância com os princípios, afim de que se atenda ao bem comum da sociedade, e, especificamente nessa matéria, a fim de se evitar que o homem seja tratado como objeto, assim como o foi no passado.

REFERÊNCIAS

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

ALMEIDA, Cleber Lúcio de Almeida. Princípios de Direito Processual do Trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, 2009, v. 2, n. 2, p. 169-178, abr. 2010.

ALMEIDA, Renato Rua. Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa? **Revista LTr**, São Paulo, 2009, v. 73, n. 4, p.391-393, abr. 2009.

BARROS, Alice Monteiro de, **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BIBLIA. Gênesis. Bíblia Sagrada. São Paulo: Ave Maria, 2008. Gênesis 2, vers. 15.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2009.

BRIÃO, Andréa. Proteção do trabalho frente às dispensas coletivas. **Revista LTr**, São Paulo, v. 74, n. 4, p.425-434, abr. 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2005.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O Direito à Negociação Coletiva e as Despedidas em Massa. Os deveres de Participação do Sindicato Profissional nas Tratativas Prévias e de Atuação das Partes Segundo a Boa-Fé. **Revista LTr**, São Paulo, v. 74, n. 4, p. 435-453, abr. 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORAES FILHO, Evaristo; MORAES, Antonio Carlos Flores. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2000.

RUSSEL, Bertran. **Perpectivas da Civilização Industrial**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

SCHNELL, Fernando. Abuso de direito na despedida arbitrária - a incidência do art. 187 do Código Civil na despedida arbitrária como forma de efetivação do direito à segurança no emprego previsto no inciso I do art. 7º da Constituição Federal. **Revista LTr**, São Paulo, v. 74, n. 4, p. 454-463, abr. 2010.

SILVA, Antonio Álvares. **Proteção Contra a Dispensa na Nova Constituição**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Cristiane de Melo M. S. Gazola; SALADINI, Ana Paula Sefrin. Da limitação do poder de despedir - a aplicação do art. 7º, I, da Constituição Federal aos casos de despedida abusiva de empregados portadores de doenças não ocupacionais. **Revista LTr**, São Paulo, v. 74, n. 2, p. 242-250, fev. 2010.

STURMER, Gilberto. Proteção à relação de emprego: promessa, efetividade de um direito social em crise. **Revista LTr**, São Paulo, v. 73, n. 11, p.1334-1339, nov. 2009.

VADE MECUM. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.