

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

LUANA CASPARI

**A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO E
A POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO CONTRATUAL SEM MOTIVAÇÃO**

**SÃO LEOPOLDO
2017**

Luana Caspari

A (In)compatibilidade entre o Direito Fundamental ao Trabalho e a Possibilidade de
Extinção Contratual sem Motivação

Dissertação apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de Mestre
em Direito Público, pelo Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos -
UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

São Leopoldo

2017

C342i

Caspari, Luana

A (In)compatibilidade entre o direito fundamental ao trabalho e a possibilidade de extinção contratual sem motivação / Luana Caspari -- 2017.

133 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2017.

Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira.

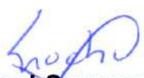
1. Direito do Trabalho. 2. Direito fundamental - Trabalho. 3. Dignidade da pessoa humana. 4. Contrato de trabalho. 5. Função social. 6. Extinção contratual. 7. Motivação. I. Título. II. Teixeira, Anderson Vichinkeski.

CDU 34:331

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO E A POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO CONTRATUAL SEM MOTIVAÇÃO**" elaborada pela mestranda **Luana Caspari**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 01 de setembro de 2017.


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

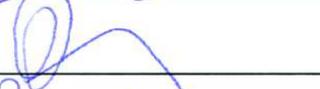
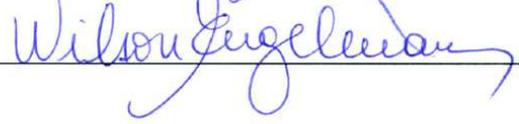
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

Membro: Dra. Luciane Cardoso Barzotto

Membro: Dr. Wilson Engelmann

A Deus, meu melhor companheiro.

AGRADECIMENTOS

A minha família, por ter me incentivado sempre a estudar e a buscar o meu melhor e por ter me proporcionado a realização do presente trabalho.

Ao Rafael Kaspary, pelo encorajamento em momentos difíceis e por ter se mostrado compreensivo durante esse período, me auxiliando em todas as vezes que precisei.

Ao meu professor orientador, Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira, pelos ensinamentos e orientações.

Aos meus amigos, sendo seu auxílio, amizade e força deveras importante, e especialmente por entenderem a minha ausência.

No reino dos fins tudo tem ou bem um *preço* ou bem uma *dignidade*. O que tem preço, em seu lugar também se pode pôr outra coisa, enquanto *equivalente*; mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo, por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma dignidade.¹

¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009. p. 265. (Coleção Philosophia).

RESUMO

Os direitos de segunda dimensão, especialmente os direitos dos trabalhadores, foram conquistados com o passar dos anos por meio de incessantes e reiteradas lutas da classe trabalhadora. Esses direitos foram aos poucos sendo constitucionalizados e hoje estão consagrados como direitos fundamentais na Constituição Federal da República. O direito de acesso ao trabalho constitui-se em instrumento de realização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual fundamenta todo o ordenamento jurídico. A Constituição Federal de 1988 elencou o princípio da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa entre os fundamentos da República, o que denota a sua importância. A dignidade, sob essa análise, não pode ser realizada sem que haja o reconhecimento do trabalho e do seu valor social. A livre iniciativa, por sua vez, somente é devidamente exercida, de acordo com a função social almejada, quando observada a dignidade da pessoa humana e quando de acordo com o valor social do trabalho. O trabalho é fundamental para assegurar as condições materiais do viver do próprio trabalhador, de sua família e de toda a comunidade a quem é endereçada a produção de bens e serviços resultantes do trabalho humano. Assim, os contratos laborais devem primar pela proteção e pela continuidade das relações de trabalho para que atinjam, efetivamente, a sua função social. Nesse contexto, o rompimento do contrato de trabalho por meio de despedida arbitrária ou sem justa causa é completamente incompatível com o direito constitucional fundamental ao trabalho, motivo pelo qual o poder diretivo do empregador deve ser limitado para que as despedidas unilaterais somente possam ser efetivadas mediante justificativa plausível para tanto.

Palavras-chave: Direito fundamental ao trabalho. Dignidade da pessoa humana. Contrato de trabalho. Função social. Extinção contratual. Motivação.

ABSTRACT

Rights of second dimension, especially workers' rights, have been won over the years through relentless and repeated struggles of the working class. These rights were slowly being constitutionalised and today are enshrined as fundamental rights in the Federal Constitution of the Republic. The right of access to work constitutes an instrument for the realization of the principle of the dignity of the human person, which underlies the entire legal system. The Federal Constitution of 1988 listed the principle of the dignity of the human person, the social values of work and free initiative among the foundations of the Republic, which denotes its importance. Dignity, under this analysis, can not be realized without the recognition of work and its social value. The free initiative, in turn, is only properly exercised, according to the social function sought, when observed the dignity of the human person and when in accordance with the social value of work. Work is fundamental to ensure the material conditions of the living of the worker himself, his family and the entire community to which the production of goods and services resulting from human labor is addressed. Thus, labor contracts must be based on the protection and continuity of labor relations in order to effectively achieve their social function. In this context, disruption of the employment contract by means of arbitrary or unjustified dismissal is completely incompatible with the fundamental constitutional right to work, which is why the employer's executive power must be limited so that unilateral dismissals can only be effected through Justification plausible for both.

Keywords: Fundamental right to work. Dignity of human person. Contract of work. Social role. Extinction under contract. Motivation.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO DO TRABALHO..... | 15 |
| 2.1 Breve Histórico sobre a Evolução dos Direitos Fundamentais | 16 |
| 2.1.1 Os Direitos Fundamentais e suas Três Dimensões | 16 |
| 2.1.2 O Surgimento do Estado Liberal | 19 |
| 2.2 Direitos Fundamentais de Segunda Geração: os Direitos Sociais | 24 |
| 2.2.1 O Aparecimento dos Direitos Sociais | 24 |
| 2.2.2 Os Direitos Sociais dos Trabalhadores | 28 |
| 2.3 Os Direitos Sociais nas Constituições Brasileiras..... | 35 |
| 2.3.1 A Constituição de 1824 | 38 |
| 2.3.2 A Constituição de 1891 | 40 |
| 2.3.3 A Constituição de 1934 | 41 |
| 2.3.4 A Constituição de 1937 | 43 |
| 2.3.5 A Constituição de 1946 | 44 |
| 2.3.6 A Constituição de 1967 | 45 |
| 2.3.7 A Constituição de 1988 | 46 |
| 2.4 Os Direitos dos Trabalhadores como Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988 | 48 |
| 3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL E O CONTRATO DE TRABALHO | 54 |
| 3.1 A Função Social do Contrato de Trabalho | 60 |
| 3.2 O Direito ao Trabalho como Instrumento de Realização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana | 66 |
| 3.3 Os Princípios da Proteção e da Continuidade da Relação de Emprego | 78 |
| 3.3.1 O Princípio da Proteção | 79 |
| 3.3.2 O Princípio da Continuidade da Relação de Emprego | 81 |
| 4 A NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA EXTINÇÃO CONTRATUAL..... | 84 |
| 4.1 A Estabilidade, suas Formas e Contornos Jurídicos..... | 84 |
| 4.2 A Convenção 158 da OIT e sua Relação com o Direito do Trabalho Brasileiro | 95 |
| 4.2.1 A Organização Internacional do Trabalho | 95 |
| 4.2.2 A Convenção nº 158 da OIT | 102 |

| | |
|---|------------|
| 4.3 A (In)compatibilidade entre o Direito Fundamental ao Trabalho e a Possibilidade de Extinção Contratual sem Motivação: o Poder Diretivo do Empregador e suas Limitações - Proteção Contra a Despedida Arbitrária ou sem Justa Causa | 109 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 122 |
| REFERÊNCIAS..... | 125 |

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo vincula-se à linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos. A abordagem realizada possui relação direta com a efetiva interpretação e concretização de direitos, visto que os direitos sociais, especialmente os direitos trabalhistas, estão previstos na Constituição Federal de 1988 e são caracterizados como direitos fundamentais.

Inserir-se a investigação no quadro do debate contemporâneo sobre o reconhecimento, a proteção e a consagração do direito fundamental ao trabalho, que está na base das constituições democráticas modernas. Busca-se demonstrar a incompatibilidade entre o direito constitucional de acesso ao trabalho e a possibilidade de o empregador rescindir contratos de trabalho de forma arbitrária ou sem justa causa, através de uma reflexão teórica e prática, ou seja, entre o direito posto e os problemas reais que afetam a sociedade e os indivíduos.

O tema central do trabalho consiste, portanto, na incompatibilidade entre o direito fundamental ao trabalho, previsto na Constituição Federal, e a possibilidade de extinção contratual sem motivação por parte do empregador, visto que a rescisão unilateral, de forma arbitrária ou sem justa causa vai de encontro à proteção e à dignidade do trabalhador.

Em decorrência da atual situação do mercado de trabalho brasileiro, na qual se presencia um cenário de crise da economia e, conseqüentemente, de crise dos direitos trabalhistas e de perda de empregos, precisa-se resgatar a importância dos contratos de trabalho com o viés de contratos de trato sucessivo, que perduram no tempo, não se esgotando mediante a realização de um simples ato. A relação de trabalho não pode ser efêmera, pressupõe uma vinculação que se prolonga e que assim caracteriza certa estabilidade e segurança.

Pretende-se demonstrar que a atual legislação não efetiva a proteção prevista no artigo 7º, I, da Constituição Federal, no que tange à criação de direitos que visem a proteção da relação de emprego, pois a lei complementar aludida no artigo ainda não foi criada. Enquanto isso os empregados são surpreendidos diariamente com a rescisão dos seus contratos de trabalho mediante simples e insuficiente indenização compensatória prevista no artigo 10, I, do ADCT, mais conhecida como multa de 40% do FGTS.

Assim, em um contexto histórico, social e econômico, buscar-se-á demonstrar, como ponto fulcral e problema da pesquisa, que a possibilidade existente na legislação atual do empregador rescindir contratos de trabalho de forma arbitrária ou sem justa causa mediante irrisória indenização compensatória viola o direito fundamental constitucionalmente garantido de acesso ao trabalho e impossibilita a existência digna dos trabalhadores.

A partir desses fundamentos e do problema proposto foi fixado o objetivo geral para o trabalho de demonstrar a necessidade de limitar o poder diretivo do empregador através da criação de lei complementar que elenque e garanta direitos com o intuito de proteger a relação de emprego, a fim de preservar, especialmente, o empregado hipossuficiente contra a despedida arbitrária ou sem justa causa e ver o seu direito fundamental de acesso ao trabalho garantido de forma plena.

Além disso, foram fixados os seguintes objetivos específicos: discorrer brevemente sobre a afirmação histórica, no Brasil, do Constitucionalismo Social em contraposição ao Constitucionalismo Liberal, abordando a luta histórica relacionada à consolidação do capitalismo e o surgimento dos direitos trabalhistas; destacar a importância dos direitos trabalhistas, visto que elencados como direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988; demonstrar que o direito de acesso ao trabalho é instrumento para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana; demonstrar que a função social do contrato de trabalho só pode ser atingida quando o contrato for interpretado de forma a adequar interesses de três distintas órbitas: empregado, empregador e Estado; identificar e analisar a incompatibilidade entre o direito de acesso ao trabalho e a possibilidade de extinção contratual desmotivada, e instigar a necessidade de impor limites ao poder diretivo do empregador no que diz respeito ao poder de demitir os funcionários por mera liberalidade.

Adota-se como referencial teórico no presente trabalho, diversos autores, nacionais e estrangeiros, na área do Direito Constitucional, na área da Sociologia, passando por autores que tratam do estudo do Direito do Trabalho de forma mais específica, buscando sempre relacionar abordagens de uns e de outros que encontram pontos de interseção.

Nesse contexto, o trabalho será desenvolvido em três capítulos principais.

Inicia-se o trabalho com uma abordagem acerca da história e da evolução dos direitos fundamentais com destaque para os direitos sociais, especialmente para os

direitos trabalhistas, que ocupam uma posição particular e especial na história constitucional brasileira.

Tem-se como objetivo neste capítulo descrever de maneira breve a evolução do Estado ao longo da história, passando pelo modelo do Estado Liberal do século XIX, individualista e não intervencionista, pelo modelo do Estado Social, no qual há a prevalência da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e o surgimento dos direitos fundamentais sociais, numa clara mudança de paradigma, demonstrando-se nesse modelo de Estado do bem-estar social que os interesses sociais devem se sobrepôr aos interesses individuais, chegando ao Estado Constitucional, voltado especialmente à efetivação das garantias e direitos fundamentais positivados na Constituição, onde é obrigação do Estado tutelar os direitos dos cidadãos.

Parte-se da premissa de que os direitos sociais em geral são direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, o que os torna normas de aplicabilidade imediata e vinculativas dos órgãos estatais.

No segundo capítulo, faz-se uma análise do princípio da função social dos contratos, especialmente dos contratos de trabalho, visto que o contrato de trabalho se diferencia dos demais. Todos os contratos de natureza diversa da natureza trabalhista comprometem a pessoa dos contraentes e tem por objeto uma atividade humana. O objeto do contrato é geralmente uma coisa ou uma prestação definida antecipadamente, não sendo o próprio devedor a “matéria” do compromisso. Nos contratos de trabalho, diferentemente, a execução do contrato ocorre por meio da efetivação do domínio adquirido pelo empregador sobre o corpo do trabalhador. O trabalhador não adquire, em momento algum, o direito sobre a coisa trabalhada.

Nesse contexto, o princípio da dignidade deve permear os contratos de trabalho, pois não se trata de fim almejado, mas de própria condição do viver, a ser respeitada, protegida e promovida.

Passa-se, portanto, à uma análise da Constituição Federal de 1988, a qual destaca em seu artigo 3º, inciso I, que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e igualitária, requisitos essenciais de garantia da dignidade humana. Em seu artigo 170, reporta-se ao conceito de dignidade quando refere que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos

existência digna. Ainda, em seu artigo 193, firma a dimensão social como uma das dimensões essenciais da dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, a existência digna está intimamente atrelada ao princípio da valorização do trabalho humano e à efetivação do direito fundamental de acesso ao trabalho. A interpretação pura e simples desses dispositivos esclarece que a livre iniciativa somente será lícitamente exercida quando observada a dignidade da pessoa humana. A livre iniciativa, assim, deve atingir uma função social, deve atuar de acordo com o valor social do trabalho. Este valor social deve ser preservado e protegido, pois é o trabalho quem gera a riqueza necessária para que a livre iniciativa possa, por si, operar e atingir, também, seu valor social, ou seja, tornar-se socialmente útil à sociedade em geral e não apenas ao mercado e ao capital.

Demonstra-se que a dignidade, embora não se confunda com “trabalho”, não pode ser realizada sem que haja o reconhecimento do trabalho e do seu valor social, visto que o trabalho é fundamental para assegurar as condições materiais do viver do próprio trabalhador, de sua família e de toda a comunidade a quem é endereçada a produção de bens e serviços resultantes do trabalho humano.

Ainda, aborda-se rapidamente neste capítulo, dois princípios informadores do Direito do Trabalho, que são os princípios da proteção e da continuidade das relações de emprego, que se traduzem na necessidade de proteger a continuidade dos contratos trabalhistas e criar uma certa estabilidade que impere nas relações de trabalho. É, em verdade, fazer com que o empregado fique “adendo” ao organismo empresarial e que nele prossiga enquanto este durar e enquanto houver uma possibilidade mínima de prosseguimento. Nesta senda, o princípio da continuidade e tutela de permanência no emprego aparece como uma das máximas realizações do princípio da proteção.

No terceiro e último capítulo aborda-se a importância da necessidade de motivação para a ocorrência das extinções contratuais, em atenção especial ao direito fundamental ao trabalho e à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

O capítulo fará breve análise acerca do instituto da estabilidade, suas formas e contornos jurídicos, especialmente a estabilidade decenal que vigorava no sistema jurídico brasileiro e sua importância para os contratos de trabalho, bem como a criação e surgimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), e as

mudanças ocorridas nos contratos, principalmente a inevitável consequência de acabar com a estabilidade no emprego.

Com esse raciocínio, aborda-se, ainda, a previsão contida no artigo 7º, I, da CRFB/88, que estipula como direito dos trabalhadores a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos, e sua efetiva aplicabilidade, ou falta dela, visto que seus efeitos não são produzidos como deveriam, o que coloca em questionamento a possibilidade e a viabilidade de dispensar o empregado sem um mínimo de motivação socialmente aceitável.

Essa análise se dá devido ao fato de que o empregado não é somente uma peça que pode ser substituída a qualquer tempo, pois emprego não é apenas salário. Retoma-se a questão de que o trabalho está precipuamente ligado à dignidade do trabalhador e que o seu direito fundamental ao trabalho deve ser garantido.

Além disso, analisa-se a Convenção nº 158 da OIT, que trata da necessidade de haver causa justificada para que se dê término a uma relação de trabalho, relacionada com a capacidade ou comportamento do trabalhador, ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, a qual foi inicialmente ratificada pelo Brasil e, posteriormente, denunciada.

Por fim, finaliza-se o capítulo e o trabalho analisando a necessidade de limitação do poder diretivo do empregador, especificadamente do poder de rescindir contratos de trabalho de forma arbitrária, sem justificativa, bem como a necessidade de criação de lei complementar que garanta direitos aos trabalhadores com o intuito de proteger a relação de emprego, visto que a extinção contratual, da forma como proposta na legislação vigente, mostra-se incompatível com o direito fundamental de acesso ao trabalho previsto na Constituição Federal e com a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana em sua plenitude.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO DO TRABALHO

Os Direitos Fundamentais, com destaque para os direitos sociais, especialmente para os direitos dos trabalhadores, ocupam uma posição particular na história constitucional brasileira, não apenas em relação à quantidade de direitos explícita e implicitamente consagrados na Constituição de 1988, mas também em termos qualitativos.

Parte-se da premissa de que os direitos sociais e dos trabalhadores são direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988. Isso, contudo, não significa que tais direitos são efetivamente cumpridos em níveis suficientes² e, portanto, de acordo com Lenio Streck³, não significa que as promessas da modernidade tenham sido efetivamente cumpridas no Brasil.

Entretanto, apesar de diversas posições dissonantes, a evolução constitucional, tanto na seara doutrinária quanto jurisprudencial, consiste na construção de um sistema cada vez mais comprometido com os direitos fundamentais sociais e dos trabalhadores.

Tal concepção se manifesta pelo reconhecimento desses direitos como verdadeiros direitos fundamentais e pela sua condição de normas de aplicabilidade imediata e vinculativas dos órgãos estatais, principalmente para o efeito de sua proteção contra a ação supressiva e restritiva do poder de reforma constitucional e contra ações tendentes ao retrocesso social.

Posto isso, o objetivo deste primeiro capítulo é descrever de maneira breve a evolução do Estado ao longo da história e a organização da sociedade e do seu regime político⁴, passando pelo Estado Liberal do século XIX, onde o órgão jurisdicional possuía um papel totalmente passivo, cuja atividade restringia-se tão somente a declarar um direito previamente descrito pelo legislador e o Estado não

² “Resulta evidente que a mera previsão de direitos sociais e dos trabalhadores nos textos constitucionais, ainda que acompanhada de outras providências, como a criação de um sistema jurídico-constitucional de garantias institucionais, procedimentais, ou mesmo de outra natureza, nunca foi o suficiente para, por si só, neutralizar as objeções de mais variada natureza ou mesmo impedir um maior ou menor déficit de efetividade dos direitos sociais, notadamente no que diz respeito aos padrões de bem-estar social e econômico vigentes”. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: FRAZÃO, Ana de Oliveira; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional**: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 18.

³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 57 e seguintes.

⁴ Pertinente destacar que a compreensão do que *vivemos* possui relação direta com o modo como o Estado é visto e a sua importância dentro da sociedade.

possuía qualquer ingerência na esfera da liberdade dos indivíduos, chegando ao Estado Constitucional, voltado ao controle de constitucionalidade das leis e preservação das garantias e direitos fundamentais positivados na Constituição, onde é obrigação do Estado tutelar os direitos dos cidadãos com base nas aspirações e na cultura do povo.

2.1 Breve Histórico sobre a Evolução dos Direitos Fundamentais

O surgimento dos direitos fundamentais em documentos escritos e, respectivamente, a sua recepção pelo Direito Positivo, foi precedido, historicamente, por uma série de acontecimentos.

O conceito de direitos fundamentais, da maneira como entendemos hoje, foi evoluindo com o passar do tempo e “[...] foi adquirindo realidade social com o surgimento do mundo moderno, nos séculos XV e XVI. Trata-se de conceito histórico que só pode ser compreendido em conexão com a realidade”⁵.

2.1.1 Os Direitos Fundamentais e suas Três Dimensões

Direitos fundamentais são preceitos proclamados, inicialmente, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789 e a sua história está fortemente ligada à história da limitação do poder⁶, que será a seguir abordada.

O conceito não pode restringir-se simplesmente ao constante em um dicionário jurídico, pois é muito mais amplo e abrange um rol extenso de direitos e garantias.

A expressão direitos fundamentais é, geralmente, equiparada à expressão direitos do homem. Entretanto, embora utilizadas como sinônimas, podem ser distinguidas. Direitos do homem são aqueles válidos para todos os povos em todos os tempos, assumindo uma posição jusnaturalista-universalista. Direitos fundamentais são os direitos do homem garantidos juridicamente e limitados em

⁵ LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 28.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 42.

tempo e espaço. Os primeiros têm origem na própria condição humana, por isso invioláveis, e os segundos vigem conforme a ordem jurídica⁷.

Os direitos fundamentais geralmente são divididos em dimensões ou gerações⁸ para que se tenha uma ideia esclarecida sobre o conceito e sobre a sua evolução e tutela no ordenamento jurídico. Tradicionalmente, essa identificação e classificação em gerações de direitos ocorreu conforme o momento histórico em que surgiram⁹.

A maioria da doutrina moderna classifica-os em direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões. Alguns autores acrescentam os direitos de quarta ou mesmo quinta dimensão¹⁰.

Os direitos de primeira dimensão ou direitos de liberdade que valorizam o homem enquanto indivíduo singular, livre e independente do Estado, desenvolveram-se, com predominância, no decorrer do Estado Liberal. A Constituição francesa de 1791 e a Constituição estadunidense de 1787 são importantes exemplos de constituições que exaltaram os direitos fundamentais de primeira dimensão, ainda que ambas contassem com Declarações de Direitos do

⁷ MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica, na constituição brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007. p. 49.

⁸ “É de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’ por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, opção esta que aqui optamos por perflhar, na esteira da mais moderna doutrina”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 53.

⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmem C. Varriale et al. Coord. de João Ferreira e rev. João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 5. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2000. v. 1, p. 354.

¹⁰ Paulo Bonavides, por exemplo, caracteriza o direito a paz como direito fundamental de quinta dimensão: “O novo Estado de Direito das cinco gerações de direitos fundamentais vem coroar, por conseguinte, aquele espírito de humanismo que, no perímetro da juridicidade, habita as regiões sociais e perpassa o Direito em todas as suas dimensões. A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos. Tal dignidade unicamente se logra, em termos constitucionais, mediante a elevação autônoma e paradigmática da paz a direito da quinta geração [...]. Devemos assinalar doravante que a defesa da paz se tornou princípio constitucional, insculpido no art. 4º, inciso VI, da Constituição. Desde 1988, avulta entre os princípios que o legislador constituinte estatuiu para reger o país no âmbito de suas relações internacionais. E, como todo princípio na Constituição, tem ele a mesma força, a mesma virtude, a mesma expressão normativa dos direitos fundamentais. Só falta universalizá-lo, alçá-lo a cânone de todas as Constituições. Vamos requerer, pois, o direito à paz como se requerem a igualdade, a moralidade administrativa, a ética na relação política, a democracia no exercício do poder”. BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 3, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-geração-de-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2017.

Homem – no caso dos EUA era do “Bom Povo da Virgínia” – na tutela destes direitos.

Essa categoria de direitos tem, portanto, origem no pensamento liberal e individualista burguês e surgiu para proteger os indivíduos perante o Estado, servindo como um mecanismo de defesa contra os Estados absolutistas. Caracterizam um momento histórico de não intervenção do Estado na vida dos indivíduos. São eles, entre outros, o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade formal, denominados, também, como direito civis e políticos¹¹.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, em contrapartida, passaram a exigir do ente estatal um comportamento ativo para assegurar prestações como educação, saúde e acesso ao trabalho.

Evidenciaram-se no curso do Estado Social, também chamados de direitos de igualdade, os quais valorizaram o homem enquanto indivíduo pertencente a uma coletividade institucionalizada por um poder estatal de intervenção. As constituições precursoras no processo de afirmação do Estado Social foram a Constituição mexicana, de 1917, e a Constituição alemã, de 1919.

Os direitos de primeira e segunda dimensão, ao contrário do que aparentam, se complementam e, nas palavras de José Felipe Ledur¹², os direitos de segunda dimensão surgiram para dar vitalidade aos de primeira dimensão, sendo complementares aos primeiros.

Posteriormente, com o advento do Estado Democrático de Direito, exaltaram-se os direitos de terceira dimensão ou direitos de fraternidade e solidariedade. Tratam-se de direitos difusos, dotados de alta carga de humanismo e universalidade. Destinam-se à proteção de grupos de pessoas e à sociedade em geral, tendo como destinatário o gênero humano¹³.

Os direitos fundamentais encontram-se em permanente processo de construção e reconstrução, surgindo, no curso histórico, mediante processo cumulativo e qualitativo e não por meio de evolução linear¹⁴. É errado afirmar que

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 563.

¹² LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p 162-163.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 569-570.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 517.

uma geração de direitos é substituída por outra, num processo de alternância, pois na verdade as dimensões integram uma mesma realidade dinâmica¹⁵.

Nesse sentido, a identificação do caráter indivisível, interdependente e inter-relacionado dos direitos humanos representa decisivo avanço em relação à clássica divisão compartimentada e isolada de direitos, na medida em que exige uma interseção entre todas as dimensões¹⁶.

2.1.2 O Surgimento do Estado Liberal

A primeira expressão do Estado Moderno consagrou-se com o Estado Absolutista. Este, por sua vez, teve imprescindível participação e importância no surgimento do Estado Moderno. O Estado era completamente personificado na figura do rei. Na época, as monarquias absolutistas apropriaram-se dos Estados e fizeram surgir um poder de império que consistia no poder absoluto do rei sobre o Estado¹⁷.

A base de sustentação do poder monárquico absolutista estava alicerçada na idéia de que o poder dos reis tinha origem divina. O rei seria o 'representante' de Deus na Terra, o que lhe permitia desvincular-se de qualquer vínculo limitativo de sua autoridade. Dizia Bodin, um de seus doutrinadores, que a soberania do monarca era *perpétua, originária e irresponsável em face de qualquer outro poder terreno*.¹⁸ (grifo do autor).

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 53.

¹⁶ A respeito da indivisibilidade dos Direitos Humanos, Flávia Piovesan ressalta: "Em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A ideia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam uma séria e responsável observância. Por isso podem ser reivindicados como direitos e não como caridade ou generosidade". Nesse sentido, consultar: PIOVESAN, Flávia. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas*. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.). **Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 342-343.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 44-45. "Tal estratégia absolutista serviu fundamentalmente para, na passagem do modelo feudal para o moderno, assegurar a unidade territorial dos reinos, sustentando um dos elementos fundamentais da forma estatal moderna: o território".

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 45.

O Estado Absolutista era basicamente a forma de governo na qual o detentor do poder o exercia sem nenhum controle de outros poderes, gerando limites com relação a valores e crenças da época.

A nobreza e o clero fizeram com que os burgueses, sem poder político, mas com participação econômica importante, se rebelassem até tomar o poder absoluto calcados em novos conceitos de propriedade, liberdade e igualdade. A primeira meta que visaram foi a de estabelecer um governo de leis e não de homens¹⁹.

Foi a consolidação dos direitos civis (afirmação da autonomia individual e de um espaço livre da interferência do Estado) e políticos (direito do cidadão à participação na gestão da coisa pública) que determinou o surgimento, contemporaneamente ao aparecimento do Estado moderno, no século XVIII, dos direitos fundamentais clássicos. A burguesia impôs ao soberano absolutista o respeito ao direito à vida, à liberdade e à garantia da propriedade.²⁰

Ocorreu, nesse momento histórico, a evolução do conceito de soberania que deixou as mãos do monarca e passou para o lado do povo. Jean-Jacques Rousseau entende que as características da soberania decorrem da origem contratual e da definição do soberano²¹.

Foi por meio dessa evolução, incentivada pela Revolução Francesa, que se originou o Estado Liberal que tem como base a liberdade. Os direitos fundamentais clássicos, nesse viés, costumam ser identificados como direitos de liberdade, por caracterizarem momento de afirmação de um espaço privado não sujeito à intervenção Estatal.

¹⁹ FERREIRA FILHO, **Manoel Gonçalves**. **Direitos humanos fundamentais**. 10. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.

²⁰ LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p 30. Nota de rodapé: "Para historiadores contemporâneos, o aparecimento do Estado dá-se com o início da era moderna. O Estado seria a passagem da fase selvagem e bárbara para a civilidade. Esta concepção se assenta na doutrina jusnaturalista, com especial destaque para Hobbes, que considera o estado de natureza como antecedente do estado civil. Para a teoria marxista, o surgimento do Estado deriva da denominação de classe exercida pelos proprietários sobre os que nada têm. Embora haja diferentes teorias acerca do surgimento do Estado, o que se quer ressaltar é que, quando o indivíduo passa de súdito a cidadão, objetiva-se a relação entre o cidadão e o Estado, estabelecendo-se um vínculo político-jurídico entre ambos, o qual determina que aquele assuma parte na soberania. No estabelecimento de direitos e deveres entre o indivíduo e o Estado está a origem do Estado moderno. Ver ROUSSEAU, J. J. **Do contrato social**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 33-5. (Coleção Os Pensadores).

²¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. 3. ed. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 34-36; 48-51. (Coleção Os Pensadores).

O Estado Liberal, nesse contexto, primava pela mínima intervenção no desenvolvimento dos cidadãos, garantindo apenas a liberdade de atuação e próprio desenvolvimento destes.

Segundo Norberto Bobbio, o Estado perdeu o monopólio do poder ideológico, concedendo direitos civis, tais como a liberdade religiosa e de opinião, e perdeu o monopólio do poder econômico, concedendo a liberdade econômica, conservando apenas a força legítima, limitada pelos direitos do homem. Trata-se de concepção negativa reduzida a realizar apenas os fins individuais²².

O Estado Liberal nasceu, portanto, como uma resposta da burguesia aos desmandos do Estado Absolutista. Surgiu a necessidade de conter as arbitrariedades da monarquia, que não possuía limites no exercício do seu poder. A vontade do rei ultrapassava qualquer interesse individual, motivo pelo qual o liberalismo derrubou o absolutismo e se consolidou no século XIX. Tinha como principal fundamento afastar as tradições jurídicas do regime absolutista de posto e, como meio para atingir o objetivo a burguesia consagrou o princípio da legalidade. Em razão disso o Poder Legislativo concentrou em si os poderes estatais e limitou ao Judiciário a tarefa apenas declarativa, sem possibilidade de qualquer tipo de interpretação da lei editada pelo parlamento burguês.

Definir liberalismo é tarefa das mais complexas. O devir histórico da doutrina liberal apresenta constantes transformações pela incorporação de novas situações, o que nos conduz a falar em liberalismos, no plural, posto que sob a mesma roupagem estão conteúdos variados. *Contudo, há um quadro referencial unívoco que caracteriza o movimento liberal: a idéia de limites.*²³ (grifo nosso).

Surgiu como um Estado Legislativo que tinha como marca principal justamente a primazia da lei em detrimento de qualquer tipo de interpretação. Os Poderes Executivo e Judiciário tornaram-se subordinados nessa época, haja vista que a prevalência total era do poder Legislativo que estava nas mãos da burguesia. Fazendo-se um comparativo, o absolutismo do rei foi substituído pelo absolutismo da assembleia parlamentar, tomada pelos burgueses.

²² BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 117.

²³ STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 51.

Nesse contexto, o Estado Liberal concedeu à lei uma supremacia incontestável, objetivando eliminar por completo as tradições jurídicas impostas pelo regime deposto. O princípio da legalidade tinha como principal função a de limitar as liberdades individuais por meio das leis. Somente era possível interferir na liberdade dos indivíduos mediante legislação devidamente aprovada que autorizasse as condutas do Estado²⁴.

É certo que a ideia de soberania da lei tal qual como foi pensada era equivocada²⁵, mas foi fundamental para proteger os direitos individuais na época por meio da contenção dos desmandos do regime antecedente. Com o advento do Estado Legislativo não era mais possível intervir na vida dos indivíduos mediante a simples ordem absolutista do monarca.

Naquela época, no Estado Legislativo, pressupunha-se uma unidade entre texto e norma, de forma que o legislador outorgava o texto e a norma ao mesmo tempo, restando à jurisdição apenas o papel de declarar a norma pré-existente²⁶. Essa era uma maneira estática de compreender o direito, que conferia ao intérprete apenas a missão de declarar algo que já estava previamente determinado, comprovando que as decisões advindas do Estado Liberal se revestiam de caráter de previsibilidade absoluta.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 56. “O liberalismo se apresentou como uma *teoria antiestado*. O aspecto central de seus interesses era o *indivíduo* e suas iniciativas. A atividade estatal, quando se dá, recobre um espectro reduzido e previamente reconhecido. Suas tarefas circunscrevem-se à manutenção da ordem e segurança, zelando que as disputas porventura surgidas sejam resolvidas pelo juízo imparcial sem recurso a força privada, além, de proteger as liberdades civis e a liberdade pessoal e assegurar a liberdade econômica dos indivíduos exercitada no âmbito do mercado capitalista. O papel do Estado é negativo, no sentido da proteção dos indivíduos. Toda a intervenção do Estado que extrapole estas tarefas é má, pois enfraquece a independência e a iniciativa individuais. Há uma dependência entre o crescimento do Estado e o espaço da(s) liberdade(s) individual(is)”. (grifo do autor).

²⁵ Em razão da aplicação da lei exatamente da forma como foi escrita, ou seja, simplesmente como texto elaborado pelo legislador, levantou-se uma questão discutida até os dias atuais, qual seja, a diferença entre texto e norma. Conforme refere Humberto Ávila, “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos”. Em outras palavras, normas são os resultados obtidos através da outorga de sentido aos textos normativos, pois o texto é baseado em linguagem e a norma é o resultado da interpretação. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22.

²⁶ A jurisdição, nessa época, era completamente secundária e o juiz era apenas “boca da lei”, ou seja, devia aplicar a lei isenta de qualquer interpretação. Na época em que os burgueses segregaram o Estado Absolutista com o Estado de Direito Liberal o Estado era reativo, a marcha seguia de acordo com o livre arbítrio dos litigantes, o juiz não tinha poderes.

Essa confusão se dava, principalmente, porque o parlamento formado por representantes da burguesia tinha como ideia fundamental que a sociedade era composta por indivíduos iguais, que possuíam as mesmas necessidades.

Devido a essa ideia, pensava-se que as leis, da forma como foram escritas, genéricas e abstratas, teriam a capacidade de satisfazer os interesses de uma sociedade *supostamente* idêntica, ou seja, homogênea.

Ocorre que os indivíduos não são iguais e nem eram naquela época. Conseqüentemente, não possuíam as mesmas necessidades, desejos e aspirações, o que fez com que o Estado começasse a se preocupar com as desigualdades sociais geradas pela isonomia utópica pensada através da lei.

Esse pensamento de tratar todos de forma igual, nascido no Estado Liberal, tinha como base a uniformidade do poder e conseqüentemente a ausência de confrontos no parlamento. O Legislativo era formado apenas por membros da burguesia. Assim, foi extremamente necessária a atuação de outras classes sociais para mudar o pensamento liberal da época.

No que tange à relação com os trabalhadores, da mesma forma, pela não intervenção do Estado no campo econômico e levando-se em conta o conceito de igualdade, presumia-se que todos os homens possuíam as mesmas oportunidades “não tendo por que o Estado intervir na relação entre o capital e o trabalho, valendo tão-somente o acordado entre as partes, sem qualquer forma de proteção ao trabalhador”²⁷. As remunerações eram baixas, as jornadas excessivas, e assim por diante, o que barateava os custos da produção, aumentava o acúmulo capitalista e a desigualdade social.

Com o passar do tempo passou-se a perceber que a liberdade suprema causava mais desigualdades e buscou-se um sistema de controle social por meio de intervenção estatal que garantisse verdadeira igualdade entre os indivíduos²⁸. A questão dos trabalhadores foi um dos principais fundamentos para o surgimento dos Direitos Sociais, sendo fonte de inspiração do Estado Social que será, a seguir abordado.

²⁷ MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica, na constituição brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007. p. 26.

²⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 301-302.

2.2 Direitos Fundamentais de Segunda Geração: os Direitos Sociais

A afirmação histórica dos Direitos Sociais foi de extrema relevância para o Direito e para a sociedade. Para a devida consagração dos direitos sociais, principalmente dos direitos trabalhistas, percorreu-se longa e contínua jornada. Essa jornada é traçada a partir do surgimento da Revolução Industrial, congregando fatos históricos que geraram inúmeras complexidades para os trabalhadores.

2.2.1 O Aparecimento dos Direitos Sociais

A partir do século XIX começaram a aparecer mudanças com relação aos rumos do Estado Liberal, que passou a assumir tarefas positivas, prestações públicas desempenhadas em prol do cidadão para garantir direitos ligados à cidadania²⁹.

Não se pode negar que o liberalismo teve consequências positivas como o progresso econômico e a valorização do indivíduo, entretanto, trouxe uma postura excessivamente individualista e formal da liberdade, onde há o direito, mas não o poder de se ver livre.

Assim, foi vagarosamente substituído pelas várias concepções sociais do intervencionismo estatal. Ampliou-se a atuação positiva do Estado e, conseqüentemente, diminuiu-se a atividade livre do indivíduo³⁰.

O Estado, então, passou a se preocupar com questões sociais que não eram investigadas e trazidas à tona, pois até então havia completa conformidade com o parlamento. Surgiram grupos destinados a proteger setores determinados e pressionar o Legislativo com o intuito de modificar determinadas leis. Esses grupos

²⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 57-58.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 59. "A atuação prestacional pública se aperfeiçoa com a luta dos movimentos operários pela regulação das relações produtivas. A luta pelos três oitos [oito horas de sono, oito horas de lazer e oito horas de trabalho] é exemplar. Intervenções são assumidas para manter os desamparados; oficinas públicas são mantidas para resolver o desemprego, legislação sobre o trabalho de menores, regulação da jornada de trabalho, leis relativas à segurança no trabalho, etc. Assim é que a liberdade contratual e econômica, símbolos da doutrina liberal, é fortemente reduzida pela inserção do Estado como ator do jogo econômico, atuando *no* e *sobre* o domínio econômico, e, em um sentido mais amplo, do jogo social como um todo. Esta atuação, todavia, não irá se limitar à simples normatização, mas irá se espriar pela participação efetiva e positiva do poder público no âmbito do mercado capitalista como agente econômico privilegiado". (grifo do autor).

de pressão subdividiam-se, por exemplo, em sindicatos de trabalhadores, associações de empresários e profissionais liberais.

No campo das liberdades surgiram as reivindicações igualitárias. Iniciou-se a construção do modelo de Estado do bem-estar e de consolidação das liberdades positivas, mediante a crescente atitude intervencionista do Estado como afiançador da qualidade de vida do povo^{31 32}.

No fim do século, um fator novo foi injetado na filosofia liberal. Era a justiça social, vista como a necessidade de apoiar os indivíduos de uma ou outra forma quando sua autoconfiança e iniciativa não podiam mais dar-lhes proteção, ou quando o mercado não mostrava a flexibilidade ou a sensibilidade que era suposto demonstrar na satisfação de suas necessidades básicas. Um novo espírito de ajuda, cooperação e serviços mútuos começou a se desenvolver que se tornou mais forte com o advento do séc. XX.³³

Os direitos sociais, também conhecidos como direitos econômicos, sociais e culturais, historicamente, tiveram mais dificuldade de se consolidar do que os direitos civis e políticos.

Os direitos civis e políticos, por seu caráter extremamente individualista, contribuíam negativamente para a afirmação dos direitos de segunda dimensão, pois seu conteúdo social, ao contrário dos direitos de liberdade, pressupunham a mobilização do Estado no domínio privado para combater as desigualdades.

Essa evolução histórica “representou uma ruptura com a tradição individualista e anti-estatal que estava na base da formulação dos direitos fundamentais clássicos”³⁴.

³¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 70-71. “Resumidamente, pode-se dizer que o *Welfare State* [...] emerge definitivamente como consequência geral das políticas definidas a partir das grandes guerras, das crises da década de 1930, embora sua formulação constitucional tenha se dado originalmente na segunda década do século XX [México, 1917, e Weimar, 1919]”. (grifo do autor).

³² Concomitantemente, no Poder Judiciário, aos poucos os juizes passaram a ter mais poderes no processo, principalmente com relação à interpretação das leis e aplicação dos textos normativos. Os poderes passaram do Legislativo para o Judiciário gradualmente, alterando o conceito clássico do princípio da legalidade e dando aos juizes o poder de proclamar o texto da lei através de interpretações normativas. A tarefa do juiz não passa a ser criativa, mas sim de interpretação através de elementos já existentes no sistema jurídico.

³³ STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 60.

³⁴ LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p 38.

Os direitos sociais passaram a requerer a atuação do Estado para garantir e satisfazer necessidades como o acesso à educação, à saúde e ao trabalho em condições humanas adequadas.

O impacto produzido por esses direitos é bem acentuado por Karl Löewenstein:

Los derechos fundamentales clásicos han encontrado en los derechos sociales unos competidores con mucho más resonancia emocional en la masa y cuya realización conduce necesariamente a minar y a restringir las clásicas libertades de propiedad y de contrato.³⁵

Certo é que a nova forma de organização estatal implicou em perdas para classes e setores que vinham se beneficiando da ausência de intervenção do Estado. O Estado Social, entretanto, não rompe com o Estado Liberal, apenas busca criar uma situação de bem-estar geral que garanta o pleno desenvolvimento à pessoa humana³⁶.

O Estado passou a intervir, no aspecto econômico, no mercado a fim de regulá-lo, bem como na prestação de trabalho, estabelecendo limites com relação à jornada, entre outros.

Pode-se afirmar que os principais fatos que geraram a transformação do Estado Liberal em Intervencionista foram relacionados ao “trabalho”, em especial no que tange à equiparação da venda da força de trabalho com a venda de qualquer mercadoria. O trabalhador não tinha outra alternativa, senão vender sua força de trabalho para sobreviver. Nessa situação ele precisava aceitar as condições de trabalho impostas pelo poder econômico.

Além disso, a falência dos ideais liberais exaltados pela burguesia acabou por originar uma nova compreensão de Estado e da sua relação com a sociedade. O processo, por exemplo, passou a ser visto como um fenômeno público, de interesse de toda a coletividade, passou a ser construído e pensado a partir da figura do juiz, que deve conduzi-lo ao melhor resultado possível, de maneira célere. Houve a ampliação de intervenção do Estado junto à sociedade e o conseqüente aumento de poderes e de funções do juiz.

³⁵ LÖEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1988. p. 401.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 91.

O homem passou a ser visto como um conjunto de relações sociais e não mais isoladamente como na concepção liberal. Nasceu a ideia de que o homem só consegue ser “total” enquanto sociedade. A partir disso, presumiu-se que o que devia ser protegido era a sociedade como um todo, e não o homem isolado³⁷.

Modificou-se a natureza dos direitos protegidos. Não bastava mais a proteção dos indivíduos contra o Estado. Passou-se a proteger o indivíduo contra outros indivíduos ou grupos de indivíduos e, inclusive, a proteger um grupo e não o indivíduo isoladamente considerado. Surgiram os direitos cujo conteúdo consistia na possibilidade de o indivíduo receber alguma prestação do Estado³⁸.

Os direitos fundamentais passaram a integrar a essência do Estado Constitucional, constituindo-se como elemento nuclear da Constituição material, e o Estado Social, consagrado pela nossa Constituição, teve destaque em razão da ínsita ligação com os direitos fundamentais³⁹. Os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de oportunidades, inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material⁴⁰.

³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 156. “Nada obstante partir de uma ideologia totalmente diversa, a crítica marxista teve, sem dúvida, o condão de repercutir nas formulações clássicas, sobretudo em dois pontos: na insuficiência do igualitarismo meramente formal e no caráter muitas vezes platônico de certos direitos, quando não acompanhados de condições materiais necessárias à sua plena efetivação”.

³⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 158-159. “O Estado passou, graças a uma intervenção crescente na ordem econômica e social, a perseguir uma mais justa distribuição dos bens de tal sorte que a todos fossem facilitados recursos mínimos para a fruição dos direitos fundamentais clássicos. Isto, contudo, não foi possível senão por meio da imposição de regulamentações e de novas obrigações ao cidadão, o que, de certa forma, repudia a liberdade que no início se quis assegurar. Infelizmente, numa certa medida, esses direitos de liberdade e igualdade são antagônicos. A liberdade implica a existência do risco. Quando alguém se lança a um empreendimento ousado sabe que o malogro é uma das suas possibilidades. A segurança que o Estado Moderno procura propiciar repudia o espírito de aventura, daí criando um novo risco que é o de transformar todo cidadão num pacato burocrata tutelado pelas garantias oficiais. Ocorre que a inventiva e a criatividade individual são indispensáveis para o desenvolvimento e o progresso, daí a necessidade hoje de não se exagerar no elenco de medidas previdenciárias ou incorrer na demasia de benefícios sociais”.

³⁹ Sobre as teorias da constituição material, ver a síntese de FIORAVANTI, Maurizio. As doutrinas da constituição em sentido material. **RECHTD – Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 103-109, 2012.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 58-62. “[...] além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado democrático e social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente”. p. 62.

2.2.2 Os Direitos Sociais dos Trabalhadores

No século XV teve início o período que ficou conhecido como o da Revolução Comercial, o qual possibilitou a formação das grandes cidades (burgos) e através da qual se espalhou o costume de trocas pelo mundo inteiro.

Por meio da Revolução Comercial iniciou-se a prática de negociação entre as mais variadas partes do mundo, fazendo surgir a figura do burguês, o homem da cidade que tinha dinheiro para gastar. A acumulação de capitais permitiu a formação da riqueza, fator fundamental para a apropriação dos meios de produção, que tinha como característica principal a reprodução do capital pela utilização da força de trabalho dos pobres, que para sobreviver teriam que, se preciso, vender a própria pele⁴¹.

O surgimento das máquinas motivou o direcionamento do capital acumulado pelos burgueses para a implementação da produção. Iniciou-se a Revolução Industrial.

A Revolução Industrial, propriamente dita, é um fenômeno do século XVIII, com repercussão mundial no século XIX. Trata-se de fenômeno complexo, interligado à história de formação do capitalismo. Poderia até ser chamada de capitalismo industrial que só foi possível graças ao acúmulo de experiências históricas vividas no longo período de superação dos vínculos do feudalismo⁴² e tem como principal característica a substituição do homem pela máquina, dando origem ao modelo que percorre a história da humanidade até hoje.

A partir da Revolução Industrial a mão-de-obra passou a ser deixada de lado, o que gerou sua alta disponibilidade, tornando-a barata, e conseqüentemente gerando altos lucros para os industriais.

Com base nas palavras de Jorge Luiz Souto Maior: “[...] a maior produção proporcionava maior lucro e o excesso de mão de obra em oferta propiciava baixos salários, gerando uma grande acumulação de riquezas para o agente produtivo”⁴³.

O aumento constante das complexidades político-econômicas, reflexo do modelo capitalista e da Revolução Industrial, atingiu nível mundial e conduziu a

⁴¹ MARX, Karl. **O capital**. Livro Primeiro – O processo de produção do capital. Tradução: Reginaldo Sant’Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. v. 2, p. 827.

⁴² SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. v. 1, pt. 1, p. 107.

⁴³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. v. 1, pt. 1, p. 111.

humanidade a uma guerra total, que restou conhecida, historicamente, como a Primeira Guerra mundial⁴⁴.

A Primeira Guerra Mundial acelerou a derrocada do regime. O Estado passou a atuar organizando as necessidades produtivas, direcionando-as para o esforço de guerra, o que abriu caminho para uma experiência intervencionista concreta⁴⁵.

A sociedade mundial estava em completo desajuste, em diversos níveis, nele se integrando, por óbvio, a questão social, representada, sobretudo, pelas condições de vida e de trabalho da classe operária⁴⁶.

A produção capitalista, incrementada pela invenção da máquina a vapor e a constituição do mercado de consumo, pressupõe, assim, o confronto de duas espécies bem diferentes de possuidores de mercadorias: 'de um lado, o proprietário de dinheiro, de meios de produção e de meios de subsistência, empenhado em aumentar a soma de valores que possui, comprando a força de trabalho alheia; e, de outro, os trabalhadores livres, vendedores da própria força de trabalho e, portanto, de trabalho'.⁴⁷

O capitalismo, como modo de produção, buscava a transformação de tudo em mercadoria, inclusive o trabalho, com o objetivo de favorecer cada vez mais o mercado de trocas e a reprodução do capital a partir da exploração do trabalho. Nesse contexto dividia-se a sociedade em duas classes notoriamente distintas, a dos capitalistas, que tinham posse do dinheiro, da propriedade e dos meios de

⁴⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. v. 1, pt. 1, p. 229. "O resultado desastroso, de milhões de mortos, submeterá a inteligência humana a um desafio: reconstruir a sociedade a partir do postulado da justiça social. Em outras palavras, o desafio de estabelecer uma ordem para o convívio harmônico entre o capital e o trabalho, sendo certo que o ponto de equilíbrio dessa harmonia não é a eliminação da força reivindicatória dos trabalhadores, mas, bem ao contrário, permitir-lhe a livre existência a partir da compreensão de que se deve conferir ao trabalhador, por atos estatais concretos, uma melhora progressivamente constante de sua condição de vida, limitando-se, por conseguinte, a força do poder econômico".

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 66. "A guerra provocou a destruição do mercado natural e ocasionou enormes perdas, requerendo a ação do Estado no sentido de evita-las, além de provocar o aumento numérico e o surgimento de uma consciência de classe entre os operários, cuja organização se intensificou nesta época, e cujo poder político passou a ser mais respeitado, possibilitando o enfrentamento dos proprietários dos meios de produção".

⁴⁶ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. v. 1, pt. 1, p. 247.

⁴⁷ MARX, Karl. **O capital**. Livro Primeiro – O processo de produção do capital. Tradução: Reginaldo Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. v. 2, p. 827.

produção, e a dos trabalhadores, que para sobreviver precisavam vender a sua força de trabalho sem receber uma contrapartida significativa e justa⁴⁸.

O que se verificou, concretamente, foi que logo nos primeiros anos de consolidação da organização capitalista advieram complexidades tamanhas que puseram em questão a própria viabilidade do novo modelo de sociedade que se anunciava. Não se pensou nos efeitos que seriam gerados, sendo que as ideias do século XVIII não eram eficientes para enfrentá-los.

A coexistência de diversos fatores como a acumulação de capital, o ritmo acelerado do trabalho, a reserva de mão-de-obra e o individualismo repercutiram intensamente nas fábricas, gerando consequências desastrosas principalmente para os trabalhadores, mas também para o próprio modelo recém-criado⁴⁹.

Em menos de duas décadas o capitalismo produtivo transformou a gama de miseráveis e despossuídos, gerados durante séculos do período de transição do feudalismo para o capitalismo, em uma grande massa operária (uma enorme quantidade de trabalhadores executando os mesmos serviços nos mesmos locais), que, diante dos pressupostos jurídicos liberais, então vigentes, foram submetidos a péssimas condições de trabalho, mediante o recebimento de baixíssimos salários, advindo daí uma gama de complexidades que marcam a história do século XIX e a base da formação do Direito do Trabalho.⁵⁰

A situação miserável em que se encontrava a classe trabalhadora foi uma consequência inevitável. Na verdade a escravidão não havia acabado, pois a relação entre escravo e senhor apenas formalmente acabou por culminar no homem “livre”, sem que fossem superadas as condições de dominação e sujeição. No Brasil, a Lei Áurea foi promulgada, mas, para os “ex-escravos”, a lei importou uma liberdade falsa, ou melhor, meramente negativa: a possibilidade de irem embora, de trabalharem para quem quisessem. Não introduziu qualquer mecanismo apto a lhes assegurar a condição de cidadãos, sujeitos de direito.

Conforme assevera Marx:

⁴⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. v. 1, pt. 1, p. 130.

⁴⁹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. v. 1, pt. 1, p. 134.

⁵⁰ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. v. 1, pt. 1, p. 134.

O sistema capitalista pressupõe a dissociação entre os trabalhadores e a propriedade dos meios pelos quais realizam o trabalho. Quando a produção capitalista se torna independente, não se limita a manter essa dissociação, mas a reproduz em escala cada vez maior. O processo que cria o sistema capitalista consiste apenas no processo que transforma em capital os meios sociais de subsistência e os de produção e converte em assalariados os produtores diretos.⁵¹

Os trabalhadores das fábricas trabalhavam por diversas horas seguidas, inclusive crianças, sem direito a água e muito menos comida. Os próprios pais conduziam seus filhos, cada vez mais cedo, para as fábricas, o que gerou o aumento do analfabetismo e da degradação física daqueles que eram submetidos a longas jornadas de trabalho desde muito jovens, ainda crianças.

Não havia reação por parte dos trabalhadores, tendo em vista que eles eram expressivamente reprimidos e vencidos. As más condições de vida e de trabalho verificadas no século XVIII mantiveram-se praticamente inalteradas no decorrer de todo o século XIX⁵².

Em razão disso, especialmente das condições de trabalho, os operários foram se transformando, com muita dificuldade, em uma classe social, o que fez com que se tomasse a iniciativa por um movimento trabalhista de contrariedade à situação existente.

Percebeu-se como primeira reação dos trabalhadores em relação à situação existente a própria recusa do trabalho nas fábricas, local que era visto como uma prisão e, inclusive, a destruição das máquinas, não porque essas lhe roubavam postos de trabalho, mas por considerarem que eram as máquinas as causadoras de seus males⁵³.

É importante destacar que não houve, em nenhum momento, a intervenção do Estado em favor dos trabalhadores como sugere a leitura histórica tradicional, muito pelo contrário.

Quando se refere ao momento de formação do capitalismo, mesmo diante das terríveis condições de trabalho a que foram submetidos os trabalhadores, a intervenção do Estado na realidade social não se deu para a correção das injustiças ou proteção dos trabalhadores,

⁵¹ MARX, Karl. **O capital**. Livro Primeiro – O processo de produção do capital. Tradução: Reginaldo Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. v. 2, p. 828.

⁵² SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. v. 1, pt. 1, p. 138.

⁵³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. v. 1, pt. 1, p. 143.

como, de forma equivocada se costuma dizer. Muito pelo contrário, a intervenção se deu para legitimar a situação existente que, insista-se, não era considerada injusta, vez que fruto do exercício da liberdade humana, tão duramente conquistada.⁵⁴

Começaram então a se propagar atos de violência, destruição de máquinas, atentados contra industriais e incêndios de indústrias. Instaurou-se uma verdadeira luta de classes a partir da tomada de consciência dos trabalhadores enquanto classe social.

A classe dominante afirmava ser uma luta entre pobres e ricos, onde o pobre tinha inveja da ociosidade do rico. Ainda, que o pobre era o único culpado pela sua pobreza. O que prevalecia no modelo de produção capitalista era a ideia de que as classes trabalhadoras deviam ser mantidas na pobreza para que fossem operantes.

Esse tipo de argumento foi utilizado durante muito tempo, e esses pensamentos da época tornaram a situação dos trabalhadores ainda mais difícil, motivando manifestações em busca de esclarecimentos quanto à vida dos trabalhadores e deram ensejo ao acirramento da luta de classes e ao surgimento de teorias de contestação do modelo capitalista⁵⁵.

Apenas em meados do século XIX é que se começa a reconhecer a existência de uma questão social em torno da situação da classe trabalhadora, o que contraria, frontalmente a versão tradicional de que houve imediato reconhecimento do Estado das dificuldades dos trabalhadores, resultando em intervenção na realidade social para a sua proteção.

O capitalista afirma seu direito, como comprador, quando procura prolongar o mais possível a jornada de trabalho e transformar, sempre que possível, um dia de trabalho em dois. Por outro lado, a natureza específica da mercadoria vendida impõe um limite ao consumo pelo comprador, e o trabalhador afirma seu direito, como vendedor, quando quer limitar a jornada de trabalho a determinada magnitude normal. Ocorre assim uma antinomia, direito contra direito, ambos baseados na lei de troca das mercadorias. Entre direitos iguais e opostos, decide a força. Assim, a regulamentação da jornada de trabalho se apresenta na história da produção capitalista

⁵⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. v. 1, pt. 1, p. 151.

⁵⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. v. 1, pt. 1, p. 150.

como luta pela limitação da jornada de trabalho, um embate que se trava entre a classe capitalista e a classe trabalhadora.⁵⁶

O passo decisivo que deu início às lutas dos trabalhadores foi justamente a conscientização de que juntos eram uma classe social. Somente a partir daí a luta passou a propagar efeitos na tentativa de regular os relacionamentos sociais. Tudo somente se tornou possível quando se reuniu uma maioria mais forte do que qualquer indivíduo isolado.

A partir dessa dualidade entre capital e trabalho se originaram no sistema as relações sindicais a fim de sintonizar os desejos e aspirações de ambos os extremos que inevitavelmente caminham e se desenvolvem juntos.

A industrialização trouxe consigo um proletariado tendente a associar-se em sindicatos, corporações ou partidos políticos. Suas exigências cresceram, eram necessárias modificações significativas na estrutura do Estado, com maior participação, denunciando injustos privilégios.

Foi percorrido um longo e difícil caminho até a legítima afirmação dos direitos sociais e dos trabalhadores. Ainda buscamos isso nos dias de hoje, o que nos demonstra claramente que “transições históricas são longas e não se fazem sem resistências e sem a interferência de períodos de retrocesso”⁵⁷.

Os direitos sociais e o Estado Social têm como documentos marcantes a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. A Constituição mexicana foi a primeira Constituição moderna do Ocidente a sistematizar os direitos sociais em contraposição aos ideais liberais em relação ao papel do Estado. De acordo com Magda Barros Biavaschi: “A Declaração de Direitos Sociais que contempla é marco decisivo na história da constitucionalização do Direito do Trabalho”⁵⁸.

Ela foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos. Sua importância deve ser salientada, pois, em reação ao sistema capitalista, foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de

⁵⁶ MARX, Karl. **O capital**. Livro Primeiro – O processo de produção do capital. Tradução: Reginaldo Sant’Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. v. 2, p. 273.

⁵⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. v. 1, pt. 1, p. 230.

⁵⁸ BIAVASCHI, Magda Barros. **O direito do trabalho no Brasil – 1930-1942**: a construção do sujeito de direitos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2007. p. 133.

equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura no mercado⁵⁹.

Ela firmou o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes do trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito. Deslegitimou, com isso, as práticas de exploração mercantil do trabalho, e portanto da pessoa humana, cuja justificativa se procurava fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar.⁶⁰

Logo depois, em 1919, a Constituição de Weimar repetiu o conteúdo abordado pela Constituição mexicana e acrescentou alguns preceitos dando maior relevância ainda ao Direito do Trabalho⁶¹.

Todas as experiências anteriores colaboraram para a criação de um “Estado de Direito Social”, que pudesse, de fato, instrumentalizar a construção de uma justiça social nas relações capitalistas, mas foram essas duas Constituições que deram início a um processo denominado Constitucionalismo Social, a partir do qual a nova racionalidade social, humana e democrática passou a se inserir na configuração política dos Estados e em suas relações internacionais.

Ainda, a criação efetiva do Direito do Trabalho deu-se através de um processo lento e gradativo. A formulação teórica em torno de um Direito do Trabalho ganhou corpo após o término da Primeira Guerra Mundial e foi impulsionada pelo Tratado de Versalhes⁶².

Percebe-se que o Direito do Trabalho não surgiu exatamente e concomitantemente com a legislação trabalhista burguesa do século XIX, pois foi um processo lento de construção teórica que se efetivou no decorrer da história.

⁵⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 177-188.

⁶⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 181.

⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 193. “Apesar das fraquezas e ambiguidades assinaladas, e malgrado a sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a Segunda Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo”.

⁶² SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2011. v. 1, pt. 1, p. 333.

Aos poucos o homem passou a ter dignidade nas relações sociais e, sobretudo, na realidade capitalista. A condição humana passou a ser considerada acima de todas as coisas e dos interesses estritamente econômicos, haja vista que antes o homem sempre teve um valor estabelecido a partir do seu potencial produtivo e era natural a sua transformação em mercadoria⁶³.

O Estado Social inseriu o homem na sociedade capitalista, sendo que sua principal função na época foi a de distribuir a riqueza, não apenas para fins de eliminar a pobreza, mas para, principalmente, efetivar a integração de todos à sociedade.

2.3 Os Direitos Sociais nas Constituições Brasileiras

Busca-se nesse tópico compor uma breve evolução histórica acerca dos direitos sociais nas Constituições brasileiras.

As primeiras Constituições brasileiras surgiram na época do advento do liberalismo e foram marcadas pela sua estabilidade do ponto de vista político. Ao contrário, o Constitucionalismo Social foi marcado pela instabilidade e fragilidade nos alicerces das suas Constituições, tendo em vista a incessante busca por equilíbrio na fase de transição da ideologia que marcou o Estado Liberal para a nova ideologia que advinha do Estado Social.

Paulo Bonavides demonstra claramente essa instabilidade causada em face dessa fase de transição quando refere que os direitos sociais relacionados à produção, ao trabalho, à educação, à cultura e à previdência caracterizavam uma inovação desconhecida pelo campo constitucional e que, por isso, esses direitos não eram dotados de aplicabilidade direta e imediata⁶⁴.

Uma das principais características que marcaram os movimentos políticos e constitucionais da época liberal foi a proteção dos interesses da classe abastada, ou seja, dos donos do poder. Privilegiava-se a livre iniciativa e a não-interferência do Estado na economia, com a supremacia dos direitos individuais.

⁶³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. v. 1, pt. 1, p. 348.

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 207. “Os princípios sociais enunciados pela Constituição oferecem obstáculos muito mais sérios a uma conversão em direitos subjetivos correlatos do que os antigos direitos da liberdade proclamados ao alvorecer do constitucionalismo liberal”.

Os movimentos tardios de renovação da nossa ordem constitucional, tendentes à consolidação de um Estado Democrático Social, iniciaram no Brasil por construtivos movimentos sociais, inclusive com a iniciativa no âmbito sindical, o que culminou, no processo constituinte originário da Constituição de 1988, na incorporação de diversos direitos trabalhistas no nosso ordenamento jurídico.

O constitucionalismo moderno, como já referido anteriormente, tem sua matriz nas Declarações de Direitos estadunidense e francesa. Na história constitucional dos EUA, os direitos fundamentais, objeto da Declaração de Direitos do Povo de Virgínia, foram positivados na Constituição Federal de 1787. Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão conferiu notável ênfase à igualdade social, que encontra sua síntese nos três famosos princípios dessa Declaração⁶⁵.

A Revolução Americana teve grande e significativa importância no surgimento do constitucionalismo, tendo em vista que a sua Declaração de 1787 e as posteriores emendas inseriram no mundo ocidental um rol de direitos tidos por fundamentais.

A característica mais notável da Declaração de Independência dos Estados Unidos reside no fato de ser ela o primeiro documento a afirmar os princípios democráticos na história política moderna⁶⁶.

A importância histórica da Declaração de Independência está justamente aí: é o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social. Nas nações da Europa Ocidental, com efeito, a proclamação da legitimidade democrática, com o respeito aos direitos humanos, somente veio a ocorrer com a Revolução Francesa, em 1789. Até então, a soberania pertencia

⁶⁵ Sobre o assunto ver: FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. 4. ed. Trotta: Madrid, 2003. p. 87. A Revolução Francesa partiu da necessidade de estabilizar e legitimar uma classe política forte, proclamando-a capaz de representar o povo rompendo a prática do antigo regime, enquanto a Revolução Americana partiu da necessidade de negar uma representação política que não era querida por todos. Enquanto a cultura revolucionária francesa legitimava os seus representantes, a americana desconfiava deles e de toda forma de autonomia da classe política.

⁶⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 105-106. "Na verdade, a ideia de uma declaração à humanidade está intimamente ligada ao princípio da nova legitimidade política: a soberania popular. Uma nação só está legitimada a auto-afirmar sua independência, porque o povo que a constitui detém o poder político supremo".

legitimamente ao monarca, auxiliado no exercício do reinado pelos estratos sociais privilegiados.⁶⁷

Ela se diferencia da francesa, tendo em vista que os americanos não tinham a necessidade de se opor a um legislador. Para eles, tirano era um poder público que atuava de maneira ilegítima, sem leis e sem regras.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, entretanto, representa o atestado de óbito do antigo regime, constituído pela monarquia e seus privilégios ainda feudais. Foi, em si mesma, o primeiro elemento constitucional do novo regime político.

A Revolução Francesa foi a sucessora de um regime destruído violentamente. E essa violência, ligada à ideia de revolução desencadeou “a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais, como a humanidade jamais experimentara até então”⁶⁸.

A França fixou direitos individuais por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Seus principais pontos tinham relação com a necessidade de estipular como fim da sociedade o asseguramento da liberdade natural do homem, bem como de que a lei era expressão da vontade geral e não podia, portanto, por natureza, ser um instrumento de opressão. Esse culto à lei dominou todo o pensamento liberal⁶⁹.

A grande novidade levada a cabo pela Revolução Francesa foi o surgimento de uma sociedade civil unificada como povo e nação na perspectiva da vontade política constituinte⁷⁰.

O povo aliado à burguesia procurou colocar fim à desigualdade material e ao desnivelamento social, principalmente no que tange à ascendência social da nobreza que atingia posições superiores pela simples característica de nascimento.

⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 107-108.

⁶⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 132-136.

⁶⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 154-155. “A Declaração Francesa inspirou-se em todo o clima intelectual do século XVII, encampando pontos, contudo, extraídos de autores os mais diversos. De Montesquieu foi tomada de empréstimo a sua desconfiança fundamental em face do poder e o princípio daí decorrente da separação de funções. Ao lado de Montesquieu influenciaram muito a Declaração os economistas fisiocratas, que eram ardorosos admiradores da livre iniciativa em matéria econômica. Está também presente Voltaire, não só na invocação liminar ao Ser Supremo como principalmente no espírito de tolerância religiosa que impregna toda a Declaração”.

⁷⁰ FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. 4. ed. Trotta: Madrid, 2003. p. 61.

Surgiu, então, em razão da condição de que todos nascem iguais e desenvolvem-se por seus próprios esforços, a luta pela igualdade, o que fez da igualdade ponto culminante da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A primeira Constituição brasileira foi a de um império hereditário e religioso, que considerava cidadãos apenas os libertos, e cujo maior valor era a preservação da unidade nacional. O nosso constitucionalismo só adquiriu sentido pleno na época do liberalismo e hoje ainda encontramos muitas heranças do Estado Liberal que, inevitavelmente, perduram na atualidade, haja vista que o constitucionalismo foi forjado nesse período e tem seus principais e essenciais elementos concebidos nesse momento histórico.

Os direitos individuais evoluíram e as liberdades públicas têm hoje uma configuração muito mais complexa do que nos fins do século XVIII. Os direitos fundamentais clássicos (de primeira dimensão) não desapareceram, mas perderam o caráter absoluto para ganhar uma dimensão maior e compatível com os princípios constitucionais.

2.3.1 A Constituição de 1824

A primeira Constituição brasileira, na qual o povo foi efetivamente declarado como uma nação livre e soberana, foi a de 1824, denominada como Constituição Imperial. Ela teve sua origem com base na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que dispunha que toda sociedade na qual a garantia dos direitos não fosse assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não haveria Constituição.

Essa Constituição, contudo, pouco continha sobre direitos sociais, o que é explicável pelo fato de a economia da época apoiar-se, principalmente, no trabalho escravo. Cuidava de abolir as corporações de ofício⁷¹.

Após a declaração da Independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, Dom Pedro I convocou, em 1823, uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, com ideais marcadamente liberais, que, contudo, vem a ser dissolvida, arbitrariamente, tendo em vista a existência de divergências com os seus ideais e pretensões autoritárias.

⁷¹ MAGANO, Octávio Bueno; MALLET, Estêvão. **O direito do trabalho na constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 7-9.

Para substituir a tal Assembleia, Dom Pedro I criou um Conselho de Estado para tratar de assuntos/negócios de maior monta e elaborar um novo projeto de acordo com a sua vontade.

Essa Constituição Política do Império do Brasil foi a que durou mais tempo, tendo sofrido forte influência da Constituição Francesa de 1814, bem como das Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789). Suas principais características foram o centralismo administrativo e político, unitarismo e absolutismo⁷².

Teve-se estabelecido e instaurado o Poder Moderador, mais conhecido como a chave de toda a organização política, que era exercido pelo Imperador e foi fundamental para garantir a sua estabilidade no trono durante o reinado no Brasil. O Poder Moderador possuía intervenção direta nos demais Poderes⁷³.

Essa primeira Constituição trazia em seu cerne direitos individuais e liberdades fundamentais, e era fundada totalmente no regime liberal. Como o liberalismo tinha por fundamento colocar o homem, individualmente, no ponto central, a Constituição de 1824 trazia um importante rol de Direitos Cíveis e Políticos, ou seja, uma declaração de direitos e garantias individuais que, nos seus fundamentos, permaneceu nas constituições posteriores⁷⁴.

A maior particularidade dessa constituição estava na atribuição de interpretar as leis ao próprio Poder Legislativo. Instituiu a forma unitária de Estado, privilegiando a centralização político-administrativa e a forma monárquica de governo⁷⁵.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 185. “No que respeita à divisão e ao exercício do poder político, a Constituição de 1824 ostenta, como singularidade, a existência do Poder Moderador – a chave de toda a organização política – “delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos”, conforme o disposto no art. 98 daquela Carta Política”.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 185. “[...] foi um grande estatuto político, uma *lei fundamental* que logrou absorver e superar as tensões entre o absolutismo e o liberalismo, marcantes no seu nascimento, para se constituir, afinal, no texto fundador da nacionalidade e no ponto de partida para a nossa maioria constitucional”. (grifo do autor).

⁷⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 479.

2.3.2 A Constituição de 1891

Após o regime monárquico, sobreveio a República. A constituição de 1891 foi marcada pelo republicanismo. A forma de governo da nação brasileira passou a ser a República Federativa. Consagrou-se o sistema de governo presidencialista, a forma de Estado Federal, e abandonou-se o unitarismo.

O Poder Moderador foi extinto e adotou-se a teoria da tripartição de poderes. A declaração de direitos foi aprimorada, houve prevalência de proteção às clássicas liberdades privadas, civis e políticas, mas ainda não foram previstos direitos trabalhistas, o que só ocorreu em 1934.

Essa Constituição era um arcabouço formal. Era uma mistura de textos, principalmente baseada na Constituição estadunidense⁷⁶, e faltava-lhe o essencial, ou seja, a vinculação com a realidade brasileira, motivo pelo qual ela não teve eficácia social, não regeu os fatos que previa, não foi cumprida.

Trouxe poucas inovações de ordem social, consistindo a principal delas no reconhecimento da liberdade de associação⁷⁷.

Com base nos escritos de Gilmar Mendes, decorridas duas décadas da promulgação da Constituição de 1891, tornou-se evidente que ela não dispunha de força normativa suficiente para ordenar o processo político, do que resultou o surgimento de insatisfações generalizadas, tendentes a aboli-la ou, no mínimo, a reformá-la profundamente⁷⁸.

Outubro de 1930 marcou o fim de uma República ao mesmo tempo em que fechou um capítulo de nossa história federativa e republicana. Foi 30, sem dúvida, ano de grandes comoções patrióticas, de esperanças cívicas, de confiança no futuro. O Estado liberal da versão clássica – durante mais de um século a ideia-força das nossas instituições – chegava ao fim, depois de haver atravessado dois regimes: de um Império e uma República. O País

⁷⁶ MAGANO, Octávio Bueno; MALLETT, Estêvão. **O direito do trabalho na constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 10.

⁷⁷ MAGANO, Octávio Bueno; MALLETT, Estêvão. **O direito do trabalho na constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 10.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 187-188. “Noutras palavras, com ou sem razão, vítima de alegada falta de sintonia com os fatores reais de poder, bem assim pela ausência de clareza e intensidade nos ideais daqueles que a elaboraram, o fato é que não durou muito para que aquela Constituição despertasse “vontades reformistas”, que, afinal, se concretizaram em 1926, quando significativas alterações se introduziram no seu texto, seja na parte relativa à organização do Estado, seja na que dispunha sobre os direitos e garantias individuais”.

acordava então para as mudanças do século. A ditadura do Governo Provisório, em algumas matérias políticas e sociais, entrava com a mesma força, o mesmo ímpeto, a mesma energia dos republicanos de 89, quando instauraram a Primeira República e cuidaram de varrer, em vinte e quatro horas, por decreto-lei, todas as instituições básicas do Império. **Era a aurora do Estado Social.**⁷⁹ (grifo nosso).

A República Velha teve seu fim com a Revolução de 1930, que instituiu o Governo Provisório, levando Getúlio Vargas ao poder. Percebeu-se nesse momento histórico um enorme descontentamento da classe operária em razão do processo de industrialização estimulado pela Primeira Guerra, dentre outros inúmeros fatores que contribuíram para a Revolução.

2.3.3 A Constituição de 1934

A Constituição de 1934 é fruto de uma inclinação à questão social. Trouxe novidades significativas que se incorporaram de vez à nossa experiência constitucional e teve como principal característica a constitucionalização dos direitos sociais. O texto de 1934 sofreu forte influência da Constituição de Weimar de 1919, evidenciando os direitos humanos de segunda dimensão e a perspectiva de um Estado Social⁸⁰.

Com a Constituição de 1934 chega-se à fase que mais de perto nos interessa porquanto nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no País. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida, grandemente descurado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. 8. ed. Brasília, DF: OAB Ed., 2006. p. 267 apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 188-189.

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 205-206. “O auge da crise vem documentado pela Constituição de Weimar. As declarações de direitos, as normas constitucionais ou normas-princípios, não importa o teor organizativo ou restritivo que possam ter, se voltam basicamente para a Sociedade e não para o indivíduo; em outros termos, buscam desesperadamente reconciliar o Estado com a Sociedade, intento cuja consequência imediata estampa o sacrifício das teses individualistas. Logrou-se esse sacrifício numa batalha doutrinária travada por duas teses constitucionais: uma, a do Estado liberal, em decadência; outra, a do Estado social, em ascensão”.

numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo brasileiro.⁸¹

Desde a Constituição de Weimar de 1919 inseriu-se um capítulo em todas as constituições modernas sobre a ordem econômica. Esta tendência repercutiu, no Brasil, na Constituição Federal de 1934, quando se incluiu um capítulo especial sobre a ordem econômica que não tratava somente dos direitos sociais.

Certamente, a crise econômica passada, bem como os diversos movimentos sociais por melhores condições de trabalho, influenciaram fortemente na confecção e na promulgação do texto de 1934, abalando os ideais do liberalismo econômico e da democracia liberal da constituição anterior. Essa constituição foi, portanto, a primeira a abrir largo espaço à ordem econômica e social.

Nessa época surgiu o modelo fascinante de um Estado Social no qual a sociedade e o homem (visto como pessoa e não apenas como indivíduo), passaram a ser os valores supremos.

Nesse contexto, o Direito do Trabalho emergiu fundamentalmente como reação ao processo de acumulação capitalista. No Brasil, apesar das regras esparsas anteriores dirigidas ao trabalho humano, sua construção sistemática se deu a partir de 1930. Passou-se, nessa época, à tentativa de superar as heranças de um passado monocultor e escravocrata para inaugurar uma nova etapa na história⁸².

O início do processo de positivação dos direitos sonogados à classe proletária deu-se com base nas lutas sociais ocorridas em razão da desigualdade até então existente na relação capital e trabalho.

Os atores, cujos interesses precisavam ser compostos, estavam definidos: de um lado, os empresários da indústria, com ênfase ao processo de industrialização; de outro, a massa operária precariamente organizada e destituída de um estatuto jurídico trabalhista integrador. As esparsas normas de proteção ao trabalho

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 332.

⁸² BIAVASCHI, Magda Barros. **O direito do trabalho no Brasil – 1930-1942: a construção do sujeito de direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 66. “Nascia, assim, um ramo do Direito preocupado, desde a sua gênese, em instituir mecanismos legais para compensar a assimetria nas relações de poder na indústria. Rompendo com a lógica liberal da igualdade das partes e contrapondo-se ao primado da autonomia das vontades, o Direito do Trabalho passou a disciplinar as relações de trabalho, protegendo os mais desiguais. Daí porque seu princípio nuclear é o da proteção. Tuitivo, dizem alguns; tutelar, dizem outros. No processo do trabalho, o princípio corretor de desigualdades”.

habitavam os campos do Direito Civil e Comercial e não dariam conta das demandas que decorreriam do processo de industrialização que se iniciava. Nesse sentido, colocava-se como pré-condição à implementação das transformações propostas uma regulação que assegurasse aos trabalhadores urbanos uma inserção econômica e social adequada, que não dissociasse as ordens econômica, política e jurídica.⁸³

A Constituição de 1934 foi de suma importância, pois reconheceu a pluralidade e autonomia sindicais e as convenções coletivas de trabalho. Assegurou uma série de direitos trabalhistas⁸⁴.

O traço dominante da Constituição de 1934 foi o seu caráter democrático, mas lhe faltava fundamentalmente a adequação à realidade social, pois foi estruturada de modo a ter dificuldades de assimilar ou absorver os embates que acabaram a derrubando em pouquíssimo tempo.

2.3.4 A Constituição de 1937

A Carta de 1937 foi influenciada por ideais autoritários e fascistas e instalou a ditadura que só teve fim com a redemocratização pelo texto de 1946.

Tinha como principais preocupações fortalecer o Poder Executivo, atribuir a ele uma intervenção mais direta e eficaz na elaboração das leis, reduzir o papel do parlamento nacional em sua função legislativa como um todo, dentre outros⁸⁵.

⁸³ BIAVASCHI, Magda Barros. **O direito do trabalho no Brasil – 1930-1942: a construção do sujeito de direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 109.

⁸⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Constituição e direitos sociais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 1997. p. 17. “A Carta de 1934 reconheceu a pluralidade e autonomia sindicais, bem como as convenções coletivas de trabalho, mas silenciou-se sobre a greve. Assegurava o direito à isonomia salarial, salário mínimo, jornada diária de 8 horas, férias, repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos, indenização em caso de dispensa sem justa causa, regulamentação das profissões. Proibia o trabalho noturno aos menores de 16 anos, o trabalho insalubre para os menores de 18 anos e para as mulheres etc. Em suma, o diploma constitucional de 1934 era intervencionista e já mostrava sua preferência pelo *Welfare State* (estado do bem-estar)”. (grifo do autor).

⁸⁵ Nesse período Vargas governou sem Legislativo algum. Ver artigos 178, 180 e 187 da Constituição de 1937. Art 178 - São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187; Art 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União; Art 187 - Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República. BRASIL. **Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

Durante a ditadura Vargas, o Congresso Nacional permaneceu fechado e o Presidente da República editou milhares de decretos-leis, gerando a mais completa permissividade jurídica, tendo em vista que, como a concentração do poder de legislar e da prerrogativa de acionar, em causa própria, o mecanismo de anticonrole de constitucionalidade ficava a cargo do Chefe de Governo, nada seria passível de impugnação eficaz.

Porém, a Carta de 1937 não teve aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Nas palavras de José Afonso da Silva: “Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo”⁸⁶.

No que tange à conquista de direitos e vantagens trabalhistas, embora houvesse a triste realidade ditatorial, durante o período tivemos alguns avanços. O trabalho foi referido como dever social, a greve foi considerada medida antissocial e proibida e o sindicato passou a ser encarado como agente responsável por funções delegadas do Poder Público⁸⁷. Houve, também, a expansão capitalista.

2.3.5 A Constituição de 1946

Após a 2ª Guerra iniciaram os movimentos no sentido de redemocratização do país. Foi a nossa quarta constituição republicana, redigida com base nas constituições de 1891 e 1934.

De acordo com José Afonso da Silva o maior erro dessa Constituição foi justamente ter se baseado em constituições passadas, regimes anteriores, motivo pelo qual não conseguiu realizar-se plenamente. Mas, assim mesmo, não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos em que o regeu⁸⁸.

A Constituição de 1946 recuperou o princípio federativo que havia desaparecido na Constituição anterior. Com relação às liberdades e garantias

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 84.

⁸⁷ MAGANO, Octávio Bueno; MALLETT, Estêvão. **O direito do trabalho na constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 15.

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 86.

individuais, estabeleceu que não poderiam ser cerceadas por qualquer expediente autoritário.

Nessa Constituição foi reconhecido o direito de greve e as várias garantias dos trabalhadores já conquistadas durante o “Estado Novo” foram mantidas, marcando a importante evolução social do país.

A Constituição Federal de 1946, ao tratar dos problemas da ordem econômica e social, estabeleceu princípios genéricos e recomendou ao legislador ordinário que fixasse as diretrizes para solucionar os problemas fundamentais da economia.

O trabalho foi definido, também, como obrigação social e o sindicato concebido como ente apto a exercer funções delegadas pelo poder público. Ainda, uma das maiores inovações consistiu na estipulação da participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa⁸⁹.

Ela foi suplantada pelo Golpe Militar de 1964 e o país passou a ser governado por Atos Institucionais e Complementares.

2.3.6 A Constituição de 1967

Essa Constituição sofreu forte influência da Carta Política de 1937, cujas características básicas utilizou como referência.

Foi a primeira Constituição após a Segunda Guerra e era, portanto, uma última tentativa de encerrar o ciclo revolucionário, liberalizando-se o país por meio da aprovação de uma nova Constituição⁹⁰.

Nas palavras de Luiz Roberto Barroso, “Após a edição de tão farta legislação revolucionária, a manutenção da Constituição de 1946, desfigurada e irreconhecível, já não tinha razão de ser”⁹¹.

Preocupou-se fundamentalmente com a segurança nacional, deu mais poderes à União e ao Presidente da República, entre outros aspectos. Nesse

⁸⁹ MAGANO, Octávio Bueno; MALLETT, Estêvão. **O direito do trabalho na constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 16-17.

⁹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 79-80.

⁹¹ BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da constituição brasileira. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 35.

momento os direitos dos trabalhadores foram definidos com maior eficácia. Porém, durou pouco⁹².

2.3.7 A Constituição de 1988

Nossa Constituição vigente prevê um amplíssimo rol de direitos sociais, em especial de direitos trabalhistas, tanto individuais como coletivos (artigos 7º ao 11º).

A importância funcional dos direitos sociais básicos consiste em realizar a igualdade na sociedade, voltada para situações humanas concretas, operada na esfera fática propriamente dita e não em situações abstratas ou formais de Direito. O Estado tem o dever de intervir na ordem social e remover as injustiças sociais existentes⁹³.

Até se chegar ao modelo constitucional atual, com a previsão dos princípios fundamentais e do rol abrangente de direitos sociais que comporta, percorreu-se um longo caminho. Hoje nossa Constituição Federal de 1988 objetiva a concretização dos direitos fundamentais, tanto por meio de normas como de princípios.

Para que a longa e constante luta pelos direitos sociais seja devidamente valorizada e efetivamente considerada, torna-se necessária a modificação de alguns pressupostos básicos com relação ao tema capital e trabalho.

As relações de trabalho devem adequar interesses de três distintas óticas: dos empregados, que postulam maior retribuição; das empresas, que almejam a redução de custos e a majoração da produtividade; e do governo, que deve garantir que os dois interesses principais sejam ponderados/adequados, de modo que seja construída a paz social e garantida a estabilidade da economia nacional.

A atual Constituição é marcada pela rigidez constitucional. Seu processo de modificação é extremamente rígido, ou seja, exige um processo de alteração mais

⁹² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 88. "Em geral, é menos intervencionista do que a de 1946, mas, em relação a esta, avançou no que tange à limitação do direito de propriedade, autorizando a desapropriação mediante pagamento de indenização por títulos da dívida pública, para fins de reforma agrária. *Definiu mais eficazmente os direitos dos trabalhadores*". (grifo nosso).

⁹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 343. "O Estado social no Brasil está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade".

árduo, mais solene e mais dificultoso do que o processo de alteração das demais espécies normativas.

Infelizmente, devido à crise econômica enfrentada atualmente, percebemos um certo retrocesso dos direitos sociais, em especial a redução de direitos trabalhistas, o que afronta a segurança jurídica e o próprio Estado Democrático de Direito.

O nosso sistema econômico ainda é completamente voltado e focado para o lucro, o que faz com que muitas empresas equiparem os seres humanos, principalmente os trabalhadores empregados, ao seu fluxo de caixa, ou seja, a apenas mais uma despesa dentre tantas outras.

Os trabalhadores são reais colaboradores das empresas e é de fundamental importância que isso seja reconhecido. Eles deveriam ser considerados os titulares prioritários dos benefícios da atividade empresarial e a economia deveria garantir o poder de compra da população e juntamente com isso produzir e assegurar as necessidades básicas que um povo precisa.

A designação das pessoas como um mero fator de capital deu margem a muita injustiça social e exploração no âmbito trabalhista, o que de certa forma perdura atualmente. Muitos trabalhadores, mesmo os mais dedicados e que realmente cumprem com seus deveres, perdem seus empregos porque as empresas fazem cortes no quadro funcional devido à extrema necessidade de reduzir custos e sob a pressão de aumentar a margem de lucro. Muitos permanecem desempregados ou subempregados por falta de opção⁹⁴.

Nesse contexto, o princípio da proteção é a base de toda a legislação criada para os trabalhadores, a partir do qual nascem todos os outros princípios. Ele tem o objetivo de proteger o trabalhador, considerado hipossuficiente, em relação à outra parte.

⁹⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. v. 1, pt. 1, p. 131. “[...] cumpre refletir sobre a visão de que na sociedade atual não há mais separação de classes. Acreditar nisso é acreditar que o capitalismo não é mais o modo de produção que dita as características da nossa sociedade, o que, por certo, é uma grande falácia. Cumpre, ademais, verificar o papel antiemancipatório do modo de relacionamento do capital e o do trabalho, que faz crer ao trabalhador que não pertence mais a uma mesma classe de pessoas, criando-se o fetiche do trabalhador independente, não subordinado ao capital e mesmo do pequeno empreendedor, uma subclasse de capitalista só que desprovido de capital. Conforme a previsão de Marx, o capital se concentrou, mas o conseqüente aumento da classe trabalhadora não se produziu na mesma intensidade, já que mascarado pelas formas diluídas de exploração, inviabilizando a luta de classes até mesmo pelo distanciamento físico entre o capital e o trabalho”.

Américo Plá Rodriguez já dizia que:

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, do Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.⁹⁵

No próximo tópico, abordar-se-á com maior ênfase a questão dos direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais explícita ou implicitamente positivados na Constituição Federal de 1988.

2.4 Os Direitos dos Trabalhadores como Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988

Inicialmente, como ponto de partida, destaca-se que a Constituição Federal de 1988, ao positivizar uma série de princípios fundamentais, no dispositivo que elenca os chamados fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º), previu tanto os valores sociais do trabalho quanto a livre iniciativa no mesmo inciso (IV) e com a mesma relevância e hierarquia, “evidenciando um compromisso com a simetria entre capital e trabalho, no mínimo, contudo, espancando qualquer leitura parcial e sectária”⁹⁶.

Dito de outro modo, eventual priorização da dignidade da pessoa humana, prevista expressamente no artigo anterior (art. 1º, III), não poderá justificar a negativa da condição de preceito fundamental seja aos valores sociais do trabalho, seja no que diz com a própria livre-iniciativa, que, ademais, juntamente com a valorização do trabalho humano e a busca do pleno emprego, volta a ser objeto de expressa menção no âmbito dos princípios da ordem econômica (art. 170, caput e inciso VIII), numa articulação teológico-sistemática que haverá de ser permanentemente considerada pelo legislador e pelos demais intérpretes e aplicadores da CF.⁹⁷

⁹⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 83.

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: FRAZÃO, Ana de Oliveira; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional**: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: FRAZÃO, Ana de Oliveira; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional**: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21.

Para a concretização dos direitos fundamentais sociais e dos trabalhadores é necessário conciliar o exercício do poder diretivo do empregador com o indispensável respeito à dignidade do trabalhador.

O Poder Constituinte de 1988 reconheceu, sob o rótulo de direitos sociais, um rol abrangente de direitos fundamentais. Entretanto, o entendimento que permeia o sistema de direito constitucional positivo brasileiro é no sentido de que todos os direitos sociais, expressa ou implicitamente positivados, sediados ou não no Título II da CF, são direitos fundamentais. De acordo com Ingo Sarlet, essa tem sido a própria orientação adotada pelo STF em matéria de direitos sociais⁹⁸.

Há de se considerar, portanto, a importância das normas que estão fora do catálogo de direitos e garantias fundamentais, mas que por força dos artigos 9º e 468 da CLT⁹⁹ podem a eles ser formalmente equiparadas, tendo também, materialmente, natureza de direitos fundamentais¹⁰⁰. Essas normas, embora não estejam na Constituição, também não podem ser revogadas por qualquer forma que seja, em razão da sua natureza¹⁰¹.

Ademais, conforme se aúfere da leitura do artigo 5º, §2º, a Constituição Federal de 1988 inseriu em seu texto, expressa e implicitamente, os direitos fundamentais: “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”.

A partir disso pode-se afirmar que os direitos fundamentais são um catálogo aberto que compreende tanto os direitos expressamente assegurados na CF e outros documentos jurídicos, como os tratados internacionais, quanto os direitos designados de implícitos¹⁰².

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: FRAZÃO, Ana de Oliveira; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional**: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 27.

⁹⁹ Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação; Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

¹⁰⁰ SCHÄFER, Jair Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36.

¹⁰¹ MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica, na constituição brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007. p. 76.

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 78 e seguintes.

Da mesma forma, o artigo 7º da Constituição “pode ser considerado como uma cláusula especial de abertura em matéria de direitos fundamentais dos trabalhadores”.¹⁰³

O valor do “emprego”, previsto no artigo 6º da CF, é resguardado nacional e internacionalmente, em nível constitucional, como direito fundamental atrelado à dignidade da pessoa e à centralidade do trabalho e também nos diplomas internacionais.

Nesse contexto, torna-se relevante a atuação do Poder Judiciário, já que a “negação da fundamentalidade na esfera jurisprudencial acabaria por esvaziar o texto constitucional, a despeito da expressa previsão de que os direitos sociais e os direitos dos trabalhadores são direitos fundamentais”¹⁰⁴.

É necessário reconhecer um regime jurídico substancialmente uniforme para os direitos fundamentais, sejam da natureza que forem, sem prejuízo das peculiaridades existentes.

Outrossim, os direitos fundamentais estão inseridos no rol denominado de “cláusulas pétreas”, o qual abrange direitos e garantias individuais e, inclusive, os direitos sociais e os direitos políticos, motivo pelo qual não são passíveis de reforma constitucional e não podem ser abolidos. Ainda, possuem aplicabilidade imediata¹⁰⁵.

De acordo com Ingo Sarlet, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagrados na Constituição em razão da localização topográfica¹⁰⁶. Não se pode sugerir que a norma contida no artigo 5º, §1º, da CF aplica-se apenas aos direitos individuais e coletivos, pois o artigo utiliza genericamente a expressão “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: FRAZÃO, Ana de Oliveira; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 32.

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: FRAZÃO, Ana de Oliveira; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 27.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 433.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: FRAZÃO, Ana de Oliveira; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 36.

Ingo Sarlet ressalta que:

Parece evidente que a ausência de uma distinção expressa entre o regime dos direitos sociais e os demais direitos fundamentais, somada ao texto do §1º do art. 5º da CF, ainda mais em face da circunstância de que os direitos sociais (mas pelo menos os elencados no Título II da CF) são direitos fundamentais, deve prevalecer sobre uma interpretação notadamente amparada em critério meramente topográfico.¹⁰⁷

A Constituição Federal de 1988 não faz qualquer distinção entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, inclusive em relação à primazia dos primeiros sobre os segundos. Além disso, uma interpretação que limita o alcance das cláusulas pétreas aos direitos previstos no artigo 5º da CF exclui uma série de outros direitos, “o que não corresponde a uma interpretação que leve a sério o sistema constitucional no seu conjunto”¹⁰⁸.

Segundo Ingo Sarlet, os direitos sociais estão claramente abrangidos no conceito de “direitos e garantia individuais” do artigo 60, §4º, IV, da Constituição brasileira de 1988, porque, se assim não fosse, não se poderia incluir, também, como cláusula pétrea, os direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13) e os direitos políticos (artigos 14 a 17)¹⁰⁹.

Nesse sentido é conclusão lógica afirmar que todas as normas de direitos fundamentais, constantes no Título II da CF ou em outras partes do texto constitucional ou, ainda, nos tratados internacionais, são dotadas de aplicabilidade imediata¹¹⁰.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: FRAZÃO, Ana de Oliveira; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 38.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: FRAZÃO, Ana de Oliveira; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 57.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 392.

¹¹⁰ De acordo com Ingo Sarlet, com relação ao assunto, apesar de haver posição prevalente, há controvérsias. As concepções oscilam entre os que, adotando posição extremamente tímida, sustentam que boa parte dos direitos fundamentais alcançam sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei (cita ser esta a posição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho – um dos mais conhecidos representantes dessa corrente, “A Aplicação Imediata das Normas Definidoras de Direitos e Garantias Fundamentais”, *RPGE* n. 29 (1988), p. 35 e s.), e os que, situados em outro extremo, advogam o ponto de vista segundo o qual até mesmo normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em virtude de sua imediata aplicabilidade, o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa (cita Eros Roberto Grau, “A Ordem Econômica da Constituição de 1988”. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 322 e

De fato, a norma contida no art. 5º, §1º, da CF impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais¹¹¹ e a falta de interposição legislativa não pode constituir obstáculo incontornável à sua aplicação imediata. Cabe ao poder judiciário, nesse caso, assegurar a sua plena eficácia, removendo lacunas oriundas da falta de concretização¹¹².

Como já destacado, a própria leitura do artigo 1º da Constituição Federal, o qual elenca os fundamentos do Estado, revela a vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado consagrada. Esse fato demonstra a importância desses direitos e caracteriza-os como limites à reforma constitucional, independente de terem sido colocados, ou não, expressamente, no rol de cláusulas pétreas.

A defesa, a observância e a concretização dos direitos sociais são pressupostos importantes para a eficácia da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. É por isso que ambos são elevados à fundamentos da República Federativa do Brasil.

Outrossim, sem a concretização dos direitos sociais não há como se alcançar uma sociedade livre, justa e igualitária (artigo 3º da CF), muito menos a redução das desigualdades sociais (artigos 3º e 170, VII da CF). A melhor interpretação, portanto, é no sentido de que os direitos sociais e dos trabalhadores estão elencados na Constituição como direitos fundamentais e como cláusulas pétreas.

Entretanto, o fato de os direitos fundamentais estarem protegidos contra eventual supressão textual pelo poder de reforma constitucional não os transforma

s.). Ver sobre o assunto: SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: FRAZÃO, Ana de Oliveira; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional**: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 39-40.

¹¹¹ PIOVESAN, Flávia. Concretização e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **RPESP**, São Paulo, n. 37, p. 73, 1992.

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: FRAZÃO, Ana de Oliveira; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional**: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 44-45. “Com isso, todavia, não se está a afirmar que a norma consagrada pelo art. 5º, §1º, da CF tenha por consequência uma absoluta uniformidade no que diz com a natureza e alcance dos efeitos jurídicos extraídos das normas de direitos fundamentais, pois, embora se possa falar, em certo sentido (de acordo com terminologia amplamente difundida no meio jurídico brasileiro), de uma eficácia plena das normas de direitos fundamentais sociais, também é preciso lembrar que a noção de normas de eficácia plena, caso utilizada, não deve ensejar o equívoco de considerar afastada a possibilidade de limitação e restrição dos direitos fundamentais.”

em direitos absolutos, ou seja, protegidos contra toda e qualquer intervenção restritiva. Nessa conjuntura, deve-se ter especial cuidado com a observância do princípio da proibição de retrocesso social¹¹³.

A proibição de retrocesso atua como baliza para impugnar medidas que impliquem a supressão ou restrição de direitos fundamentais e que possam ser compreendidas como efetiva violação de tais direitos¹¹⁴.

¹¹³ Encontra-se relacionada ao princípio da segurança jurídica e dos seus respectivos desdobramentos.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: FRAZÃO, Ana de Oliveira; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 63-71. Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho sustenta que o núcleo essencial dos direitos sociais concretizado pelo legislador encontra-se constitucionalmente garantido contra medidas estatais que, na prática, resultem na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 340.

3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL E O CONTRATO DE TRABALHO

O quadro que se apresentou no surgimento do Código Civil de 2002 foi o da reação ao excessivo individualismo característico da era liberal. As principais transformações do Direito Privado pautaram-se nas modificações na esfera econômica, provocadas pelo desenvolvimento da industrialização e do capitalismo, bem como no surgimento dos direitos sociais, o que desencadeou a sua “publicização” e “socialização”.

Antes, o direito subjetivo era entendido apenas como a vontade do sujeito, e disso sobressaía o “contrato” como a voluntária submissão do indivíduo a uma limitação da sua liberdade¹¹⁵. O Direito Privado era enfrentado como o conjunto das relações jurídicas no qual cada indivíduo exercia a própria vontade dando-lhe um caráter especial.

Esse individualismo tinha como reflexo uma qualificação acentuadamente subjetivista. A função do Direito Privado não era aquela de disciplinar algumas atividades da vida econômica e familiar da sociedade, mas a vida dos indivíduos no seio da sociedade.

Desses aspectos, quase nada restou. O aspecto constitucional do Direito Privado pertence hoje, sem qualquer contraste, ao Direito Público, e as transformações da sociedade e da vida econômica provocaram um progressivo aviltamento do indivíduo, também no campo do Direito Privado, que antes era o seu domínio incontrastado¹¹⁶.

Em suma, o Direito Privado deixou de regular exclusivamente a atividade do indivíduo e passou a adequar-se a normas e princípios que satisfazem tanto os interesses individuais quanto os coletivos, motivo pelo qual a defesa desses interesses pertence também ao Direito Público, podendo-se afirmar, inclusive, que é obrigação do Estado garanti-los.

¹¹⁵ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. Tradução de Maria Cristina De Cicco. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 747, p. 38-39, jan. 1998. “Nesse sistema, as relações do Direito Privado com o Direito Público são muito claras. O Direito Privado coincide com o âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos, enquanto o Direito Público é aquele emanado pelo Estado, voltado para objetivos de interesse geral. As duas esferas são quase impermeáveis, reconhecendo-se ao Estado o poder de limitar os direitos dos indivíduos somente para atender a exigências dos próprios indivíduos”.

¹¹⁶ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. Tradução de Maria Cristina De Cicco. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 747, jan. 1998.

Deste modo, o Direito Privado perdeu o caráter de tutela exclusiva do indivíduo para socializar-se. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 passou-se por um momento de construção interpretativa no qual se tornou necessário adequar os preceitos do Código Civil à Constituição Federal.

De acordo com Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco, “se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social – o que vem sendo regra desde Weimar –, é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em concreto instrumento de ação”¹¹⁷.

Com o advento do novo Código Civil instrumentalizou-se a diretriz constitucional da solidariedade social, posta como um dos objetivos fundamentais da República no artigo 3º, III, da Constituição Federal¹¹⁸, mediante o recurso à função social e também à boa-fé.

As cláusulas gerais do novo Código Civil representam uma alteração relevante no Direito Privado brasileiro se lidas a partir da lógica da solidariedade constitucional, da dignidade da pessoa humana, da função social do contrato e da técnica interpretativa contemporânea.

As cláusulas gerais não prescrevem uma certa conduta, mas definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas¹¹⁹.

O princípio da função social do contrato, assim como os princípios da dignidade, da valorização do trabalho humano e da boa-fé, influencia a legislação infraconstitucional brasileira. Em torno deles gravita todo o ordenamento jurídico, composto por normas inferiores que provêm destas normas qualificadas como regras principiológicas.

O Código Civil, em seu artigo 421, exprime o conceito e a necessidade de se ater à função social dos contratos: “a liberdade de contratar será exercida em razão

¹¹⁷ MARTINS COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 144.

¹¹⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. BRASIL. Constituição. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

¹¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16.

e nos limites da função social do contrato”¹²⁰.

Dentro do art. 421, do CC, a função social do contrato torna-se o centro da interpretação das relações contratuais, por isso afirma Gustavo Tepedino:

A função social é aqui definida textualmente como a razão da liberdade de contratar. Disto decorre poder-se afirmar que a funcionalização constitui dado essencial à situação jurídica, qualifica-a em seus aspectos nucleares, em sua natureza e disciplina. [...] Toda situação jurídica patrimonial, integrada a uma relação contratual, deve ser considerada originariamente justificada e estruturada em razão de sua função social.¹²¹

A Constituição Federal internalizou a função social da propriedade e o art. 421 do Código Civil é expresso ao afirmar que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, ou seja, a autonomia privada, seja individual ou coletiva, e a discricionariedade na pactuação do negócio jurídico não são absolutas, encontrando limitações naturais decorrentes dos seus reflexos no seio da coletividade. A máxima *pacta sunt servanda*¹²² não pode ser compreendida de modo irrestrito, pois a liberdade de contratar encontra limites na função social do contrato.

Conforme bem explicam Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco o direito subjetivo de contratar e a forma do seu exercício são extremamente afetados pela funcionalização,

[...] que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto que concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera de interesses alheios¹²³.

Para Enzo Roppo “o contrato é a veste jurídica das operações econômicas”¹²⁴, de modo que constitui sua função primordial instrumentalizar a circulação e transferência da riqueza, atual ou potencial, de um patrimônio para outro.

¹²⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

¹²¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2, p. 11.

¹²² Significa que os pactos cumpridos devem ser respeitados, ou que os contratos assinados devem ser cumpridos.

¹²³ MARTINS COSTA, Judith. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 158.

¹²⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 10 e seguintes.

A função social do contrato, nesse contexto, desempenha duplo papel. Um relacionado à restrição da liberdade contratual e autonomia privada quando esta se mostrar incompatível com as exigências da socialidade. Outro relacionado à uma conotação subjetiva, ou seja, de elemento integrante do conceito de contrato, e é por ser este dotado de função social que a liberdade contratual encontra limites. E é pelo mesmo motivo que a liberdade contratual é regularmente exercida¹²⁵.

Na esteira das relações de trabalho, a função social do contrato ganha destaque, na medida em que os efeitos são irradiados por toda a sociedade econômica, sendo imprescindível zelar pelo equilíbrio e pela segurança jurídica dessas relações. Assim, não há lacunas para instabilidades na execução dos contratos de trabalho, devendo as partes agir de maneira ética e transparente no curso da relação, atendendo ao princípio da boa-fé. Em toda relação contratual ou pré-contratual deve estar presente, mesmo que implicitamente, o princípio da boa-fé objetiva, para assim impor deveres jurídicos de proteção às partes, como a lealdade, confiança, assistência, entre outros.

Os artigos 113, 421 e 422 do Código Civil¹²⁶ dispõem que os ditames da boa-fé objetiva e da função social do contrato devem ser observados em todas as fases contratuais. Nesse aspecto, de acordo com a boa-fé objetiva, todos os atos devem ser executados em harmonia com a obrigação anteriormente assumida a fim de não frustrar as expectativas das partes.

A relação entre patrão e empregado não é um jogo, mas uma união de esforços entre o capital e o trabalho com vistas a atender os anseios de ambos os polos dessa relação. De um lado, tem-se o empregador, que visa a lucratividade do empreendimento, enquanto que, de outro, está o trabalhador, que busca meios de

¹²⁵ “Integrando o próprio conceito de contrato, a função social tem um peso específico, que é o de entender a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma ‘exceção’ a um direito absoluto, mas como expressão da função metaindividual que integra aquele direito. Há, portanto, um valor *operativo*, regulador da disciplina contratual, que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas. Em outras palavras, a concreção especificativa da norma, em vez de já estar pré-constituída, preposta pelo legislador, há de ser construída pelo julgador, a cada novo julgamento, cabendo relevantíssimo papel aos casos precedentes, que auxiliam a fixação da hipótese, e à doutrina, no apontar de exemplos”. (grifo do autor). MARTINS COSTA, Judith. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 159 e 160.

¹²⁶ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

sobrevivência e de satisfação de suas necessidades básicas, asseguradas, inclusive, pelo art. 7º, *caput*, da Constituição Federal¹²⁷, mediante a percepção da remuneração ajustada. Por isso, nessa relação jurídica contratual não se admitem ações unilaterais prejudiciais, que levem a outra parte ao equívoco, em descompasso com o equilíbrio das partes e a segurança jurídica.

O contrato de trabalho já é, naturalmente, diverso dos demais contratos, pois o empregado nem sempre possui liberdade contratual. Há uma diferença entre a liberdade de contratar e a liberdade contratual. A primeira refere-se à liberdade que cada um possui de decidir se quer ou não realizar/formalizar um contrato, de acordo com seus interesses. A segunda diz respeito ao momento de dispor sobre as cláusulas contratuais, momento em que deveria ser buscado certo equilíbrio para garantir a igualdade entre partes e evitar injustiças. Ocorre que é nesse momento em que o empregado menos participa, ou seja, na verdade ele, como contratante, não participa da regulamentação do conteúdo do seu contrato, apenas o adere.

Os princípios da função social dos contratos e da equivalência material das prestações preconizam a realização e preservação do equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonizar os interesses dos contratantes, de modo que o interesse de um não possa sobrepor-se ao do outro. É um desdobramento do princípio da equidade, para corrigir os desequilíbrios supervenientes à continuidade executiva do contrato, mormente aquele do tipo de trato sucessivo, como é o contrato de trabalho.

Tanto o artigo 6º da Constituição Federal¹²⁸ quanto o art. 7º da Constituição Federal se apresentam como garantias sociais endereçadas, a princípio, à conduta estatal, como representativos da eleição de prerrogativas e garantias asseguradas ao cidadão – no caso do art. 7º da Constituição Federal ao cidadão-trabalhador – como parâmetro de dignidade, sendo vedado ao Estado a regressão desse estágio de proteção mediante alteração da ordem jurídica infraconstitucional.

¹²⁷ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]. BRASIL. Constituição. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

¹²⁸ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. Constituição. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

Por motivos políticos e históricos, justificadores da eleição pelo poder constituinte originário quando da tarefa construtora de uma ordem constitucional dita “cidadã” e investida de valores sociais-democráticos, o processo de constitucionalização do direito privado acabou por alcançar a eleição de determinados primados e posições jurídicas encampadas na ordem legal não mais disponíveis, por atuação legislativa simplificada.

Aqui é de se invocar novamente o que dispõe o Código Civil em seus artigos 113, 421 e 422, cujo teor há muito já vem sendo proclamado pela doutrina e jurisprudência, porquanto é a linha adotada pela Constituição Federal de 1988, em todo o seu conteúdo, que coloca o ser humano num patamar efetivamente superior ao plano das “coisas”. Disso, a validade dos negócios jurídicos já não se restringe à mera observância das formalidades legais exigidas, pois tais requisitos não bastam. Vigoram, sobretudo, a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, atuando como elementos subsidiários da autonomia da vontade, capazes de suplantá-la ao menor sinal de incoerência. Portanto, o vício de consentimento não se limita ao plano subjetivo e formal das relações jurídicas, alcançando também o seu plano objetivo, ou seja, a validade dos contratos há que ser analisada também em face das suas consequências presentes e futuras.

A boa-fé pode ser caracterizada como objetiva ou subjetiva. No sentido objetivo se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal. No sentido subjetivo, denota estado de consciência e intenção do sujeito. Em sentido contrário tem-se a má-fé, conhecida como intenção de lesar a outrem¹²⁹. Em qualquer contrato, ambos devem ser observados e devidamente aplicados.

¹²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 411. “A expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem. Já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’.

Afere-se, portanto, que o princípio da função social do contrato tem por escopo analisar se a relação estabelecida entre as partes envolvidas (no caso do contrato de trabalho, empregado e empregador) insere-se no contexto social, e não somente no contexto privado.

O contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (CF, art. 3º, I) e da justiça social (CF, art. 170 caput), da livre-iniciativa, for respeitada a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), não se ferirem valores ambientais (CDC, 51, XIV) etc.¹³⁰

A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seus papéis primários e naturais: concretização do direito ao trabalho e preservação do princípio da dignidade da pessoa humana. O trabalho dignifica o homem e é por meio dele que o ser humano se sente participante da coletividade, ciente de que está contribuindo para o progresso do país.

3.1 A Função Social do Contrato de Trabalho

O Direito do Trabalho, embora se constitua em ramo autônomo da Ciência Jurídica, com princípios e normatizações próprias, guarda relação de dependência com os conceitos e regulamentações de direito material civil, em face do que dispõe o artigo 8º, parágrafo único, da CLT¹³¹.

Essa vinculação é importante para que sejam garantidas, nas relações contratuais, a prática da boa-fé e a função social do contrato, tanto na contratação quanto na execução e, também, na extinção dos contratos de trabalho.

Entretanto, embora com o advento da disposição do art. 421 do Código Civil vigente tenha ocorrido uma mudança em relação à conformação do Direito Privado a

¹³⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil anotado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 336.

¹³¹ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1.943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

partir de uma perspectiva funcional, de acordo com Gerson Luiz Carlos Branco¹³² a função social dos contratos, vista como um controle entre a liberdade contratual e os fins sócias almejados, estava presente tanto no Direito do Trabalho como no Direito Civil muito antes do advento do Código Civil de 2002.

Refere o autor que no Direito do Trabalho a função social se manifestava e se manifesta através da aplicação de um princípio típico das relações de trabalho, o princípio da primazia da realidade. Esse princípio busca assegurar os fins visados pela norma, independentemente do conteúdo dos contratos¹³³.

No Direito do Trabalho, diferente das relações civis, é fundamental e essencial que se verifique as condições reais do trabalho e do trabalhador no curso da execução do contrato, o que revela a importância do princípio da primazia da realidade e a semelhança ao que se chama de princípio da função social do contrato¹³⁴.

Conforme afirma Gerson Luiz Carlos Branco, a ideia de funcionalização do contrato de trabalho ocorreu há muito tempo, passando pela opção de o legislador proteger mais a relação de trabalho do que o contrato de trabalho¹³⁵.

Isso ocorre porque o contrato de trabalho se diferencia dos demais contratos. Todos os contratos comprometem a pessoa dos contraentes. Todos os contratos

¹³² BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A aplicação do art. 421 do código civil e a função social dos contratos nas relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 160, p. 123-140, nov./dez. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/oracle_jre_usage/Downloads/FS%20no%20d.%20do%20trabalho%20(1).pdf>. Acesso em: 11 jul. 2017.

¹³³ Segundo o princípio da primazia da realidade, a realidade da operação econômico-social subjacente ao contrato de trabalho precisa ser respeitada, independentemente das cláusulas contratuais ou de um instrumento formal de natureza contratual. Em outras palavras, o contrato enquanto ajuste voluntário sobre as condições do trabalho tem caráter instrumental e como tal produzirá só os efeitos compatíveis com a realidade. Em certo sentido pode-se dizer que a disposição do art. 421 do CC/2002 trouxe como mudança para o Direito algo que já existia no Direito do Trabalho, que é a possibilidade de o juiz identificar a causa do contrato e verificar a compatibilidade entre o ato formal e os efeitos alcançados, efeito similar à aplicação do princípio da primazia da realidade. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A aplicação do art. 421 do código civil e a função social dos contratos nas relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 160, p. 123-140, nov./dez. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/oracle_jre_usage/Downloads/FS%20no%20d.%20do%20trabalho%20(1).pdf>. Acesso em: 11 jul. 2017.

¹³⁴ Historicamente, o Direito do Trabalho construiu o princípio da primazia da realidade justamente para reconhecer a invalidade daquelas disposições contratuais dissociadas dos elementos que alteram a funcionalidade do contrato, isto é, quando a forma tenta sobrepor-se à realidade que lhe é subjacente. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A aplicação do art. 421 do código civil e a função social dos contratos nas relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 160, p. 123-140, nov./dez. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/oracle_jre_usage/Downloads/FS%20no%20d.%20do%20trabalho%20(1).pdf>. Acesso em: 11 jul. 2017.

¹³⁵ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A aplicação do art. 421 do código civil e a função social dos contratos nas relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 160, p. 123-140, nov./dez. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/oracle_jre_usage/Downloads/FS%20no%20d.%20do%20trabalho%20(1).pdf>. Acesso em: 11 jul. 2017.

que tem por objeto uma atividade humana implicam um forte comprometimento da pessoa do prestador dessa atividade. Ocorre que em todos esses contratos não é o próprio devedor que forma a matéria do compromisso. O objeto é uma coisa ou uma prestação definida antecipadamente. No contrato de trabalho essa definição se fará na própria execução do contrato de trabalho, por meio da efetivação do domínio adquirido pelo empregador sobre o corpo do trabalhador. O trabalhador não adquire, em momento algum, o direito sobre a coisa trabalhada.

Nos primórdios das relações mercantis, o homem “livre” era colocado à serviço de outro: um escravo era locado por um senhor. Na verdade, esse “negócio” implicava uma verdadeira sujeição pessoal, que comprometia inteiramente a liberdade do trabalhador¹³⁶.

Com o passar dos anos, através de lutas históricas, buscou-se cada vez mais a afirmação da liberdade individual do trabalhador, sujeito efetivamente apto a negociar a sua própria força de trabalho, pois proprietário dela.

Nesse contexto, no sistema econômico capitalista, para que o contrato de trabalho fosse efetivamente válido, tornou-se necessário separar da pessoa do “trabalhador”, o objeto “força de trabalho”, ou capacidade de trabalhar, que inegavelmente é parte dela, tornando o trabalho, de certa forma, alheio à pessoa que trabalha.

Passou-se a compreender que o trabalhador se objetiva em um bem negociável, sua própria força de trabalho, que não guarda relação com sua pessoa propriamente dita. Essa construção é o que deu ensejo a possível formação de um contrato que regula a relação de trabalho de acordo com o pensamento econômico liberal que surgiu a partir do século XVIII. A noção moderna de trabalho só aparece, pois, a partir do momento em que o trabalho é tratado como uma mercadoria pelo pensamento econômico.

O Estado daquela época, voltado prevalentemente à prosperidade econômica e cunhado sob o ideário liberal-individualista, não interferia na realidade laboral. Ocorria, em razão disso, cada vez mais a degradação dos trabalhadores e a progressão das desigualdades sociais.

¹³⁶ SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Tradução de António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. p. 6. Nesse contexto, Alain Supiot destaca que as tarefas de produção eram consideradas incompatíveis com o ideal de liberdade, pois homem livre seria aquele que age por conta própria e não para satisfazer as necessidades de outrem.

Posteriormente, com o movimento operário, passou-se a exigir a proteção do trabalhador e o ditame, pelo Estado, de normas básicas e inafastáveis a regerem as relações laborais, impedindo que o trabalhador, em troca de oportunidade de trabalho, fosse compelido a renunciar a sua própria dignidade humana.

O trabalho e a vida em comunidade são fatores afirmativos que acompanham o ser humano desde as mais remotas épocas.

O fato é que o trabalho sempre foi tratado como mercadoria, ou seja, como objeto de um negócio. Todavia, conforme leciona Alain Supiot¹³⁷, não há como equipará-lo à uma mercadoria, em especial diante da personalidade existente, por meio da qual se torna impossível dissociar o trabalho da pessoa do trabalhador.

Nesse contexto, importante lição se extrai do comentário de Hannah Arendt sobre a contribuição moderna ao conceito de propriedade:

[...] a propriedade não constituía parte fixa e firmemente localizada no mundo, adquirida por seu detentor de uma maneira ou de outra, mas, ao contrário, tinha no próprio homem sua origem, na sua posse de um corpo e na indiscutível propriedade da força desse corpo, que Marx chamou de <<força de trabalho>>. ¹³⁸

Em geral, entende-se que o objeto da relação de trabalho é a obrigação devida por cada uma das partes: binômio prestação do trabalho e salário. Alain Supiot entende essa análise completamente superficial, ao passo que não há como compreender a relação de trabalho sem levar em consideração o objeto da obrigação devida pelas partes e o objeto da prestação do trabalho, que no caso do trabalhador é o seu próprio corpo, aquilo que se constitui no núcleo da matéria do contrato.¹³⁹

Não se poderia fazer do trabalho o objeto de uma obrigação contratual se não se tratasse o trabalho como um bem, inscrito no

¹³⁷ SUPLOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Tradução de António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. p. 4. Alain Supiot desconstrói o Direito do Trabalho em busca de revelar princípios e fundamentos que o sustentam. Para tanto, parte de uma análise histórica para chegar nos seus reflexos jurídicos. Para Supiot o termo trabalho carrega em si certa ambivalência, ora revelando a submissão das pessoas às coisas, ora submissão das coisas às pessoas: “O trabalho evoca ao mesmo tempo o constrangimento, a pena de uma actividade que não é o fim de si mesma, e a liberdade, o acto criador em que, ao realizá-lo, o homem se realiza a si próprio. Umas vezes submissão das pessoas às coisas, outras submissão das coisas às pessoas, o trabalho tanto faz de demiurgo como de escravo”.

¹³⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 80.

¹³⁹ SUPLOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Tradução de António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

ativo do patrimônio de uma das partes, que sede o seu uso à outra, ou, por outras palavras, como uma riqueza separável da pessoa do trabalhador. Dizer, por exemplo, que o trabalho é a causa – no sentido jurídico – do salário só é possível ao preço dessa separação. Porque se fosse o comprometimento da pessoa inteira a servir-lhe de causa, a remuneração teria por objeto a manutenção dessa pessoa, e já não se estaria em presença de um salário, nem de um contrato, mas de um rendimento e de um estatuto conferido à pessoa, como no caso do funcionário. O mesmo se diria se, numa perspectiva inversa, se negasse ao trabalhador a qualidade de pessoa, tratando-o como uma coisa. [...] Por muito diferentes que sejam, estas situações jurídicas têm em comum o não separarem o organismo vivo da sua força de trabalho, o que as torna impróprias para a qualificação contratual. [...] **A força da concepção patrimonial da relação de trabalho vem justamente do fato de ela lograr fazer do trabalho um bem negociável (mercadoria) sem deixar de conferir ao trabalhador a qualidade de sujeito de direito (homem livre).**¹⁴⁰ (grifo nosso).

O domínio adquirido sobre os trabalhadores na relação salarial é, antes de mais nada, um domínio físico, pois o trabalho compromete a própria pessoa. Não põe em jogo o que tem, mas o que é. Assim, deve-se ter presente o postulado da não-patrimonialidade do corpo humano, ao que se deve assegurar respeito¹⁴¹.

A pessoa física constitui o objeto da prestação do trabalho. O corpo é o lugar, a passagem forçosa das obrigações do trabalhador, é a própria coisa que forma a matéria do contrato.

Portanto, para se atingir a função social do contrato de maneira substancial, tornou-se necessário reconhecer ao trabalhador a capacidade jurídica de dispor das suas próprias forças para real efetivação do princípio da dignidade.

O trabalhador, como sujeito de direitos, apenas passou a ganhar espaço no momento em que a lógica de mercado acabou por reconhecer a importância de valores não patrimoniais, como, por exemplo, o corpo humano, substrato do trabalhador.

O direito do trabalho passou a se preocupar, então, tanto com a segurança física como com a segurança econômica do trabalhador. Isso se deu, porque em uma relação de trabalho, enquanto o empregador coloca em jogo o seu patrimônio, o trabalhador arrisca sua saúde. Tudo que afeta o corpo (objeto do contrato), reflete

¹⁴⁰ SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Tradução de António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. p. 68-69.

¹⁴¹ SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Tradução de António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. p. 75. Ocorre que o corpo humano, em um contexto atual, não pode ser considerado uma “coisa” dentro do comércio, sendo que o direito do homem sobre o seu próprio corpo é, necessariamente, de natureza suprapatrimonial.

necessariamente no próprio contrato. Entretanto, não se pode considerar suficiente que o trabalhador saia fisicamente incólume após prestar o seu trabalho, é também necessário que ele encontre nele os meios de perpetuar a sua força de trabalho, isto é, os meios de vida própria e de sustento dos seus.

Nesse contexto, a Organização Internacional do Trabalho, desde 1919 prescreve “o pagamento aos trabalhadores de um salário que lhes assegure um nível de vida adequado ao seu tempo e ao seu país”¹⁴². A Declaração de Filadélfia, posteriormente, em 1944, afirmou a necessidade de assegurar “um salário mínimo vital a todos aqueles que têm um emprego e têm necessidade de uma tal proteção”¹⁴³. Da mesma forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabeleceu o salário como premissa de uma vida decente¹⁴⁴.

Como significado de mínimo vital, nível de vida adequado e vida decente pode-se considerar um salário que assegure as exigências biológicas do trabalhador para reprodução da sua força de trabalho e, também, as exigências sociais resultantes do estado geral de riqueza da sociedade à qual pertence o trabalhador.

Por meio da concretização tanto da segurança física do trabalhador, quanto da segurança econômica, pode-se atingir o que Alain Supiot chama de “identidade para o trabalho”¹⁴⁵. Importante considerar que o estado profissional é um elemento decisivo da identidade de cada um. A profissão, seja ela qual for, é elemento constitutivo da identidade. O lugar ocupado por cada um na divisão do trabalho social constitui um dos elementos fundamentais da sua identificação jurídica.

A perspectiva do trabalho enquanto objeto, portanto, existe em razão da equiparação da relação de trabalho ao contrato. O trabalhador era visto como quem alugava seus serviços a outrem, sendo o trabalho o objeto do negócio e o mercado de trabalho o local da negociação. O papel do trabalhador nesse viés seria unicamente o de negociar o “bem trabalho”. Ocorre que, a dificuldade jurídica

¹⁴² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Constituição da Organização Internacional do Trabalho. In: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Documentos fundamentais da OIT**. Lisboa, 2007. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/constitucao.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

¹⁴³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Declaração de Filadélfia. In: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Documentos fundamentais da OIT**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/constitucao.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

¹⁴⁴ NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Nova Iorque, 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2017.

¹⁴⁵ SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Tradução de António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. p. 111-144.

enfrentada com o termo “trabalho” vem justamente da premissa de que o trabalho não é uma mercadoria, primordialmente porque é inseparável da pessoa do trabalhador¹⁴⁶.

Assim, diante da dificuldade dessa separação, tem-se o trabalho como valor máximo primado, transmudam-se os conceitos e a significação dos institutos em consideração à efetivação daquele valor e à proteção da dignidade da pessoa humana, para se atingir uma verdadeira função social.

3.2 O Direito ao Trabalho como Instrumento de Realização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O tema dignidade da pessoa humana no contexto da relação de trabalho possui diversas nuances. Não se pretende, de maneira nenhuma, o esgotamento do tema no tópico, mas apenas trazer à tona alguns desafios enfrentados, no que diz respeito à própria noção de dignidade e a concepção de trabalho e seu valor social.

Trabalho é um conceito complexo, pois implica os mais diversos aspectos da vida e, por isso, está voltado para as mais diversas ciências. Cada uma delas se ocupa dele e o enquadra diversamente em seu sistema “mais ou menos central, mais ou menos importante, sempre porém digno de interesse”¹⁴⁷.

Como se tratará sobre dignidade, pertinente iniciar com as palavras de Immanuel Kant:

*Im Reiche der Zwecke hat alles entweder einen Preis oder eine Würde. Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann auch etwas anderes als Äquivalent gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent verstattet, das hat eine Würde.*¹⁴⁸

¹⁴⁶ SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Tradução de António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. p. 10-14. Nesse contexto Alain Supiot questiona: o trabalho é coisa ou pessoa? Pode um homem livre ser submetido ao poder de um seu igual? E mais: qual seria o estatuto jurídico do corpo do trabalhador integrante de uma relação de trabalho?

¹⁴⁷ BATTAGLIA, Felice. **Filosofia do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 19.

¹⁴⁸ KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. Hamburg, 1962. 3. ed. 434, p. 58. Tradução no livro: KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. Coleção Philosophia. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009. p. 265. Tradução: “No reino dos fins tudo tem ou bem um *preço* ou bem uma *dignidade*. O que tem preço, em seu lugar também se pode pôr outra coisa, enquanto *equivalente*; mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo, por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma dignidade”.

A dignidade deve existir para todos aqueles que têm de ganhar o pão de cada dia com o próprio suor e força de trabalho. E aqueles que não trabalham e não possuem um emprego para chamar de seu? Estão excluídos de qualquer espaço da dignidade? Aqui encontramos um ponto chave que será adiante abordado.

O trabalho toma conotação de dignidade quando ingressa no mundo capitalista. Como marco regulatório do capitalismo, o trabalho, enquanto noção de dignidade, é fruto do surgimento e alargamento dos direitos que decorrem do ápice da questão social.

A partir disso torna-se impossível afastar o trabalhador, sujeito de necessidades, e o capital, organização de fatores de produção voltados para produção e circulação de bens e serviços, condições indispensáveis para a vida humana.

A abertura para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas como a de trabalho é fruto do árduo e contínuo processo de construção do reconhecimento da constitucionalização do Direito do Trabalho. O processo de positivação da dignidade humana ganhou contornos de maior eficácia na ordem constitucional, tomando a Constituição como texto normativo.

O trabalho já é direito garantido desde a Constituição de 1824, que em seu artigo 179, inciso XXIV, estabeleceu que “Nenhum gênero de trabalho, de cultura, industria, ou comercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes públicos, á segurança, e saúde dos Cidadãos”¹⁴⁹. A Constituição de 1891¹⁵⁰ também elencou o trabalho e o seu livre exercício como direito constitucional. Com o advento da Constituição de 1934 a existência digna e limite da liberdade econômica desponta, surgindo o conceito de “trabalho honesto”, o qual passa a ser um dever social na Constituição de 1937¹⁵¹. A Constituição brasileira de

¹⁴⁹ BRASIL. Constituição. (1824). **Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

¹⁵⁰ Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 24 - É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial. BRASIL. Constituição. (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

¹⁵¹ Art 136 - O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito a proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa. BRASIL. Constituição. (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

1934, em seu artigo 115, já previa como parâmetro da Ordem Econômica e Social que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna”¹⁵². A Constituição de 1946 traz a existência digna como obrigação social¹⁵³ e a Constituição de 1967¹⁵⁴ demonstra implicação inafastável entre trabalho e dignidade. Mas somente com a Constituição de 1988 a dignidade foi elevada, com destaque, a um dos fundamentos da República.

A Constituição Federal de 1988¹⁵⁵ é absolutamente inovadora, na tradição brasileira, nesse aspecto. Elencou o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República. A dignidade da pessoa humana passou a ser princípio fundamental de todo o sistema jurídico.

Ainda, além disso, a Constituição de 1988, em seu artigo 3º, inciso I, revela que que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e igualitária, requisitos essenciais de garantia da dignidade humana.

¹⁵² Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 34) A todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto. O Poder Público deve amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência; Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica; Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. BRASIL. Constituição. (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

¹⁵³ Art. 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social. BRASIL. Constituição. (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

¹⁵⁴ Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana. BRASIL. Constituição. (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

¹⁵⁵ 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. BRASIL. Constituição. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

Se não bastasse, a Constituição, em seu artigo 170, reporta-se ao conceito de dignidade quando refere que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, [...]”¹⁵⁶. O artigo 170, caput, da CF, esclarece que a existência digna está intimamente atrelada ao princípio da valorização do trabalho humano¹⁵⁷.

A toda evidência, a interpretação do dispositivo constitucional não pode ser outra senão de que a livre iniciativa somente será lícitamente exercida quando observada a dignidade da pessoa humana. Quando ausente afronta à dignidade, trabalho e livre iniciativa são reconhecidos no mesmo nível de valor social.

A livre iniciativa deve atingir uma função social, deve atuar de acordo com o valor social do trabalho. Este valor social deve ser preservado e protegido, pois é o trabalho quem gera a riqueza necessária para que a livre iniciativa possa, por si, operar e atingir, também, seu valor social, ou seja, tornar-se socialmente útil à sociedade em geral e não apenas ao mercado e ao capital.

Outrossim, ao tratar da Ordem Social, a Constituição, em seu artigo 193, firma a dimensão social como uma das dimensões essenciais da dignidade da pessoa humana¹⁵⁸.

A dignidade passa a ser, portanto, fundamento da vida no país, princípio jurídico inspirador e normativo e, ainda, objetivo de toda a ordem econômica. A Constituição garantiu amplitude ao conceito, de modo a ultrapassar sua visão estritamente individualista em favor de uma dimensão social e comunitária.

A dignidade, sob essa análise, embora não se confunda com “trabalho”, não pode ser realizada sem que haja o reconhecimento do trabalho e do seu valor social. O trabalho é fundamental para assegurar as condições materiais do viver do próprio

¹⁵⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]. BRASIL. Constituição. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

¹⁵⁷ LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 95. “O confronto entre ambas as normas evidencia que a dignidade da pessoa humana é inalcançável quando o trabalho humano não merecer a valorização adequada. Disso deriva a conclusão de que a própria organização republicana estará em xeque se um de seus fundamentos – a dignidade da pessoa humana – restar comprometido”.

¹⁵⁸ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. BRASIL. Constituição. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

trabalhador, de sua família e de toda a comunidade a quem é endereçada a produção de bens e serviços resultantes do trabalho humano.

Dessa forma, como fundamento da República, o seu conteúdo, como princípio jurídico fundante, dissemina-se por toda a Constituição e, inclusive, por toda a legislação infraconstitucional. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, “todos os direitos fundamentais possuem, como elemento comum, pelo menos um conteúdo mínimo em dignidade”¹⁵⁹.

Certo é que, considerando sua invocação por todos em todo e qualquer caso, teme-se pela sua banalização, sendo que transita livre pela ordem jurídica sem qualquer oposição ou contraposição¹⁶⁰. Entretanto, sua simples aceitação não tem o condão de reduzir a sua complexidade, conforme alerta Ingo Sarlet ao referir que se trata de conceito com contornos vagos e imprecisos, dotado de ambiguidades e porosidade, com natureza polissêmica, e que se encontra em permanente processo de construção e desenvolvimento¹⁶¹.

A dignidade da pessoa humana é reconhecida em um grande espectro de questões. Não se trata de algo externo à pessoa. É a revelação do próprio ser em “humano”. Não é algo que se adquire ao longo da vida, é algo inerente ao ser. Não é mercadoria. Não tem preço¹⁶².

Nessa perspectiva, não se trata de fim almejado, algo a ser conquistado. É própria condição honrosa do viver, a ser respeitada, protegida e promovida. De acordo com Ingo Sarlet, a noção de dignidade pode ser assim sintetizada como:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 149-150.

¹⁶⁰ FRANKENBERG, Günther. Tirania da dignidade? paradoxos e paródias de um valor supremo. In: FRANKENBERG, Günther. **A gramática da constituição e do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 305-320.

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 50.

¹⁶² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 17.

nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹⁶³.

O próprio conceito apresentado procura destacar a dignidade enquanto qualidade intrínseca do ser humano, não podendo ser renunciado, característica a ele inerente. Assim, por ser a dignidade uma qualidade de todo e qualquer ser humano, não há como existir pretensão de se conceder dignidade. Parte-se do pressuposto de que ela é subjacente ao homem, à sua condição humana, motivo pelo qual também não pode ser retirada do homem¹⁶⁴.

Entretanto, em verdade não basta, para se ver realmente efetivado o princípio da dignidade, que ela se restrinja ao alcance do atendimento das necessidades individuais e mínimas da pessoa. Tal entendimento apequenaria a pessoa e a consideraria apenas como um sujeito de necessidades vitais básicas¹⁶⁵.

Mais do que isso, garantir e proteger a dignidade da pessoa humana é satisfazer necessidades, mas é, também, romper com o individualismo e com a limitação à aspectos especificamente individuais, tendo em vista que ninguém pode viver sozinho.

A ideia de dignidade não se reduz a uma dimensão estritamente particular, atada a valores que não se projetam socialmente. Pelo contrário, ao lado da dimensão estritamente de valores, alcança-se a afirmação social do ser humano.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73.

¹⁶⁴ LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 81. “Com essa sumaríssima análise, vemos que tem se definido, sempre mais, no decorrer da História, a consciência do status de excelência que coloca o homem acima dos demais seres vivos que habitam a face da terra, em original e irreduzível dignidade. Isso se materializou, no plano normativo das instituições, na concepção que erige a dignidade humana em fonte de direitos fundamentais de tal natureza que somente são passíveis de declaração, reconhecimento e promoção. Nunca de negação, cerceamento, ou mesmo de constituição ou simples outorga pelo Estado”.

¹⁶⁵ COUTINHO, Aldacy Rachid. A dimensão do princípio da dignidade e a relação de trabalho. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 84. “Acrescenta-se, ainda, que tampouco se poderia restringir a pessoa como um sujeito de necessidades, até porquanto os recursos são escassos e as necessidades ilimitadas; o sistema econômico vigente gravita em torno do mercado como espaço no qual onde eventualmente as trocas se realizam. Nem se poderia acatar o princípio (norma-princípio) como um mandado de otimização, o que implicaria uma ótima satisfação das necessidades humanas. Necessidades aqui tomadas tanto no sentido material (alimentação, casa, vestuário, renda) quanto imaterial (satisfação pessoal, autoestima, amor felicidade)”.

Ainda, as necessidades atendidas pelo trabalho ultrapassam a subsistência enquanto condição material, isso porque as necessidades são ilimitadas e o trabalho se situa no campo do reconhecimento social de cada indivíduo.

A dignidade só pode ser compreendida para além da simples individualidade, especialmente pela existência da pessoa enquanto integrante de uma coletividade, integrante da humanidade. Essa pessoa não é só detentora de dignidade, mas também detentora do dever ético, dever de responsabilidade para com o próximo.

A par da relevância social, o exercício de uma ocupação ou profissão vem preencher necessidades ínsitas do ser humano: sua auto realização como pessoa e sua efetiva participação no seio social.

Nesse contexto, Axel Honneth¹⁶⁶ leciona que o processo de construção de identidade passa a ter como norte o processo de luta social pelo reconhecimento. Esse reconhecimento de direitos passa por um desenvolvimento de autorrespeito, o trabalho enquanto contribuição à comunidade, que permite o reconhecimento na forma de solidariedade, culminando na constituição da autoestima social.

O reconhecimento é fruto das interações sociais. Ao mesmo tempo que o trabalhador é membro da classe trabalhadora, com ela interage, tendo direitos e deveres:

A experiência de ser reconhecido pelos membros da coletividade como uma pessoa de direito significa para o sujeito individual poder adotar em relação a si mesmo uma atitude positiva; pois, inversamente, aqueles lhe conferem, pelo fato de saberem-se obrigados a respeitar seus direitos, as propriedades de um ator moralmente imputável¹⁶⁷.

Nesse contexto, importante resgatar a ideia de que a relação de trabalho não se reduz a um contrato de troca, mas induz, também, a uma relação de cooperação, motivo pelo qual deve-se atentar à essas máximas antes, durante e no final da relação contratual.

¹⁶⁶ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2011. p. 210-211.

¹⁶⁷ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2011. p. 139.

A questão central vai muito além de apenas “possuir” um emprego para chamar de seu¹⁶⁸. Trata-se de fazer com que o cidadão se sinta bem no trabalho que pratica. Não é suficiente apenas atingir a eficácia em termos de produtividade no âmbito do “mercado de trabalho”, torna-se necessário atingir um imperativo de justiça, qual seja, a dignidade¹⁶⁹.

É necessário alcançar segurança material, mas também é necessário alcançar um mínimo de liberdade permitindo às pessoas escolhas, não apenas subordinação e programação, e, principalmente, a conciliação harmônica de suas vidas privadas com suas vidas profissionais.

Ademais, o contrato não pode pura e simplesmente ser reduzido a algo mecânico que pode abstrair a identidade e as aptidões dos contraentes. Pelo contrário, o trabalho deve exaltá-las. A evolução da noção de capacidade profissional deve ser incessantemente buscada, e deve ser lida além de outros requisitos que permeiam os contratos de trabalho, como condições de idade, por exemplo.

Até há pouco tempo, só encontrávamos a capacidade profissional sob a forma de uma condição legal de exercício de um ofício determinado. Em um modo mais geral, a capacidade profissional faz parte dos critérios de identificação dos empregos que um desempregado pode ocupar. Mas é, também, sob uma luz muito mais inovadora que ela emerge no Direito do Trabalho: não mais apenas como condição de exercício de uma atividade determinada, mas como objeto de uma obrigação contratual¹⁷⁰.

O homem não pode ser reduzido ao estado de recurso econômico e a empregabilidade não pode consistir em dobrar os homens às necessidades dos

¹⁶⁸ SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total**. Porto Alegre: Sulina, 2014. p. 117. “A ênfase assim colocada sobre a liberdade no trabalho era, em 1944, algo completamente novo que rompia com o pacto fundador da sociedade industrial, segundo o qual a abdicção da liberdade no trabalho era uma exigência de natureza técnica e não política, de modo que a realização da justiça social se daria somente no plano da repartição de riquezas e não no de sua criação”.

¹⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 161. “Poucas pessoas apenas – e mesmo assim raramente – podem reivindicar privilégio, prestígio ou honra pela importância e benefício comum gerados pelo trabalho que realizam. Raramente se espera que o trabalho ‘enobreça’ os que o fazem, fazendo deles ‘seres humanos melhores’, e raramente alguém é admirado e elogiado por isso. A pessoa é medida e avaliada por sua capacidade de entreter e alegrar, satisfazendo não tanto a vocação ética do produtor e criador quanto as necessidades e desejos estéticos do consumidor, que procura sensações e coleciona experiências”.

¹⁷⁰ SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total**. Porto Alegre: Sulina, 2014. p. 123.

mercados, em vez de partir de sua inteligência e de sua criatividade, ou seja, de suas capacidades profissionais. As capacidades profissionais devem ser exaltadas, perfeiçoadas por meio do contrato.

Assim, a simples constatação da existência de emprego não é em si a expressão da dignidade da pessoa trabalhadora. Por outro lado, na falta dele, então, não há como se cogitar que uma pessoa possa ter um mínimo de dignidade...

Zigmunt Bauman bem assevera quando esclarece, relevantemente, que a modernidade sólida era, de fato, o tempo do capitalismo pesado, que se caracterizava pela mutualidade e dependência entre capital e trabalho, onde os trabalhadores dependiam do emprego para sua sobrevivência e o capital, por sua vez, dependia dos trabalhadores e de empregá-los para sua reprodução e crescimento:

Seu lugar de encontro tinha endereço fixo; nenhum dos dois poderia mudar-se com facilidade para outra parte – os muros da grande fábrica abrigavam e mantinham os parceiros numa prisão compartilhada. Capital e trabalhadores estavam unidos, pode-se dizer, na riqueza e na pobreza, na saúde e na doença, até que a morte os separasse. A fábrica era seu habitat comum – simultaneamente o campo de batalha para a guerra de trincheiras e lar natural para esperanças e sonhos¹⁷¹.

O que se percebe é que antes um emprego durava uma vida. Hoje, o tema de ênfase, denominado por Bauman como “slogan do dia” é flexibilidade, que “quando aplicado ao mercado de trabalho augura um fim do ‘emprego como o conhecemos’, anunciando em seu lugar o advento do trabalho por contratos de curto prazo, ou sem contratos, posições sem cobertura previdenciária, mas com cláusulas ‘até nova ordem’. A vida de trabalho está saturada de incertezas”¹⁷².

Essa incerteza, ao invés de unir, divide. Traz de volta a força individualizadora do passado. A ideia de interesse comum perde o valor prático. Ao contrário do emprego visto como dependência mútua e de longo prazo, a reprodução e o

¹⁷¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 166-167. “Para que tudo permanecesse correto cada parte tinha que se manter em forma: os donos do capital tinham que ser capazes de continuar comprando trabalho e os donos do trabalho tinham que permanecer alertas, saudáveis, fortes e suficientemente atraentes para não afastar os compradores e não sobrecarregá-los com os custos totais de sua condição”.

¹⁷² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 169.

crescimento do capital se tornaram independentes da duração de qualquer comprometimento com o trabalho e com a dignidade dos trabalhadores¹⁷³.

É a cooperação que transforma os esforços diversos e dispersos em esforços produtivos:

Quão frágeis e incertas se tornaram as vidas daqueles já dispensáveis como resultado de sua dispensabilidade não é muito difícil de imaginar. A questão é, porém, que – pelo menos psicologicamente – todos os outros também são afetados, ainda que por enquanto apenas obliquamente. No mundo do desemprego estrutural ninguém pode se sentir verdadeiramente seguro. Empregos seguros em empresas seguras parecem parte da nostalgia dos avós; nem há muitas habilidades e experiências que, uma vez adquiridas, garantam que o emprego será oferecido e, uma vez oferecido, será durável. Ninguém pode razoavelmente supor que está garantido contra a nova rodada de ‘redução de tamanho’, ‘agilização’ e ‘racionalização’, contra mudanças erráticas da demanda do mercado e pressões caprichosas mas irresistíveis de ‘competitividade’, ‘produtividade’ e ‘eficácia’. ‘Flexibilidade’ é a palavra do dia. Ela anuncia empregos sem segurança, compromissos ou direitos, que oferecem apenas contratos a prazo fixo ou renováveis, demissão sem aviso prévio e nenhum direito à compensação. Ninguém pode, portanto, sentir-se insubstituível – nem os já demitidos nem os que ambicionam o emprego e demitir os outros. Mesmo a posição mais privilegiada pode acabar sendo apenas temporária e ‘até disposição em contrário’.¹⁷⁴

Os laços, parcerias e compromissos passam a ser compreendidos como pertinentes apenas enquanto durar a satisfação. Isso significa que sempre que um dos parceiros receber melhores oportunidades e maior valor fora da parceria, operará a rescisão unilateral ao invés de tentar salvar a parceria. Esse ato prejudica ambas as partes, mas especialmente o empregado, que é a parte frágil e hipossuficiente da relação de trabalho. Como o empregado poderá atingir a sua dignidade, sem emprego?

A estipulação do direito fundamental ao trabalho digno corresponde a uma conquista do ser humano, em contraponto às experiências históricas de espoliação das energias humanas com intuítos econômicos.

¹⁷³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 170. “Os medos, ansiedades e angústias contemporâneos são feitos para serem sofridos em solidão. Não se somam, não se acumulam numa “causa comum”, não tem endereço específico, e muito menos óbvio. Isso priva as posições de solidariedade de seu status antigo de táticas racionais e sugere uma estratégia de vida muito diferente da que levou ao estabelecimento das organizações militantes em defesa da classe trabalhadora”.

¹⁷⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 185.

A vinculação do trabalho e do emprego ao princípio da dignidade deve se constituir como pilar teórico e prático para a concretização de qualquer modelo de Estado social e democrático inserido no contexto do sistema capitalista de produção.

Atualmente, além de outras nuances, na ordem jurídica do Estado Democrático de Direito não se concebe o trabalho como sujeição, mas sim como direito, isto é, vantagem protegida juridicamente. Nesses termos, declara Amauri Mascaro Nascimento:

Nos tempos atuais, o trabalho é um direito: o direito ao trabalho. Esta afirmação não é recente. É encontrada em Montesquieu e em Rousseau. Há, portanto, uma preocupação com o direito ao trabalho, cujo fundamento maior é o próprio direito à vida. O ser humano, para viver, precisa prover a sua subsistência. Para fazê-lo, depende do trabalho. Logo, o trabalho é um direito. É o direito que todo ser humano tem de converter a própria atividade em ganho de subsistência pessoal e familiar. O direito ao trabalho está relacionado com o direito à vida e à subsistência¹⁷⁵.

Assim, se existe um direito fundamental, deve existir um dever fundamental de proteção por parte do Estado. E se o empregado é despedido sem justa causa, de forma completamente arbitrária? Qual é a atitude que o Estado deve tomar? O indivíduo à mercê do livre jogo das forças do mercado conduz os mais débeis a situações de absoluta indignidade.

Do valor moral, alheio à regulação pelo Direito, a dignidade da pessoa humana passou a ser norma positivada, obrigando, portanto, o Estado a preservá-la, efetivá-la e protegê-la. Além de tratar-se de um direito inviolável e inalienável, o respeito à dignidade humana converteu-se em princípio supremo a presidir a ação estatal.

Não se trata apenas de proteção contra a ação estatal, mas também de ação positiva do Estado para proteger a dignidade. O respeito e a proteção constituem uma diretriz que vincula toda a atividade do Estado, seja no sentido de lhe estar vedada a invasão da pessoa, seja no de promoção de medidas que assegurem a esta a possibilidade de viver com dignidade¹⁷⁶.

¹⁷⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 25.

¹⁷⁶ LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 82.

Nesse contexto o desemprego vivenciado hoje passa a ser um problema de dignidade, principalmente em razão da forma com que são realizadas as rescisões dos contratos de trabalho. É certo que em diversos casos há a assistência social que representa, transitoriamente, a proteção dispensada pelo Estado aos trabalhadores que perderam seus empregos ou que nunca os obtiveram. Entretanto, nesses casos a dignidade também resta afetada, porque a pessoa não pode se sentir bem e conviver bem com a ideia de ser socialmente inútil.

Não basta a assistência estatal e social no sentido de conceder parcelas indefinidas de seguro-desemprego, por exemplo – o que nem existe no Brasil, pois a pessoa não pode se sentir depreciada no contexto social em que vive. O mesmo ocorre caso o indivíduo dependa de familiares para viver, o que atinge, sem sombra de dúvidas, a sua dignidade e o seu amor próprio. Outrossim, o trabalhador restaria afetado em seu desenvolvimento profissional, pois para crescer e evoluir é necessário estar no mercado de trabalho.

Como já bem explicitado, o acesso a um trabalho adequadamente remunerado envolve questões que transcendem interesses individuais, mas se resulta benéfico para toda a sociedade. Pela possibilidade de se ter um emprego se busca atender uma questão de ordem pública, fim último da ordem econômica. Nesse contexto a própria ordem deve contribuir para a sua efetivação¹⁷⁷.

O direito ao trabalho possui, portanto, duas dimensões: uma individual, que contempla o direito de acesso a um posto de trabalho (art. 6º, caput), à educação e formação para o trabalho (artigos. 205, 214, IV, e 227, §3º, I a III), e à manutenção do posto de trabalho alcançado (arts. 6º, caput, 7º, I, 8º, VIII, e art. 10, II, "b", do ADCT), à não discriminação em matéria de admissão ou permanência no emprego (artigos 3º, IV, 5º, XLI, 7º, XX e XXX), entre outros; e outra coletiva, que se manifesta pelo direito à adoção de políticas públicas voltadas ao implemento do pleno emprego (arts. 6º e 170, VIII).

Com isto, o direito ao trabalho é um direito fundamental e humano, isto é, um direito inerente à dignidade, que promove o bem-estar social e eleva espiritualmente e emocionalmente o cidadão-trabalhador, consolidando e unificando os princípios da

¹⁷⁷ LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 99. "Quando a atividade econômica se desvia dessa finalidade ou for incapaz de proporcionar a satisfação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual prevalece sobre a garantia conferida pela Constituição ao empresário, a atuação estatal é impostergável. Rege, aí também, o princípio da subsidiariedade".

função social e da dignidade da pessoa humana.

3.3 Os Princípios da Proteção e da Continuidade da Relação de Emprego

Os princípios são considerados uma diretriz de comportamento, uma ideia fundante, mais abrangente que as regras jurídicas. Possuem três diferentes funções: informadora, integrativa e hermenêutica¹⁷⁸.

São complementares e servem, não para gerar uma solução específica ao caso concreto, mas para contribuir, ao lado das razões, para a tomada de decisão¹⁷⁹.

Para Humberto Ávila os princípios são:

Normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção¹⁸⁰.

Os princípios, portanto, são de suma importância para a resolução dos casos concretos de forma justa e igualitária. Todos os princípios informadores do Direito do Trabalho estão vinculados entre si. Cada um possui uma certa peculiaridade e particularidade, o que os torna, ao mesmo tempo, autônomos e diferentes. Entretanto, todos possuem idêntica raiz, qual seja, a tutela do trabalhador.

No Direito do Trabalho a proteção é do trabalhador, autor da ação trabalhista, diferente de outros ramos. Isso se justifica em razão do surgimento da ciência jurídica trabalhista em prol do trabalhador. Não faz nenhum sentido, nesse caso, proteger o réu, como ocorre em outras áreas¹⁸¹.

¹⁷⁸ Na função informadora servem de inspiração ao legislador; na função integrativa servem de fonte supletiva nas lacunas ou omissões; e na função hermenêutica servem para auxiliar na interpretação do direito e na aplicação no caso concreto. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 68 e seguintes.

¹⁷⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 68 e seguintes.

¹⁸⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 70. Quanto às regras, o autor afirma que “são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”.

¹⁸¹ O Direito do Trabalho trouxe uma radical transformação nas noções tradicionais da ciência jurídica. O princípio histórico, *in dubio pro reo*, por exemplo, era de que as dúvidas seriam resolvidas a favor do devedor. Na relação trabalhista, entretanto, a fragilidade é toda do empregado. A dúvida, portanto, resolve-se pelo autor, parte hipossuficiente da relação.

Nesse contexto, na aplicação da lei às relações de trabalho o jurista deve se ater, também, aos princípios aplicáveis¹⁸², especialmente aos princípios específicos, considerando que este ramo da ciência jurídica possui princípios próprios e o direito comum é fonte subsidiária, “naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais do direito do trabalho”¹⁸³.

Para a matéria objeto deste trabalho serão rapidamente analisados dois princípios que se encaixam especificadamente ao tema, quais sejam, o princípio da proteção e o princípio da continuidade.

3.3.1 O Princípio da Proteção

O princípio da proteção das relações de trabalho é um princípio basilar do Direito do Trabalho e um dos primeiros princípios a embasar a disciplina. Não se pode pensar nos contratos entre empregado e empregador sem lembrar do princípio da proteção. Trata-se da própria razão de ser do Direito do Trabalho.

Esse princípio também é conhecido como princípio tutelar, tuitivo, protetivo ou, ainda, tutelar-protetivo. Em verdade todas as denominações revelam a mesma ideia, mas a expressão princípio da proteção traduz de modo mais fiel e eloquente a ideia principal que o princípio encerra.

É o princípio maior, coerente com a finalidade. Propõe a ideia de compensação da desigualdade econômica com a desigualdade jurídica. Para Alfredo J. Ruprecht “implica uma violação do tradicional princípio de igualdade jurídica das partes, inclinando-se a favor de uma delas para compensar certas desvantagens”¹⁸⁴.

De acordo com os ensinamentos de Américo Plá Rodriguez, “o princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois

¹⁸² SILVA, Carlos Alberto Barata. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1983. p. 147. “Na própria aplicação da lei, o jurista há de fixar-se nos princípios gerais de direito e, sobretudo, na equidade e na analogia. Se na omissão da lei, pode o jurista aplicar princípios ou textos positivos estabelecidos para casos semelhantes; se, também, na interpretação dos textos há que ter em mira sempre a ideia de justiça social, deverá finalmente, diante do caso concreto, aplicar o ‘critério sociológico’ observando, sobretudo, a finalidade da norma”.

¹⁸³ CATHARINO, José Martins. **Compêndio universitário de direito do trabalho**. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1972. v. 1, p. 118.

¹⁸⁴ RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995. p. 9.

este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador”¹⁸⁵.

Tem como principal objetivo, então, tutelar a parte hipossuficiente da relação de trabalho, qual seja, o empregado, visando atenuar, num contexto jurídico, a diferença, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho¹⁸⁶.

A disparidade de posições existente na realidade fática fez emergir um Direito do Trabalho eminentemente protetivo, caracterizado por princípios que visam reequilibrar a relação desigual vivenciada entre patrão e empregado. Sua preocupação central é a de proteger uma das partes para alcançar-se uma igualdade substancial, real, entre elas, fortalecendo o contratante mais fraco.

A consequência desse pensamento leva a crer que se deve favorecer a quem se pretende proteger. Cesarino Júnior esclarece que “Sendo o direito social, em última análise, o sistema legal de proteção dos economicamente fracos, em caso de dúvida, a interpretação deve ser sempre a favor do economicamente fraco, que é o empregado, se em litígio com o empregador”¹⁸⁷.

Ele se explica não só sob o ponto de vista social, mas também e principalmente sob o ponto de vista jurídico, pois a intenção do legislador é a de favorecer os trabalhadores e, portanto, é correto aceitar tal intenção genérica como critério de orientação.

A especial necessidade de proteção tem duplo fundamento: a dependência, subordinação às ordens do empregador e a dependência econômica, embora não seja imprescindível conceitualmente¹⁸⁸, apresenta-se, na grande maioria dos casos,

¹⁸⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 83.

¹⁸⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 74. “De fato, a estrutura conceitual e normativa do Direito do Trabalho, e acentuadamente do Direito Individual do Trabalho, constrói-se a partir da constatação fática da diferenciação socioeconômica e de poder substantivas entre os dois sujeitos da relação jurídica central desse ramo jurídico – empregador e empregado”.

¹⁸⁷ CESARINO JÚNIOR. **Direito social brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro, 1963. t. 1. p. 116.

¹⁸⁸ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 119 e ss. “O elemento caracterizador de um contrato de trabalho, o qual não se verifica nitidamente em contratos de outras atividades, é o estado de dependência. Contudo, esse estado de dependência diverge no que tange à sua qualificação e aos critérios históricos que qualificam a subordinação do trabalhador: subordinação jurídica ou dependência hierárquica, dependência econômica, dependência técnica e dependência social. A dependência econômica diz respeito à necessidade que o empregado tem de prestar o serviço para garantir a sua subsistência. O empregado depende exclusiva ou preponderantemente da remuneração decorrente da prestação do seu trabalho. Entretanto, esse critério não é muito utilizado, tendo em vista que assim como um contrato de trabalho pode existir em razão da dependência econômica, pode também não haver tal critério permeando o contrato de trabalho. O critério falha à sua finalidade e, podendo ou não existir, não pode ser caracterizador do contrato de trabalho. O mesmo ocorre com os critérios de dependência técnica e social. O melhor critério é mais utilizado

pois geralmente só coloca sua força de trabalho a serviço de outro quem se vê obrigado a isso para obtenção dos seus meios de vida.

Esse princípio possui ampla capacidade de influência em qualquer questão referente a relações trabalhistas. É ínsito à história de criação e surgimento do Direito do Trabalho e da proteção em prol dos trabalhadores.

Grande parte da doutrina, assim como Américo Plá Rodriguez, aponta esse princípio como o cardeal do Direito do Trabalho, pois influi em toda a estrutura e características do ramo e aborda, em si, todos os outros princípios mais específicos e particularizados que existem em decorrência dele¹⁸⁹.

3.3.2 O Princípio da Continuidade da Relação de Emprego

O princípio da continuidade, embora possua diversas nuances, tem como principal característica e fundamento a continuidade das relações de trabalho, ou seja, tem como premissa o contrato de trabalho por tempo indeterminado¹⁹⁰.

Segundo Américo Plá Rodriguez a “continuidade tem uma conotação sumamente apropriada: alude ao que perdura, ao que se prolonga, ao que se

é o critério da subordinação jurídica. Caracteriza-se pelo poder de comando e de direção do empregador e pelo dever de obediência do empregado. A determinação de realização de atividades inerentes àquelas para as quais foi o trabalhador contratado, é ínsita ao poder de comando do empregador. O empregador possui, em decorrência do poder de comando, o *jus variandi*, que é o direito dirigir a prestação pessoal de serviços. A relação de trabalho, portanto, consiste em obrigações recíprocas entre empregado e empregador, onde de um lado se oferece a prestação do serviço e do outro se recebe a contraprestação pelo serviço prestado. Na subordinação de natureza jurídica o empregado está subordinado ao empregador, não trabalha o tempo que quer, e deve executar o serviço de acordo com o ditado pelo empregador. A subordinação jurídica, entretanto, não se confunde com a dependência econômica. Não há nenhuma importância a natureza do trabalho, a forma de remunerar o empregado e a situação econômica do trabalhador. O que importa, de fato, é que o empregador pode fiscalizar a prestação das atividades, interrompê-las e traçar os limites que entender necessários”.

¹⁸⁹ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 107. Destaca o autor que o princípio se expressa sob três formas distintas: a) a *regra in dubio pro operario*, que consiste no critério que deve ser utilizado pelo juiz ou pelo intérprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador; b) a regra da norma mais favorável, que determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar pela mais benéfica ao empregado, ainda que não seja aquela que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas; e c) a regra da condição mais benéfica, utilizada para aplicar as condições mais favoráveis possíveis ao trabalhador. São três regras distintas que decorrem do princípio da proteção.

¹⁹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 91. “Informa tal princípio que 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”.

mantém no tempo, ao que continua. E essa é a ideia central que se quer invocar com este princípio”¹⁹¹.

A predileção pelos contratos de duração indeterminada se justifica por várias razões, mas entre elas se destacam a maior tendência a durar, pois não se prevê sua terminação e o pagamento de indenização por despedida, caso haja a rescisão unilateral e injustificada do contrato.

O contrato de trabalho é um contrato de trato sucessivo. A relação não se esgota mediante a realização de um ato, mas perdura no tempo. Não é efêmera, pressupõe uma vinculação que se prolonga. Entendimento contrário caracteriza instabilidade e insegurança.

O desejo de segurança e a luta contra o desemprego são traços típicos e ínsitos ao homem contemporâneo. O ser humano comum busca a segurança e a estabilidade econômica por meio de colocação no mercado de trabalho. Parte-se do pressuposto de que o trabalhador não quer sair do seu emprego.

A ideia do princípio é criar uma certa estabilidade que impere nas relações de trabalho. É fazer com que o empregado fique “adendo” ao organismo empresarial e que nele prossiga enquanto este durar e enquanto houver uma possibilidade mínima de prosseguimento.

Aliás, a maioria das pessoas se vale de sua força de trabalho para participar do “sistema”, para se sustentar e para tentar se realizar pessoalmente, motivo pelo qual a permanência no emprego deve ser protegida. Se assim não fosse, o trabalhador poderia ser privado, de um dia para outro, de sua renda alimentar, o que, dependendo da situação, poderia comprometer a sua própria existência.

Nesse contexto, pode-se dizer, inclusive, que o princípio da continuidade, a tutela de permanência no emprego, aparece como uma das máximas realizações do princípio da proteção¹⁹².

Em razão desse princípio os contratos a termo passam a ser excepcionais, somente admitidos e pactuados estritamente nas hipóteses previstas em lei.

O princípio está estabelecido em favor do trabalhador, entretanto, nas palavras de Américo Plá Rodriguez: “é indubitável que, mesmo estabelecido em

¹⁹¹ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 243.

¹⁹² RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 245. “Este princípio é uma derivação e consequência do princípio da proteção especialmente no referente à aplicação da regra da condição mais benéfica, já que, obviamente, continuar trabalhando é mais benéfico do que ficar desempregado”.

benefício exclusivo do trabalhador, o maior prolongamento da permanência deste na empresa redundando também em benefício do empregador”¹⁹³. De fato, quanto maior for a duração do contrato, maior experiência e conhecimentos se adquirem no decorrer dos anos, o que beneficia os empregadores, inclusive porque não será necessário ensinar novos trabalhadores, com inevitáveis erros, fracassos, prejuízos e perda de tempo.

A resistência em admitir a rescisão do contrato de trabalho exclusivamente pela vontade patronal talvez seja a principal expressão do princípio da continuidade, tendo em vista que a falta de trabalho afeta diretamente os trabalhadores, pois com o emprego conservam seus meios de subsistência.

De acordo com Maurício Godinho Delgado, o princípio da continuidade perdeu parte significativa de sua força com a introdução do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço no Brasil, desprestigiando o sistema estabilitário e indenizatório então vigente na CLT: “o sistema do FGTS transformou a dispensa sem justa causa em verdadeiro ato potestativo do empregador, frustrando o incentivo à permanência do pacto”¹⁹⁴.

Nesse contexto, Arnaldo Süssekind¹⁹⁵ e Alice Monteiro¹⁹⁶ sustentam que o princípio da continuidade está fortemente evidenciado no artigo 7º, I, da CF, motivo pelo qual deve ser lido pelo viés da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, tópico que será abordado no próximo capítulo.

¹⁹³ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 244-245.

¹⁹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 201.

¹⁹⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segada; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999, v. 1, p. 173.

¹⁹⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 174.

4 A NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA EXTINÇÃO CONTRATUAL

A extinção contratual pode se dar de várias formas. Pode ocorrer a partir de iniciativa do empregado, do empregador e, também, por questões de força maior.

A problemática abordada no presente estudo surge quando a extinção contratual se dá a partir de iniciativa do empregador sem nenhum motivo plausível para tanto, o que hoje, aparentemente, não é proibido pela legislação.

Nesse contexto, será objeto de exame, no presente capítulo, o instituto da estabilidade que vigorava antes do surgimento do instituto do FGTS, seus contornos jurídicos e a mudança ocorrida na legislação em relação à questão.

Além disso, abordar-se-á a Convenção nº 158 da OIT, que trata da necessidade de haver causa justificada para que se dê término a uma relação de trabalho, relacionada com a capacidade ou comportamento do trabalhador, ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Por fim, analisar-se-á a necessidade de limitação do poder diretivo do empregador, especificadamente do poder de rescindir contratos de trabalho de forma arbitrária, sem justificativa, visto que a extinção contratual, da forma como proposta na legislação vigente, mostra-se incompatível com o direito fundamental de acesso ao trabalho previsto na Constituição Federal.

4.1 A Estabilidade, suas Formas e Contornos Jurídicos

No Direito do Trabalho, de acordo com Maurício Godinho Delgado¹⁹⁷, existem quatro importantes institutos relacionados ao contexto do término da relação empregatícia:

- a) as estabilidades no emprego, cujo maior exemplo surgiu dos primórdios da legislação trabalhista no Brasil como estabilidade decenal, ou seja, aquela adquirida pelo obreiro quando atingia 10 anos de serviço para o respectivo empregador;

¹⁹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1274.

- b) as garantias provisórias de emprego, também chamadas de estabilidades provisórias ou temporárias;
- c) as indenizações por tempo de serviço e demais indenizações rescisórias; e
- d) o instituto do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

Destaca-se que o objetivo do presente tópico não é abordar os tipos de estabilidade, garantias provisórias, especificidades, características e consequências do despedimento, mas sim contextualizar a despedida imotivada antes e após o advento do regime do FGTS e da Constituição Federal de 1988.

A rescisão do contrato de trabalho pode ser bilateral ou unilateral. Denominamos de “despedida” a rescisão unilateral por parte do empregador e de “demissão” a rescisão unilateral por ato do empregado¹⁹⁸.

Quanto à possibilidade de despedida dos empregados, antes de efetivá-la, deve-se observar se os empregados são instáveis ou estáveis. Antigamente, eram considerados estáveis os não exercentes de cargos de diretoria, gerência ou outros cargos de confiança, conforme preceitua o artigo 499 da CLT, com mais de dez anos efetivos de serviço, de acordo com o artigo 492 da Consolidação. Todos os outros eram considerados instáveis, com algumas peculiaridades.

No que toca ao princípio da continuidade da relação de emprego, bem como da inserção do trabalhador na empresa, desde a sua origem, como já examinado no capítulo anterior, evidencia-se que o legislador buscou sempre valorizar e garantir a perenidade do vínculo empregatício.

Nesse contexto, por meio do Decreto-lei nº 4.682/1923¹⁹⁹, mais conhecido como Lei Elói Chaves, criaram-se as Caixas de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários, garantindo a estabilidade, depois de dez anos de serviço, aos empregados daquela categoria profissional. Segundo Russomano²⁰⁰, alguns anos depois a norma foi ampliada aos empregados de todas as empresas ferroviárias e, logo após, aos portuários, nas mesmas condições.

¹⁹⁸ CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social**. São Paulo: LTr: Edição da Universidade de São Paulo, 1980. p. 311.

¹⁹⁹ BRASIL. **Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923**. Crea, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl4682.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

²⁰⁰ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1953. v. 2, p. 764.

No período pós 1930 o sistema estabilitário ampliou-se e sofisticou-se. De acordo com Délio Maranhão a estabilidade deixou de “ligar-se à previdência, passando a constar de diploma legal relativo ao contrato de trabalho”²⁰¹, generalizando-se para o mercado laborativo urbano e, posteriormente, para os trabalhadores rurais.

Conceituando, estabilidade é, portanto, “a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independentemente da vontade do empregador”²⁰².

Diferentemente, garantia de emprego, por sua vez, é “a vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador”²⁰³.

A estabilidade pode ser dividida em própria e imprópria. A própria, também chamada de real ou verdadeira, caracteriza-se quando a permanência do empregado em seu emprego é efetivamente garantida, seja pela sua reintegração forçada, seja pela imposição de sanções econômicas adequadas. A imprópria ocorre quando se busca a permanência no emprego por meio da condenação do empregador ao pagamento de uma indenização nos casos de despedida injusta. No Brasil, embora houvesse a estabilidade decenal, entende a doutrina comparada que inexistiu e inexistiu uma verdadeira estabilidade²⁰⁴.

José Martins Catharino explica que as limitações trabalhistas em relação à despedida do empregado podem ser classificadas em impróprias (em amplo sentido) e próprias ou (em sentido estrito). As impróprias são aquelas que não diminuem o direito de o empregador despedir. Já a estabilidade efetivamente é figura típica de limitação verdadeira e própria ao direito de o empregador despedir: “assegura a

²⁰¹ MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987. p. 258.

²⁰² DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1285.

²⁰³ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1291.

²⁰⁴ CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social**. São Paulo: LTr: Edição da Universidade de São Paulo, 1980. p. 328.

efetiva e permanente continuidade da relação de emprego, interminável pela vontade unilateral do sujeito subordinante”²⁰⁵.

Para Arnaldo Süssekind, a estabilidade pode ser dividida em absoluta e relativa. A absoluta é aquela que assegura a permanência do trabalhador no emprego, salvo quando ele praticar uma falta grave ou a empresa, estabelecimento ou setor for extinto. A relativa é aquela que permite ao empregador dar fim ao contrato em caso faltoso do empregado ou em razão de motivo econômico-financeiro, conforme dispõe o artigo 4º da Convenção 158 da OIT que será abordada no próximo tópico²⁰⁶.

No caso da estabilidade celetista, também chamada de estabilidade decenal, o trabalhador que adquirisse a estabilidade não poderia ser dispensado, senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovados, conforme estabelecia o artigo 492 da CLT, que foi tacitamente revogado.

Para a possível ocorrência da rescisão unilateral do contrato de trabalho de empregado estável era, ainda, necessária a instauração de inquérito para apuração de falta grave. Nesses casos, a falta grave para ocorrência de justa causa diferia das demais quantitativa e qualitativamente, pois deviam ser reiteradas, repetidas ou mais graves e de maior importância para o funcionamento normal da empresa.

No término da apuração do inquérito a sentença determinava o resultado, conforme previsto no artigo 494, *in fine*, da CLT. O empregador poderia, nesse caso, manter o obreiro trabalhando até a sentença, ou suspender o contrato. Caso verificada e reconhecida a inexistência de falta grave e a sentença entendesse pela manutenção do vínculo, o empregador teria que reintegrar o empregado e pagar todos os direitos decorrentes do período de afastamento, conforme artigos 495 e 471 da CLT. No caso de ser inviável a reintegração, o artigo 496 da CLT determinava o pagamento de dupla indenização de antiguidade.

²⁰⁵ CATHARINO, José Martins. **Compêndio universitário de direito do trabalho**. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1972. v. 2, p. 637-639. O autor faz importante reflexão ao mencionar três observações gerais e propedêuticas: primeiro que o empregado é pessoa natural, enquanto o empregador é pessoa jurídica; segundo que sendo o direito de propriedade o alicerce do direito de despedir a estabilidade é contrária a ele; terceiro que a estabilidade está no centro de uma das mais importantes questões contemporâneas, “a possibilidade de conciliação entre desenvolvimento econômico e progresso social, entre economia pura e humanismo, entre processo político autoritário e democrático”.

²⁰⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segada; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 1991. v. 1, p. 627.

Enquanto a indenização celetista criava óbice econômico significativo e crescente às dispensas sem justa causa, a estabilidade adquirida aos dez anos aprofundava esse obstáculo, transmutando-o de seu estrito caráter econômico, para outro, essencialmente jurídico. A partir desse instante, a dispensa do empregado seria possível apenas por meio de inquérito judicial apuratório de falta grave do obreiro.²⁰⁷

Em relação às garantias de emprego, no caso de dispensa irregular, tinha-se e tem-se como consequência a reintegração, seguida do pagamento das verbas contratuais relativas ao período de irregular afastamento.

Na época em que surgiu, juntamente com a estabilidade decenal previu-se a indenização por tempo de serviço, que era concedida imediatamente após o cômputo do primeiro ano contratual, calculada por ano ou fração igual ou superior a seis meses²⁰⁸.

A antiga indenização rescisória e por tempo de serviço era inerente aos contratos de duração indeterminada e estava prevista nos artigos 477 e 478 da CLT. Era calculada à base de uma remuneração por ano de efetivo serviço, ou ano e fração igual ou superior a seis meses. Caso favorecesse o empregado estável, seja por ter havido extinção do estabelecimento ou da empresa, seja por não ser recomendável a reintegração de tal empregado injustamente despedido, o valor indenizatório seria pago em dobro (arts. 498 e 496 da CLT). Sendo a dispensa considerada obstativa, a indenização também seria paga em dobro (art. 499, §3º da CLT).

De acordo com Delgado:

A indenização celetista por tempo de serviço e rescisão contratual tratava-se de verba ressarcitória de dano presumido sofrido pelo empregado, em virtude de perda do emprego, cujo montante era estimado de modo objetivo e impessoal pela ordem jurídica. A parcela era devida, ainda que pela metade, mesmo em casos de rupturas provocadas por força maior, isso em decorrência da alteridade inerente aos contratos empregatícios. A indenização não seria, porém, devida nos casos em que a terminação do contrato resultasse de ato ou fato atribuível ao empregado, como seu pedido

²⁰⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1276.

²⁰⁸ Art. 477, caput - É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja êle dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa; Art. 478, caput - 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.

de demissão, sua aposentadoria voluntária e, até mesmo, sua morte.²⁰⁹

Havia, portanto, no sistema jurídico a indenização por antiguidade para os empregados com menos de 10 anos de serviço. Já os empregados com mais de 10 anos de serviço não podiam ser despedidos nem com a ocorrência de justa causa, sem a autorização da Justiça do Trabalho, conforme artigo 492 da CLT, porque dotados de estabilidade.

Para Cesarino Júnior a natureza jurídica da indenização resultante da rescisão unilateral do contrato de trabalho de duração indeterminada pode ser examinada a partir de 3 teorias: a teoria francesa, chamada de abuso de direito; a teoria italiana, chamada de teoria do crédito; e a teoria do risco profissional, adotada na Alemanha²¹⁰.

²⁰⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1305.

²¹⁰ CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social**. São Paulo: LTr: Edição da Universidade de São Paulo, 1980. p. 321 e seguintes. “A doutrina francesa da *teoria do abuso de direito*, conforme *Jean Vincent e Josserand*, se fundamenta na lei de 19.07.1890 que precisou: ‘As perdas e danos, que se podem conceder por inobservância dos prazos de despedida, não se confundem com os que derivam da terminação *abusiva* do contrato por vontade de um dos contratantes; o tribunal, para apreciar se há abuso, poderá fazer uma investigação acerca das circunstâncias da ruptura. A sentença deverá, em todo caso, mencionar expressamente o motivo alegado pela parte que rompeu o contrato’. Segundo *Josserand*, há abuso de direito sempre que o contrato for rescindido sem motivos justos ou legítimos. Para *Souza Neto*, admitida a teoria do abuso do direito, dever-se-á aceitar a exceção de força maior e outras restrições de direito civil referentes aos contratos em geral.

Na Itália, a indenização de despedida seria uma espécie de *remuneração suplementar*, concedida ao trabalhador retroativamente, isto é, tendo em conta a sua antiguidade na empresa, com a *teoria do crédito* que *Adamastor Lima* expôs da seguinte maneira: ‘O empregado, colaborando na indústria e no comércio, não adquire um direito de propriedade, mas sim um ‘direito de crédito’ sobre os fundos do estabelecimento [fundos de comércio que ele, empregado, ajuda a formar e a engrandecer]. Esse crédito está na razão direta do tempo de colaboração prestada. Posto na rua injustamente há lugar para a ‘indenização’, que é, como sabemos, o ressarcimento de perda de um direito adquirido por contrato ou ajuste, escrito ou verbal. Se, porém, a despedida injusta é ato do próprio empregado – que abandona o estabelecimento – produz o efeito de ‘renúncia ao aludido direito de crédito’.

Esta teoria não resiste à crítica. Se o empregado tem direito de *crédito* contra o fundo do estabelecimento, por que não deverá receber esse *crédito* [a expressão indenização não teria aqui cabimento algum] quando se retira, por sua livre vontade, dando aviso prévio ao empregador, sem ocorrer outro motivo que a sua vontade de deixar a empresa? Basta esta observação para demonstrar a inanidade da teoria.

Igualmente, são destituídas de base as teorias que caracterizam a indenização por despedida, como um *prêmio* pelos serviços prestados [o que, excluído um certo tom de liberalidade, aliás inexistente, viria a ser a mesma afirmação da teoria do crédito] e a que lhe dá um caráter de *previdência*, como que um seguro contra a desocupação e, em certos casos, mesmo contra a invalidez e a velhice.

Outros, partindo da teoria de *Duguít*, em certos casos aceita pela jurisprudência alemã, justificam a obrigatoriedade do pagamento de indenização de despedida injusta, pela *teoria do risco*, que, neste caso, deveria ser suportado pelo patrão.

De acordo com Francisco de Andrade Souza Netto, citado por Cesarino Junior, o sistema da legislação brasileira inclina-se pela teoria do risco:

Assumindo a responsabilidade da exploração de uma empresa, o empregador está obrigado a suportar todos os riscos a ela inerentes e, entre eles se incluem os direitos do pessoal, quer os empregados tenham sido admitidos por ele, quer pelo seu antecessor, e isto porque há no sistema da nossa lei um verdadeiro direito ao emprego e, quando o empregado procura trabalho, não leva em consideração a personalidade do empregador, mas, apenas, a atividade e o estabelecimento no qual o vai exercer, de modo que, enquanto ele subsistir, deve permanecer inalterado o contrato de trabalho, porquanto a situação, sob o ponto de vista do empregado, continua a mesma. E a razão de prevalecer, nesse caso o interesse do empregado, é que ele coincide perfeitamente com o da coletividade.²¹¹ (grifo nosso).

Para Cesarino Junior a legislação brasileira combina dois sistemas, o sistema francês, do abuso de direito, e o sistema alemão, da teoria do risco, evoluindo, entretanto, no sentido do segundo²¹².

O modelo celetista clássico, em verdade, não impedia o exercício da faculdade de rompimento unilateral injustificado dos contratos de trabalho, mas impunha óbices de caráter econômico-financeiro. Entretanto, adquirida a estabilidade decenal, surgia obstáculo jurídico intransponível, contra o qual não poderia prevalecer o simples ato desmotivado do empregador. Não havia, na época, possibilidade jurídica para a denúncia vazia do contrato.

Nesse contexto, Cesarino Junior esclarece que:

Estabilidade é a garantia legal ou contratual, em virtude da qual o empregado, não exercente de cargo de confiança, nem trabalhando para profissionais liberais, e que contar com um determinado número de anos de serviço efetivo, somente poderá ser despedido mediante a existência de justa causa judicialmente apurada.²¹³

Para Cesarino, o único feito da estabilidade é garantir a permanência do empregado no serviço da empresa ou estabelecimento, enquanto existirem e não se

²¹¹ NETTO, Francisco de Andrade Souza. Da rescisão do contrato de trabalho de duração indeterminada: em face da Lei 62, de 1935. São Paulo: Acadêmica, 1937 apud CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social**. São Paulo: LTr: Edição da Universidade de São Paulo, 1980. p. 322-323.

²¹² CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social**. São Paulo: LTr: Edição da Universidade de São Paulo, 1980. p. 323.

²¹³ CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social**. São Paulo: LTr: Edição da Universidade de São Paulo, 1980. p. 326.

demonstrar a impossibilidade dessa permanência pela prática por ele de falta grave, pela existência de motivo de força maior ou de incompatibilidade com o empregador, pessoa física, tudo judicialmente. Nada mais.²¹⁴

De acordo com Carlos Alberto Barata Silva, a estabilidade vinculava somente o empregador, garantindo como direito do empregado a proteção contra as incertezas geradas pela precariedade da relação de emprego por tempo indeterminado²¹⁵.

José Martins Catharino explica que, “Surgida para impedir ato unilateral, o da despedida, lógica e necessariamente, a estabilidade só poderia ser unilateral, como realmente o é”²¹⁶.

Na verdade, o que quer dizer é que entre a liberdade humana e a liberdade econômica empresária, quando colocadas em contraste em termos de exclusão, assegura-se a primazia eliminatória da primeira. Portanto, restringir a prática de rescisão do contrato de trabalho por parte do empregado seria atentar contra a liberdade humana. Restringi-la quanto ao empregador significa coibir abuso de poder econômico, reforçar a liberdade substancial e reduzir a desigualdade.

Em razão de inúmeras críticas a esse modelo, que denunciavam a sua rigidez, tida como impermeável e excessiva por alguns, surgiu o FGTS, criado pela Lei nº 5.107 de 1966, hoje regido pela Lei nº 8.036 de 1990, como sistema alternativo ao modelo celetista, sujeito a opção expressa no instante da celebração do contrato. O empregado que optasse pelo FGTS abriria mão do sistema de indenizações previsto na CLT, bem como da estabilidade decenal²¹⁷.

Diferente do sistema de estabilidade existente na época, se o empregado pedisse demissão o FGTS continuaria depositado, apenas não poderia ser sacado no momento da ruptura do contrato. No caso de o empregado estável pedir

²¹⁴ CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social**. São Paulo: LTr: Edição da Universidade de São Paulo, 1980. p. 328.

²¹⁵ SILVA, Carlos Alberto Barata. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1983. p. 532.

²¹⁶ CATHARINO, José Martins. **Compêndio universitário de direito do trabalho**. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1972. v. 2, p. 640.

²¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1278. “Inserindo-se, por meio da opção escrita, no FGTS, o empregado estaria excluído, automaticamente, do sistema de indenizações crescentes por tempo de serviço previsto na CLT, não podendo também alcançar, em consequência, a clássica estabilidade no emprego, após nove ou dez anos de tempo de serviço na empresa. Contudo, teria direito ao saque do Fundo de Garantia, no caso de sua dispensa desmotivada (denúncia vazia do contrato); a este saque agregar-se-ia um acréscimo percentual rescisório no importe de 10% sobre o montante total do FGTS depositado e monetariamente corrigido (acrécimo que passou a 40%, desde a Constituição de 1988)”.

demissão, não receberia nada a título de seu tempo de serviço ou de indenização rescisória.

A sistemática do FGTS, segundo Maurício Godinho Delgado “deu forte passo, em suma, à maior mercantilização da força de trabalho no cenário econômico”²¹⁸. Em poucos anos o mercado de trabalho já estava quase todo submetido ao sistema “funditário”.

Nas palavras de Arnaldo Süssekind, restou claro e inquestionável que o regime de FGTS foi instituído com a finalidade indisfarçável de acabar com a estabilidade no emprego: “por isso, procurou oferecer uma série de vantagens de caráter individual ao empregado, visando a motivar sua opção pelo novo sistema”²¹⁹.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, trouxe inovações importantes com relação à extinção do contrato de trabalho. Elas indicam a superação do velho sistema celetista e a universalização do sistema de FGTS. A CRFB/88 eliminou a exigência de opção expressa pelo Fundo e eliminou o antigo sistema indenizatório e estabilitário²²⁰.

A Constituição de 1988, revogou, desde a sua vigência, a referida parcela indenizatória, assim como o instituto da estabilidade no emprego.

Ao mesmo tempo, a CRFB/88 criou, genericamente, novo tipo de regulação das rupturas contratuais por ato empresarial, um tipo de restrição à dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Essa regulação está expressa no artigo 7º, I, da CRFB/88, que estipula como direito dos trabalhadores a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos

²¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1278. “É que a sistemática do Fundo de Garantia não apenas retirou limites jurídicos às dispensas desmotivadas (no sistema do Fundo, repita-se, não seria mais possível, juridicamente, o alcance da velha estabilidade celetista), como também reduziu, de modo significativo, o obstáculo econômico-financeiro às rupturas de contratos inferiores a nove/dez anos, substituindo-o pela sistemática pré-constituída dos depósitos mensais do FGTS”.

²¹⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segada; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 1991. v. 1, p. 609. “Não se pensou, à época, em revogar o Capítulo VII do Título IV da CLT – Da Estabilidade – porque isto importaria em retrocesso inadmissível e, ademais, o direito adquirido dos empregados estáveis estava preservado pela Constituição; mas, facilitou-se o acordo com o empregado estável no sentido de renunciar ao tempo de serviço anterior, mediante quantia não inferior a 60% da indenização dobrada (art. 17 da Lei n. 5.107)”.

²²⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segada; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 1991. v. 1, p. 609. “Essa dualidade de regimes jurídicos paralelos e excludentes um do outro vigorou, para os empregados urbanos, até a vigência da nova Constituição, de 5 de outubro de 1988. Esta manteve o sistema do FGTS, previu uma indenização para os casos de despedida arbitrária e acabou com o instituto da estabilidade no emprego, como regra; isto é, o direito que é gerado pelo simples decurso de determinado tempo de serviço”.

termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. Enquanto essa lei complementar não é promulgada, aplica-se o artigo 10, I, do ADCT, da CRFB/88, que prevê o pagamento de quatro vezes a porcentagem prevista no artigo 6º, caput, e §1º, da Lei nº 5.107, de 1966²²¹. Além disso, criou o instituto do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias.

De todo modo, o preceito contido no inciso I do artigo 7º da CRFB/88, embora seja entendido como regra de eficácia contida, deveria produzir, pelo menos, o efeito mínimo e básico de invalidar as dispensas fundadas no simples exercício potestativo da vontade empresarial, sem qualquer justificativa plausível socioeconômica ou técnica ou até mesmo pessoal em face do trabalhador envolvido.

Esse efeito não é produzido, o que coloca em questionamento a possibilidade e a viabilidade de dispensar o empregado sem um mínimo de motivação socialmente aceitável.

Conforme bem assinala Arnaldo Süssekind, o instituto da estabilidade carecia e, ao nosso ver, ainda carece de revisão:

Como assinalamos na 4ª edição deste livro, 'precisamente porque a estabilidade no emprego constitui, em nosso país, o mais avançado instituto de proteção ao trabalhador, muitas empresas vêm despedindo os seus empregados antes de completado o decênio com o qual nasce o direito. E, assim, a estabilidade, que visa a propiciar segurança individual e familiar ao trabalhador, tem-se transformando, de um modo geral, em motivo de insegurança e temor, dada a ameaça de despedida imotivada aos oito ou nove anos de serviços'²²².

Nesse sentido, há posições tanto negativas como positivas. A questão é que o novo sistema trouxe algumas vantagens sob o prisma individual, especialmente o fato de o empregado não perder o direito aos depósitos feitos em seu nome, caso ocorra a cessação do contrato de trabalho. Contudo, sob o prisma coletivo gerou inúmeros problemas como a rotatividade de mão de obra, dificuldade de recolocação no mercado de trabalho, entre tantos outros.

A cessação brusca das relações de trabalho prejudica o contratante desprevenido, principalmente o empregado, que de um momento para outro fica privado do seu meio de subsistência, sem ter antes tido tempo de procurar outro

²²¹ Trata-se do acréscimo do pagamento da multa rescisória do FGTS de 10% para 40%.

²²² SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segada; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 1991. v. 1, p. 610.

emprego. Nesse sentido, há o aviso prévio para ambas as partes, o qual, entretanto, na grande maioria das vezes não é suficiente.

Cesarino Junior há muito tempo já criticava o sistema de estabilidade brasileiro afirmando que no Brasil não há estabilidade real ou própria. Afirma que estabilidade é o direito do empregado de permanecer no emprego, até que se apure contra ele uma falta grave. Se não há falta grave, como consequência o empregador deveria reintegrar o empregado, conforme preceitua o artigo 495 da CLT. Ocorre que, se houver possibilidade de evitar a reintegração, como há no direito brasileiro com o pagamento da indenização em dobro, não há estabilidade em sentido próprio²²³.

Em outros países, o sistema é diferente. Na Alemanha, por exemplo, dá-se a reintegração forçada. Em Cuba há a intervenção do Governo no procedimento de reintegração²²⁴.

No Brasil a consequência também deveria ser mais protetiva à parte hipossuficiente na relação, isto é, o trabalhador. Como bem leciona o referido autor, o instituto da estabilidade tem sido aplicado de forma errada, tendo em vista que o pedido principal é a reintegração no emprego, sendo a indenização acessória. Ainda, “a indenização em dobro não é uma compensação suficiente para a perda do emprego. Não há verdadeira equivalência entre ela e a perda do emprego”²²⁵. Para Cesarino o sistema correto é o da lei alemã, mediante a qual o empregado que entra para o serviço com caráter efetivo é estável, característica que evita toda e qualquer fraude.

A conclusão a que podemos chegar é a de que, no Brasil, não existe real estabilidade. Apenas existiria caso adotássemos, por exemplo, a teoria Alemã, da nulidade da despedida arbitrária, imotivada.

Emprego não é apenas salário. O empregado não é somente uma peça que pode ser substituída a qualquer tempo. Pelo menos não sem qualquer justificativa plausível. Está equivocado entendimento diverso. O empregado possui anseios de carreira na empresa, possui um círculo de companheiros, vínculos de afeto e amizade, possui prestígio que advém do emprego. Isso tudo importa muito para o empregado. Um emprego não é apenas salário: é posição, é carreira, é prestígio, é satisfação consigo próprio, é todo o quadro de uma vida, enfim.

²²³ CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social**. São Paulo: LTr: Edição da Universidade de São Paulo, 1980. p. 337 e seguintes.

²²⁴ CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social**. São Paulo: LTr: Edição da Universidade de São Paulo, 1980. p. 338.

²²⁵ CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social**. São Paulo: LTr: Edição da Universidade de São Paulo, 1980. p. 338.

O problema da estabilidade e da falta de justificativa por parte do empregador no momento das rescisões não é uma questão meramente econômica, nem simplesmente jurídica, mas sobretudo humana e, em última instância, moral. O direito ao trabalho, do qual decorre a necessidade de ser garantida a segurança no emprego, está hoje reconhecido, por importantes instrumentos internacionais, como um dos direitos inatos ao ser humano.

4.2 A Convenção 158 da OIT e sua Relação com o Direito do Trabalho Brasileiro

O Direito do Trabalho busca a proteção do trabalhador, por meio do Estado, contra arbitrariedades e injustiças praticadas pelo empregador. O presente trabalho trata especialmente, como seu objeto de pesquisa, da despedida arbitrária sob a ótica constitucional.

Ocorre que, de um lado o legislador assegura ao trabalhador a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, e de outro assegura ao empregador o amplo direito de extinguir os contratos de trabalho mediante simples indenização (leia-se, atualmente, multa do FGTS).

Nesse contexto, a aplicação da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho ao direito interno é de suma importância para a consagração do direito previsto no artigo 7º, I, da CRFB/88.

4.2.1 A Organização Internacional do Trabalho

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada em 1919, como parte do Tratado de Versalhes²²⁶, inspirada na busca da paz universal e permanente, baseada na justiça social²²⁷.

²²⁶ A Conferência da Paz de 1919 aprovou o Tratado de Versalhes, cuja Parte XIII dispôs sobre a criação da OIT e enunciou os princípios gerais que deveriam guiar a política da Sociedade das Nações no campo do Trabalho. Posteriormente, foi complementada pela Declaração de Filadélfia, em 1944.

²²⁷ A criação da OIT foi uma resposta da Comunidade Internacional a uma série de questões econômicas, políticas e, sobretudo, humanitárias. Segundo o Preâmbulo da Constituição da OIT, as Altas Partes contratantes são “movidas por sentimentos de justiça e humanidade e pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura [...]”. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Constituição da Organização Internacional do Trabalho. In: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Documentos fundamentais da OIT**. Lisboa, 2007. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/constitucao.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

O Tratado foi elaborado pelas nações vitoriosas na 1ª Guerra Mundial (1914-1918)²²⁸ e afirmou, em seu preâmbulo:

A sociedade das Nações tem por objetivo estabelecer a paz universal, que não pode ser fundada senão sobre a base da justiça social;
Existem condições de trabalho que implicam para um grande número de pessoas em injustiça, miséria e privações;
A não-adoção por uma nação qualquer de um regime de trabalho realmente humanitário é um obstáculo aos esforços dos demais, desejosos de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios países.

Esse preâmbulo, pouco modificado, vigora na Constituição atual da OIT, que contempla o essencial para a justificação de uma ação legislativa internacional sobre questões de trabalho²²⁹.

O Tratado de Versalhes, portanto, consagrou o Direito do Trabalho como novo ramo da ciência jurídica e criou a OIT, “pessoa jurídica de direito público internacional, de caráter permanente, constituída de Estados, que assumem, soberanamente, a obrigação de observar as normas constitucionais da organização

²²⁸ O Brasil, como um dos países vitoriosos, foi um dos signatários do Tratado de Versalhes e, portanto, membro fundador da OIT, participando da Conferência Internacional do Trabalho desde a sua primeira reunião, o que é de grande importância para o país.

²²⁹ Preâmbulo: Considerando que só se pode fundar uma paz universal e duradoura com base na justiça social; Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande parte das pessoas, a injustiça, a miséria e as privações, o que gera um descontentamento tal que a paz e a harmonia universais são postas em risco, e considerando que é urgente melhorar essas condições: por exemplo, relativamente à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de subsistência adequadas, à protecção dos trabalhadores contra doenças gerais ou profissionais e contra acidentes de trabalho, à protecção das crianças, dos jovens e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores no estrangeiro, à afirmação do princípio “a trabalho igual, salário igual”, à afirmação do princípio da liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico e outras medidas análogas; Considerando que a não adopção, por parte de qualquer nação, de um regime de trabalho realmente humano se torna um obstáculo aos esforços de outras nações empenhadas em melhorar o futuro dos trabalhadores nos seus próprios países; as altas Partes Contratantes, movidas por sentimentos de justiça e de humanidade, assim como pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura, e tendo em vista alcançar os objectivos enunciados neste preâmbulo, aprovam a presente Constituição da Organização Internacional do Trabalho.” ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Constituição da Organização Internacional do Trabalho**. Declaração de Filadélfia. Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho. Regulamento da Conferência Internacional do Trabalho. Lisboa, 2007. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/constitucao.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

e das convenções que ratificam, integrando o sistema das Nações Unidas como uma das suas agências especializadas”²³⁰.

A Organização Internacional do Trabalho possui estrutura tripartite, a qual se revela da seguinte forma: Conferência Internacional do Trabalho (assembleia geral de todos os Estados membros da Organização), Conselho de Administração (órgão colegiado de direção superior da OIT) e Repartição Internacional do Trabalho (secretaria técnico-administrativa)²³¹.

O campo de atuação da OIT abrange questões que visam a justiça social, no seu mais largo conceito, primordialmente temas sociais tais como combate ao desemprego, fixação de salários dignos, limitação de jornadas abusivas, igualdade de direitos, segurança, higiene e meio ambiente do trabalho, entre outros, com compromisso em escala mundial.

Nesse sentido, conforme Arnaldo Sússekind, a OIT consagrou o correto entendimento de que a paz não é apenas a ausência de guerra, devendo ser vinculada também a um contexto onde os direitos humanos não sejam afrontados pelo subdesenvolvimento econômico que gera a miséria e a instabilidade política dos Estados²³².

De acordo com Flávia Piovesan, a OIT, criada após a Primeira Guerra Mundial, “tinha por finalidade promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar”²³³. Neste início do século XXI, a OIT, com quase cem anos de idade, continua se preocupando em assegurar mundialmente “um padrão justo e digno nas relações de trabalho”²³⁴.

No Brasil, a atuação da OIT se caracteriza, atualmente, pelo apoio ao esforço nacional de promoção ao trabalho decente. A sua representação no Brasil ocorre

²³⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**: constituição da OIT; convenções ratificadas pelo Brasil; principais convenções não ratificadas; anexo: Declaração Universal dos Direitos do Homem e sua regulamentação social-trabalhista. São Paulo: LTr, 1994. p. 19.

²³¹ A Conferência, o Conselho de Administração e quase todos os órgãos colegiados e reuniões da OIT são constituídas de representantes de governos e de organizações de empregadores e de trabalhadores. SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**: constituição da OIT; convenções ratificadas pelo Brasil; principais convenções não ratificadas; anexo: Declaração Universal dos Direitos do Homem e sua regulamentação social-trabalhista. São Paulo: LTr, 1994. p. 20.

²³² SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**: constituição da OIT; convenções ratificadas pelo Brasil; principais convenções não ratificadas; anexo: Declaração Universal dos Direitos do Homem e sua regulamentação social-trabalhista. São Paulo: LTr, 1994. p. 25.

²³³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 111.

²³⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 113.

desde a década de 1950, com programas e atividades que refletem os objetivos da Organização ao longo de sua história²³⁵.

O Poder Legislativo brasileiro busca criar normas trabalhistas protetivas em prol dos trabalhadores, coibindo os abusos de poder por parte do empregador e visando a aplicação de um tratamento igualitário entre empregador e empregado. Esse objetivo deve estar sempre associado à importância das normas internacionais e a sua aplicação direta ou indireta ao direito interno, incrementando o aparato legislativo brasileiro.

Desde a sua instituição, a OIT é responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho por meio de dois tipos de instrumentos de caráter normativo, as Convenções e as Recomendações. A atividade normativa da OIT é a razão de ser da Organização.

Inúmeras são as normas internacionais do trabalho já aprovadas desde a sua criação em 1919, o que permite concluir que atualmente a maioria das questões relativas ao trabalho estão cobertas pelo direito internacional.

A OIT, sem dúvidas, desempenhou um papel de grande importância na definição das legislações trabalhistas e na elaboração de políticas econômicas, sociais e trabalhistas durante boa parte do século XX.

As Convenções, uma vez ratificadas, constituem-se em fontes formais de direito, gerando direitos subjetivos individuais, desde que seu conteúdo não seja meramente promocional ou programático. Ainda, uma vez ratificadas por decisão soberana de um país, de acordo com o procedimento previsto na sua respectiva Constituição, i.e., regulamento próprio acerca da incorporação da norma internacional ao direito interno, passam a fazer parte de seu ordenamento jurídico.

Já as Recomendações possuem a finalidade de sugerir normas que podem ser adotadas por qualquer das fontes diretas ou autônomas do Direito do Trabalho ao legislador de cada um dos países vinculados à OIT²³⁶.

Ambas, para serem adotadas precisam ser submetidas à autoridade nacional competente de cada Estado nacional, ou para aprovar a ratificação da convenção,

²³⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **OIT no Brasil**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/oit-no-brasil/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

²³⁶ A distinção, meramente formal, é bem explicada por Valério de Oliveira Mazzuoli que afirma que as Convenções devem ser ratificadas para ter eficácia e aplicabilidade no direito interno de determinado país e as Recomendações sugerem mudanças no direito interno aos legislativos dos Estados. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 608.

ou para adotar as normas constantes da recomendação. Segundo Américo Plá Rodríguez, a Conferência da OIT não constituiu “um parlamento universal com poderes para impor normas aos distintos Estados, sem contar com a aceitação das autoridades de cada um deles”²³⁷.

As recomendações e as convenções não ratificadas constituem fonte material de direito, servindo apenas de inspiração e modelo para a atividade legislativa nacional²³⁸.

As convenções da OIT são tratados multilaterais abertos de caráter normativo²³⁹. Entretanto, sem a devida adesão o Estado não estará vinculado ao respectivo instrumento, o qual não poderá, obviamente, gerar os direitos e obrigações estabelecidos em suas normas no direito interno mas poderá servir como subsídio nas relações de trabalho.

Nesse contexto, Arnaldo Sússekind distingue o ato-regra, pelo qual a Conferência cria as normas constantes da convenção, do ato-condição, pelo qual os Estados aderem ao tratado²⁴⁰. A vigência no plano internacional, portanto, não se confunde com a eficácia jurídica no território, resultante da ratificação.

As convenções podem ser classificadas em: autoaplicáveis, quando suas disposições não necessitam de complementação para a sua efetiva aplicação pelos Estados que as ratificam; de princípios, quando dependem de regulamentação, ressalvada a hipótese de preexistência de norma interna compatível; e promocionais, que fixam determinados objetivos e estabelecem programas que devem ser atendidos pelos Estados que as ratificam mediante providências a médio e longo prazo²⁴¹.

²³⁷ RODRIGUES, Américo Plá. **Los convenios internacionales del trabajo**. Montevideo: Universidad de la República, 1965. p. 282.

²³⁸ As normas originárias da OIT, como um todo, “constituem referencial por excelência para serem utilizadas como subsídios nas relações de trabalho”. Ver OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Comentário às súmulas do TST**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 714.

²³⁹ São multilaterais porque podem ter um número irrestrito de partes; abertos porque podem ser ratificadas por qualquer dos Estados-membros da OIT, sem limitação de prazo; de caráter normativo porque contêm normas cujo destino é a incorporação ao direito interno dos países que aderiram ao tratado.

²⁴⁰ SÚSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**: constituição da OIT; convenções ratificadas pelo Brasil; principais convenções não ratificadas; anexo: Declaração Universal dos Direitos do Homem e sua regulamentação social-trabalhista. São Paulo: LTr, 1994. p. 30.

²⁴¹ SÚSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. São Paulo: LTr, 1983. p. 163-164.

Para Luciane Cardoso Barzotto as normas internacionais cumprem funções diversas²⁴²: uma de caráter normativo, sendo que ao ser adotada no direito interno de cada país membro, mediante ratificação, incorpora-se plenamente ao país signatário, enquanto vigente; e outra de caráter interpretativo ou de função integradora.

Na função interpretativa a norma internacional atua como balizador hermenêutico, no momento da aplicação de uma norma de direito interno. Na função integradora a norma surte efeitos no âmbito interno de um determinado Estado-membro mesmo sem ter sido ratificada, como na hipótese de existirem lacunas no direito interno, por exemplo²⁴³.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, as

Convenções internacionais são normas jurídicas emanadas da Conferência Internacional da OIT, destinadas a constituir regras gerais e obrigatórias para os Estados deliberantes, que as incluem no seu ordenamento interno, observadas as respectivas prescrições constitucionais.²⁴⁴

O processo de criação engloba a proposta, a elaboração, a discussão e, posteriormente, a aprovação pela Conferência Internacional do Trabalho. Após esse trâmite a Convenção internacional necessita de outro processo para ser incorporada à legislação interna do país que a ratifica.

Ao ingressar na OIT e aderir à sua Constituição o Estado contrai a obrigação formal de submeter toda convenção, no prazo máximo de dezoito meses da sua adoção, à autoridade nacional competente para sua aprovação, conforme dispõe o artigo 19, §5º, da Constituição da OIT.

A submissão à autoridade nacional competente não se confunde com a ratificação. A ratificação do tratado constitui ato de governo, mas só pode ocorrer após a aprovação pela autoridade nacional competente.

No Brasil, de acordo com o artigo 49, I, da Constituição de 1988, a autoridade competente a que se refere a Constituição da OIT é o Congresso Nacional, o qual possui competência exclusiva para resolver definitivamente sobre tratados, acordos

²⁴² BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos dos trabalhadores**. Atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2007, p. 99.

²⁴³ BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos dos trabalhadores**. Atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2007.

²⁴⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 100.

ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

A este órgão do Poder Legislativo compete resolver sobre a aprovação ou não das convenções da OIT. Sem essa aprovação o Presidente da República não poderá ratificar o tratado, pois compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional, conforme preceitua o artigo 84, inciso VIII, da CF de 1988.

Com relação aos efeitos e ao status normativo assumido pelos tratados internacionais no direito interno o entendimento é de que depende do sistema adotado pelo direito público de cada Estado, concepção monista ou dualista em relação às ordens jurídicas²⁴⁵. No Brasil, a Constituição adotou, especificamente neste tema, a teoria monista.

Outrossim, pertinente destacar a importância do artigo 5º, §3º da CRFB/88, que prevê que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”²⁴⁶.

A hierarquia dos tratados internacionais que versarem sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro respeita a seguinte orientação: caso os tratados sejam aprovados com o quórum especial previsto no artigo citado, terão *status* de emenda constitucional. Caso contrário, serão considerados norma *supralegal* (acima das leis ordinárias e complementares), conforme entendimento do STF.

Após a vigência da convenção ratificada no plano nacional, pode ocorrer a sua denúncia²⁴⁷, a qual deve obedecer um rigoroso procedimento e pode ser de

²⁴⁵ Para a teoria monista não há independência, mas interdependência entre a ordem jurídica internacional e a nacional, razão pela qual a ratificação do tratado por um Estado importa na incorporação automática de suas normas à respectiva legislação interna. Para a teoria dualista, as duas ordens jurídicas – nacional e internacional – são independentes e não se misturam. A ratificação do tratado importa no compromisso de legislar em conformidade com o diploma ratificado, sob pena de responsabilidade do Estado na esfera internacional, mas a complementação ou modificação do sistema jurídico interno exige um ato formal por parte do legislador nacional. Sobre o assunto ver SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. São Paulo: LTr, 1983.

²⁴⁶ BRASIL. Constituição. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

²⁴⁷ “Denúncia é o aviso prévio dado pelo Estado de que não tem interesse em continuar aplicando uma norma internacional. No caso da Convenção da OIT, é o ato pelo qual o Estado avisa a OIT que já não tem interesse em continuar observando aquela norma em seu ordenamento jurídico interno. Só é possível denunciar uma Convenção da OIT no decurso do décimo ano, sendo que há prorrogação por iguais períodos se o Estado não observar a referida faculdade”. MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 73-74.

forma voluntária ou expressa, ou tácita, que consiste na ratificação de convenção revisora da anteriormente ratificada.

A denúncia constitui-se no meio adequado para determinado país deixar de cumprir as cláusulas ou aplicar as normas descritas na convenção. No Brasil, torna-se necessária a intervenção do Congresso Nacional para que a denúncia se perfectibilize, tendo em vista que foi o órgão que aprovou a convenção²⁴⁸.

Nesse sentido, já asseverava Pontes de Miranda, que “[...] aprovar tratado, convenção ou acordo, permitindo que o Poder Executivo o denuncie, sem consulta, nem aprovação, é subversivo dos princípios constitucionais. O Presidente da República pode apresentar projeto de denúncia, ou denunciar o tratado, convenção ou acordo, *ad referendum* do Poder Legislativo”²⁴⁹.

4.2.2 A Convenção nº 158 da OIT

A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho foi aprovada em 22 de junho de 1982 pela Conferência Geral da OIT, entrou internacionalmente em vigor em novembro de 1985 e foi complementada pela Recomendação 166 que contém disposições detalhadas visando orientar o legislador nacional. Trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador²⁵⁰.

Na parte inicial de sua apresentação, o texto da Convenção invoca a Recomendação sobre o Término da Relação de Trabalho, de 1963, salientado terem sido “registradas importantes novidades na legislação e na prática de numerosos Estados-membros relativas às questões que essa Recomendação abrange”.

O principal fundamento da Convenção em análise consiste na necessidade de justificação ou de motivação do ato, no momento do término de uma relação de emprego por iniciativa do empregador, frente à relação assimétrica entre empregador e empregado. O trabalhador é a parte mais afetada em caso de ruptura do contrato de trabalho, pois é privado do seu meio de subsistência, o salário.

²⁴⁸ Admitir que o Poder Executivo possui o arbítrio de denunciar a convenção, significa delegar-lhe competência para revogar a lei, visto que as normas do tratado, a partir da eficácia jurídica da ratificação, passam a integrar a legislação nacional. SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 141.

²⁴⁹ Comentários à Constituição de 1967, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. t. 3, p. 109. Nota do livro do SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 141.

²⁵⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção 158**. [S.I.], 1982. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236164/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

O artigo 4º da Convenção determina que

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.²⁵¹

A norma prevê, portanto, a necessidade de justificativa ou por razões de ordem subjetiva: em relação à capacidade ou comportamento do empregado; ou por razões de ordem objetiva: baseadas nas necessidades de funcionamento da empresa, para que ocorra validamente o término da relação de emprego por iniciativa do empregador. Nesse sentido, a norma não proíbe todas as espécies de dispensa sem justa causa, apenas impõe requisitos imprescindíveis.

Quando falamos sobre justificativa para a dispensa precisamos considerar justo e razoável exigir do empregador que dispense o empregado apenas quando existirem motivos para tanto. A atitude arbitrária de privar alguém do seu meio ou existência “sem ao menos dar motivo para isso, sempre foi retrógrado, deselegante e imoral e é, definitivamente, também, no Brasil, ilegal”²⁵².

As dispensas estão, de um lado ligadas à pessoa ou à conduta do empregado e, de outro, ligadas às necessidades da empresa ou do serviço. Evidentemente devem ser consideradas não as causas declaradas da dispensa, mas seus verdadeiros motivos.

A norma esclarece que estão excluídos de sua aplicação os contratos de trabalho por prazo determinado e os contratos de experiência²⁵³. Após as ressalvas,

²⁵¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção 158**. [S.I.], 1982. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236164/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

²⁵² RÜDIGER, Dorothee Susanne. Motivos, procedimentos e efeitos da dispensa individual na Convenção n. 158 da OIT e no direito francês e alemão. In: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). **Direito do trabalho da seguridade social: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1077. (Coleção doutrinas essenciais; v. 3).

²⁵³ 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. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção 158**. [S.I.], 1982. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236164/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

a Convenção impõe que as relações de trabalho devem ter continuidade, conforme já analisado em tópico próprio, característica e princípio dos contratos de trabalho.

Além disso, a Convenção, em seus artigos 5º e 6º, aborda situações especiais, sem prejuízo de outras (em rol exemplificativo, portanto), que não poderão constituir causa justificada para o término da relação de trabalho²⁵⁴.

A Convenção estabelece que o empregado que entender que sua despedida não estiver devidamente justificada poderá requerer a sua reintegração no emprego. Cabe, nesses casos, ao Poder Judiciário decidir acerca da procedência ou improcedência do pedido.

O Brasil realizou o registro de ratificação da Convenção perante a Repartição Internacional em 05 de janeiro de 1995. Considerando que o período de *vacatio legis* para a entrada em vigor das Convenções Internacionais da OIT é de doze meses (a contar da data do registro), apenas em 05 de janeiro de 1996 a Convenção nº 158 passou a ter vigência no Brasil, mediante Decreto Legislativo nº 1.885/96 do Presidente da República, que determinou o seu cumprimento.

Em novembro de 1996, passados apenas 11 meses da sua ratificação, o então Presidente Fernando Henrique Cardoso questionou a sua validade e denunciou a Convenção, por meio do Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, sob o argumento de que o Brasil já possuía legislação trabalhista sobre o tema, ou seja, o artigo 7º, I, da CF e o artigo 10, I, do ADCT, combinados. Por meio desse Decreto o Presidente anunciou, publicamente, não vigorar mais a Convenção no

²⁵⁴ 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. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção 158**. [S.I.], 1982. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236164/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

Brasil. A partir dessa decisão, a jurisprudência dominante passou a decidir com base nesse mesmo fundamento²⁵⁵.

Essa denúncia foi bastante discutida e resultou em diversos entendimentos. Entre eles, um defendia a sua validade e outro afirmava a sua inconstitucionalidade em razão de não ter passado pelo Congresso Nacional e por não ter observado o prazo de dez anos previsto no artigo 16 da Convenção e, também, por estar de acordo com o texto constitucional brasileiro, sendo considerada emenda constitucional.

Nesse contexto, a Convenção era considerada um tratado de proteção aos direitos humanos e, portanto, incorporada ao ordenamento jurídico deveria ser tratada como cláusula pétrea, não sujeita a revogação ou restrição, já que referente a normas relativas a direitos fundamentais.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480/97²⁵⁶, foi proposta com o objetivo de questionar a validade jurídico-constitucional do Decreto Legislativo nº 68/92, que aprovou a Convenção nº 158 da OIT, e do Decreto nº 1.855/96, que promulgou esse mesmo ato normativo de direito internacional público.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu que a convenção nº 158 da OIT estava formalmente incorporada ao sistema de direito positivo interno do Brasil. Entretanto, posicionou-se no sentido de suspender os efeitos dos Decretos Legislativos nº 68/92 e nº 1.855/96 sobre a legislação brasileira, e declarar a inconstitucionalidade material da Convenção. O STF entendeu que a Convenção

²⁵⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de revista nº TST-RR-396.864/1997.8.** Recorrente: Madeira Indústria e Comércio Ltda. Recorridos: Carlito Pinto Fernandes e Outros. Relator: João Amílcar Pavan, Brasília, DF, 27 de junho de 2001. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20396864-58.1997.5.17.5555&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAA AAC&dataPublicacao=24/08/2001&localPublicacao=DJ&query=>>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de revista nº TST-RR-403.594/97.9.** Recorrente: Fabiane Regina de Paula Maia. Recorrida: Associação Rádio Táxi Paraná. Relator: Juiz Convocado: Horácio R. de Senna Pires. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20403594-10.1997.5.09.5555&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAA Z3yAAA&dataPublicacao=16/03/2001&localPublicacao=DJ&query=>>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de revista nº TST-RR-558.202/1999.5.** Recorrente: Ângelo Roberto Hilgert. Recorrido: Banto Itaú S/A. Relator: Juiz Convocado: Samuel Corrêa Leite. Brasília, DF, 08 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20558202-33.1999.5.04.5555&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAA AndGAAG &dataPublicacao=21/11/2003&localPublicacao=DJ&query==>>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade (Med. Liminar) - 1480.** Requerente: Confederação Nacional do Transporte - CNT Confederação Nacional da Indústria - CNI. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 18 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1480&processo=1480>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

apresenta transgressão aos artigos 7º, I, da CF e 10, I, do ADCT, pois tratam de regulamentação normativa da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, posta sob reserva constitucional de lei complementar.

Afirma o STF que não pode, por impossibilidade jurídica, um tratado ou convenção internacional atuar como sucedâneo da lei complementar exigida pela Constituição. Afirma ainda, ser eminentemente programático o efeito da norma internacional, sem qualquer efeito prático, pois a aplicabilidade depende da ação normativa do legislador interno de cada país. Continua necessária, nesse viés, a existência de Lei Complementar sobre a matéria. Nesse mesmo sentido foram as decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho na época e, inclusive, posteriormente²⁵⁷.

O STF esclareceu que a relação de eventual antinomia entre o tratado internacional e a Constituição da República impõe a atribuição de precedência hierárquica à ordem normativa consubstanciada no texto constitucional.

Decidiu, portanto, através de Decisão Monocrática proferida pelo Ministro Relator Celso de Mello, que a matéria já se encontra regulada na CRFB/88, a qual prevê como direito dos trabalhadores a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória. Como a referida lei complementar não existe até hoje, segue-se o

²⁵⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (12. Região). **Processo: nº: RO -V 004446/1997**. Local de Origem: 2a Vara de Blumenau. Autor: Terezinha Hilleshein. Réu: Hering Textil S.A. Florianópolis, 17 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www2.trt12.jus.br/scripts/juris/jnum.asp?nr_ac=016019&ano_ac=1997&vfclassenumerotr=ROV0044461997&dtpubldj=03/12/1997&cdclasse=RO&cdespecie=V&nuprotr=004446&anoautuacao=1997>. Acesso em: 14 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (12. Região). **Processo: nº: RO -V 004399/1997**. Local de Origem: 2a Vara de Chapeco. Autor: Margarida Jussara Piasson. Réu: UNIBANCO - Uniao de Bancos Brasileiros S.A. Florianópolis, 11 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www2.trt12.jus.br/scripts/juris/jnum.asp?nr_ac=016018&ano_ac=1997&vfclasseumerotr=ROV0043991997&dtpubldj=03/12/1997&cdclasse=RO&cdespecie=V&nuprotr=004399&anoautuacao=1997>. Acesso em: 14 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (12. Região). **Processo: nº: RO -V 005472/1996**. Local de origem: Vara de Cacador. Autor: Joao Carlos foresti Brusco. Réu: Companhia Integrada de Desenvolvimento Agrícola de Santa Catarina – CIDASC. Florianópolis, 9 de junho de 1997. Disponível em: <http://www2.trt12.jus.br/scripts/juris/jnum.asp?nr_ac=007054&ano_ac=1997&vfclassenumerotr=ROV0054721996&dtpubldj=14/07/1997&cdclasse=RO&cdespecie=V&nuprotr=005472&anoautuacao=1996>. Acesso em: 14 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (16. Região). **Número único: nº 02661-2005-015-16-86-4-RO**. Recorrente: Francisco Xavier De Sousa Filho. Recorridos: Banco do Nordeste do Brasil S.A. Osmundo Evangelista Rebouças. Raimundo Mariano de Sá. Byron Costa de Queiroz e outros. Relator: José Evandro de Souza. Prolator do acórdão: José Evandro de Souza. Data de julgamento: 28 de abril de 2010. Disponível em: <<https://www.trt16.jus.br/site/index.php?acao=conteudo/processo/processo2.php&h=BAE2F2A089748A90>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

disposto no artigo 10, I, do ADCT, que estabelece multa de 40% sobre o saldo do FGTS em caso de dispensa sem justa causa²⁵⁸.

A questão da constitucionalidade da denúncia realizada pelo Brasil por meio do Decreto 2.100/96 permanece *sub judice* no Supremo Tribunal Federal (ADI nº 1.625)²⁵⁹.

A citada Ação Direta de Inconstitucionalidade permanece aguardando julgamento. O Tribunal, preliminarmente, não reconheceu a legitimidade da Central Única dos Trabalhadores-CUT para propor a ação. Foram vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Cezar Peluso e Carlos Britto. Os Senhores Ministros Maurício Correa e Carlos Britto, julgaram procedente em parte a ação para determinar que a denúncia da Convenção 158 da OIT condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produz a sua eficácia plena. Após esses votos, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Nelson Jobim, que julgou improcedente a ação. O Ministro Joaquim Barbosa pediu vista e julgou totalmente procedente a ação. A Ministra Rosa Weber, da mesma forma, pediu vista e julgou totalmente procedente a ação. O Ministro Teori Zavascki, por sua vez, julgou improcedente o pedido formulado. Em 14/09/2016 o Ministro Dias Toffoli pediu vista, sendo a última manifestação ocorrida na Ação.

Em 20/08/2008 foi novamente encaminhado ao Congresso Nacional, pelo Presidente da República Luiz Inácio da Silva, o texto da Convenção 158, iniciando novo processo de ratificação da mesma.

Para esclarecer, repisa-se que no Brasil não existe mais a estabilidade decenal no emprego que era prevista no artigo 492 da CLT, desde a implantação do regime do fundo de garantia por tempo de serviço no país, com exceção de situações peculiares de garantia de emprego (gestante, dirigente sindical, acidentado, entre outros). A estabilidade passou a ser vista com restrição ao desenvolvimento econômico. Entretanto, a Constituição de 1988, em seu artigo 7º, I,

²⁵⁸ 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, de 13 de setembro de 1966. BRASIL. Constituição. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade (Med. Liminar) - 1625**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura - CONTAG e - CUT Central Única dos Trabalhadores. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Mauricio Correa. Brasília, DF, 14 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1625&processo=1625>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

protege expressamente o trabalhador contra a dispensa arbitrária. Passou-se da estabilidade absoluta à nulidade da despedida arbitrária, supostamente falando.

O conceito de despedida sem justa causa, ou imotivada, foi absorvido socialmente em grande parte devido à oferta do saque dos depósitos do FGTS, acrescido de uma multa paga pelo empregador (10% sobre o saldo desse Fundo, que passou a 40% a partir da vigência da Constituição de 1988). Neste regime, portanto, mediante uma compensação pecuniária, o empregador exerceria plena liberdade de dispensar seus empregados, sem a necessidade de justificar seus atos.

Percebe-se que o Brasil, em seu sistema jurídico, passou de uma posição tendente à continuidade do vínculo empregatício no sentido de buscar condições mais estáveis de trabalho, para uma posição oposta e de menor proteção, o atual sistema do FGTS.

A modificação trazida possibilita facilmente a dispensa dos empregados e gera insegurança por diversos motivos. Os empregados com idade mais avançada e com capacidade produtiva reduzida têm extrema dificuldade para procurar novos empregos. Os empregadores podem dispensar qualquer empregado no momento que acharem mais conveniente, sem que isso lhes acarrete outras despesas. Além disso, a lei retira das empresas o ônus da estabilidade e o ônus das indenizações, que até então serviam como um freio às despedidas nas épocas de recessão.

A adoção da Convenção 158 da OIT permitiria a implantação de um sistema mais equilibrado e condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana ao afastar a possibilidade de extinção contratual arbitrária e abusiva por parte do empregador. E mais: seria certamente compatível com a Constituição brasileira de 1988.

O artigo 7º, I, trata de direito social fundamental de aplicabilidade imediata, de acordo com o artigo 5º, §1º, sendo certo que também os direitos sociais gozam da mesma proteção de os direitos individuais em relação à sua necessidade de concretização e observância.

Nesse sentido, Norberto Bobbio questiona:

Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem hic et nunc, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva

proteção são adiados sine die, além de confinados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o 'programa' é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política: pode ainda ser chamado corretamente de 'direito'?²⁶⁰

A Constituição precisa receber a maior efetividade e eficácia possíveis. O artigo 7º, I, portanto, não pode aguardar providência legislativa futura e incerta.

O trabalho é e sempre será uma parte essencial da condição humana. O trabalho é crucial para que o indivíduo possa desfrutar dos direitos essenciais de sobrevivência tais como alimentação, vestimenta e moradia. O desemprego afeta todos esses direitos e uma série de outros como o direito à educação, à cultura e à saúde.

Trata-se de questão que envolve um dos princípios primordiais da estrutura do Direito do Trabalho, ou seja, o princípio da continuidade da relação empregatícia, além de exaltar o direito ao trabalho como direito fundamental social.

4.3 A (In)compatibilidade entre o Direito Fundamental ao Trabalho e a Possibilidade de Extinção Contratual sem Motivação: o Poder Diretivo do Empregador e suas Limitações - Proteção Contra a Despedida Arbitrária ou sem Justa Causa

O conceito de "poder" é amplo. Poder remete à força, vontade, obediência e influência da pessoa que o detém, podendo ser aplicado de forma coercitiva ou consensual, quando nasce naturalmente no seio da sociedade²⁶¹.

Para Michel Foucault, o funcionamento do poder ocorre em cadeia. Não se trata de fenômeno homogêneo de um indivíduo sobre outro ou outros, por exemplo. Não está localizado em determinado local ou nas mãos de alguém. Não pode ser apropriado como riqueza ou bem. O poder funciona e é exercido em rede, onde os indivíduos, ao mesmo tempo, o exercem e sofrem sua ação²⁶².

²⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 92.

²⁶¹ Gabriel Chalita leciona que, por ocorrer em circunstâncias infinitamente variáveis, o poder não é um fenômeno que se preste facilmente a classificações ou regras. Ainda, afirma que o poder não pode ser explicado por meio da consideração de fatores individuais, pressupondo, assim, a sociabilidade como pressuposto de existência. Além disso, o poder é sempre uma correlação entre duas ou mais vontades, sendo que, para existir, necessita de vontades submetidas. CHALITA, Gabriel. **O poder**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 12.

²⁶² "O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua

Em outras palavras, o poder não é identificado por meio de um indivíduo que o detém. Ninguém é seu titular. Entretanto, ninguém ocupa o mesmo lugar na rede, alguns lugares são preponderantes e permitem produzir efeitos de supremacia, de modo a assegurar uma dominação de classe, na medida em que dissociado do domínio individual.

Michel Foucault preconiza que o poder se materializa através do corpo e atinge a realidade concreta dos indivíduos através dele²⁶³.

Esclarece que, antes, a relação de soberania recobria a totalidade do corpo social e que “o modo como o poder era exercido podia ser transcrito, ao menos no essencial, nos termos da relação soberano-súdito”²⁶⁴. Com o passar dos anos, especificadamente nos séculos XVII e XVIII, houve uma nova mecânica de poder, incompatível com as relações de soberania:

Este novo mecanismo de poder apoia-se mais nos corpos e seus atos do que na terra e seus produtos. É um mecanismo que permite extrair dos corpos tempo e trabalho mais do que bens e riqueza. É um tipo de poder que se exerce continuamente através da vigilância e não descontinuamente por meio de sistemas de taxas e obrigações distribuídas no tempo; que supõe mais um sistema minucioso de coerções materiais do que a existência física de um soberano. Finalmente, ele se apoia no princípio, que representa uma nova economia do poder, segundo o qual se deve propiciar simultaneamente o crescimento das forças dominadas e o aumento da força e da eficácia de quem as domina.²⁶⁵

ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão. Em outros termos, o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles. Não se trata de conceber o indivíduo como uma espécie de núcleo elementar, átomo primitivo, matéria múltipla e inerte que o poder golpearia e sobre o qual se aplicaria, submetendo os indivíduos ou estraçalhando-os. Efetivamente, aquilo que faz com que um corpo, gestos, discursos e desejos sejam identificados e constituídos enquanto indivíduos é um dos primeiros efeitos de poder. Ou seja, o indivíduo não é o outro do poder: é um de seus primeiros efeitos. O indivíduo é um efeito do poder e simultaneamente, ou pelo próprio fato de ser um efeito, é seu centro de transmissão. O poder passa através do indivíduo que ele constituiu”. FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003. p. 183.

²⁶³ “Na verdade, nada é mais material, nada é mais físico, mais corporal que o exercício do poder... Qual é o tipo de investimento do corpo que é necessário e suficiente ao funcionamento de uma sociedade capitalista como a nossa? Eu penso que, do século XVII ao início do século XX, acreditou-se que o investimento do corpo pelo poder devia ser denso, rígido, constante, metucioso. Daí esses terríveis regimes disciplinares que se encontram nas escolas, nos hospitais, nas casernas, nas oficinas, nas cidades, nos edifícios, nas famílias... E depois, a partir dos anos sessenta, percebeu-se que este poder tão rígido não era assim tão indispensável quanto se acreditava, que as sociedades industriais podiam se contentar com um poder muito mais tênue sobre o corpo”. FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003. p. 147-148.

²⁶⁴ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003. p. 187.

²⁶⁵ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003. p. 187-188.

Para o autor esse tipo de poder se opõe à teoria de poder descrita pela relação de soberania:

A teoria da soberania está vinculada a uma forma de poder que se exerce muito mais sobre a terra e seus produtos do que sobre os corpos e seus atos: se refere à extração e apropriação pelo poder dos bens e da riqueza e não do trabalho; permite transcrever em termos jurídicos obrigações descontínuas e distribuídas no tempo; possibilita fundamentar o poder na existência física do soberano, sem recorrer a sistemas de vigilância contínuos e permanentes; permite fundar o poder absoluto no gasto irrestrito, mas não calcular o poder com um gasto mínimo e uma eficiência máxima.²⁶⁶

De acordo com Foucault esse novo tipo de poder é invenção da soberania burguesa, tendo sido instrumento fundamental para a constituição do capitalismo industrial e do tipo de sociedade que lhe é correspondente. O autor conceitua esse novo poder de poder disciplinar e denomina sua sociedade correspondente como sociedade disciplinar²⁶⁷.

Afirma, ainda, que está presente nas sociedades modernas desde o século XIX até hoje

[...] por um lado, uma legislação, um discurso e uma organização do direito público articulados em torno do princípio do corpo social e da delegação de poder; e por outro, um sistema minucioso de coerções disciplinares que garanta efetivamente a coesão deste mesmo corpo social²⁶⁸.

Continua dizendo que é dentro dos limites de um direito de soberania e um mecanismo de disciplina que se dá o exercício do poder.

Em verdade, no âmbito das relações de trabalho, o corpo só se torna força de trabalho quando dominado, característica ínsita ao poder disciplinar. A disciplina regula e controla a vida dos homens a fim de utilizá-los ao máximo aproveitando suas potencialidades e utilizando, ou pelo menos tentando utilizar, um sistema de aperfeiçoamento gradual e contínuo de suas capacidades.

O poder é explicado num contexto onde o empregador detém poder sobre seus empregados. Entretanto, ao mesmo tempo o empregador é impotente diante das leis estabelecidas pelo Estado.

²⁶⁶ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003. p. 188.

²⁶⁷ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003. p. 188.

²⁶⁸ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003. p. 189.

A estrutura da relação jurídica que se estabelece entre trabalhador e empregador está, portanto, intimamente ligada ao poder. O empregador detém o poder diretivo, hierárquico, mandamental da relação de emprego, previsto no artigo 2º da CLT²⁶⁹, que considera empregador aquele que assume os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Nesse contexto, o poder se funda especialmente no conceito de subordinação jurídica. O poder de direção é um modo geral de comando do empregador sobre os seus subordinados, tanto no tempo quanto no local de trabalho.

Amauri Mascaro Nascimento esclarece que

Na relação de emprego a subordinação é um lado, o poder diretivo é o outro lado da moeda, de modo que, sendo o empregado um trabalhador subordinado, o empregador tem direitos não sobre a sua pessoa mas sobre o modo como sua atividade é exercida²⁷⁰.

O poder do empregador nada mais é que a faculdade de determinar o modo pelo qual a atividade decorrente do contrato de trabalho deve ser exercida. Trata-se de um conjunto de prerrogativas de grande relevo socioeconômico que favorece o empregador e lhe confere enorme influência no âmbito do contrato e da própria sociedade.

Maurício Godinho Delgado denomina o poder do empregador de poder empregatício²⁷¹:

Importante efeito próprio do contrato de trabalho é o poder empregatício. Em qualquer de suas manifestações concretas (poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório, poder disciplinar), esse poder inquestionavelmente inscreve-se como um dos efeitos inerentes ao contrato de trabalho. De maneira geral, o poder

²⁶⁹ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. CLT. BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

²⁷⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 660.

²⁷¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 664. “A doutrina não tem ainda se utilizado comumente da expressão *poder empregatício* para se reportar ao fenômeno aqui em exame. Tem preferido produzir referências autônomas àquilo que consideramos as diversas faces ou dimensões do mesmo fenômeno, quais sejam, *poder diretivo*, *poder regulamentar*, *poder fiscalizatório*, *poder disciplinar*. Não obstante essa tradição, é sem dúvida vantajoso, do ponto de vista teórico e prático, apreender-se em uma específica denominação (*poder empregatício* ou *poder intraempresarial*), a integralidade de um mesmo fenômeno que apenas se desdobra, no plano operacional, em dimensões e manifestações variadas”.

empregatício consubstancia um conjunto de prerrogativas colocadas à disposição do empregador para direcionamento concreto e efetivo da prestação de serviço pactuada. Tal poder, portanto, como regra, incide em benefício do empregador, atribuindo ao obreiro a obrigação de uma conduta de submetimento às ordens lícitas decorrentes do exercício desse poder.²⁷²

Quando o empregador exerce o seu poder ele age em conformidade, ou pelo menos deveria agir, com os direitos que lhe são atribuídos pela relação jurídica que nasce do contrato de trabalho. O empregador tem, naturalmente, a função de coordenar todos os elementos estruturais da empresa a fim de assegurar a produtividade e, inclusive, o bem-estar dos empregados.

O exercício do poder não pode, contudo, ser exercido de forma ilimitada. O poder do empregador, assim como qualquer tipo de poder, encontra limites em algum momento, especialmente no ordenamento jurídico, por tratar e envolver pessoas humanas.

Para Edilton Meirelles, abuso do direito é “o exercício de um direito que excede manifestamente os limites impostos na lei, pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos costumes, decorrente de ato comissivo ou omissivo”. Transportando esse conceito para o Direito do Trabalho, o autor afirma que a teoria do abuso do direito serve para impor limites ao desequilíbrio contratual, especialmente frente à ampliação da autonomia da vontade e à flexibilização das regras e condições de trabalho²⁷³.

Nesse sentido, deve-se levar em consideração que o empregador não pode lidar com os trabalhadores da mesma forma que lida com máquinas, matérias-primas, ou com meios de financiamento. O empresário não pode ter a ideia de que tudo é igual, no sentido de que é diferente prescindir de um equipamento e prescindir de um ser humano. No segundo caso não está em jogo apenas o fato de prescindir ou não, mas toda a vida que envolve o trabalhador além do trabalho.

Maurício Godinho Delgado subdivide o poder empregatício em poder diretivo, também chamado de poder organizativo, poder regulamentar, poder fiscalizatório, também chamado de poder de controle, e poder disciplinar²⁷⁴.

²⁷² DELGADO, Maurício Godinho. **O contrato de trabalho**: caracterização, distinções, efeitos. São Paulo: LTr, 1999. p. 109.

²⁷³ MEIRELLES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2005. p. 22 e 255.

²⁷⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 665.

O poder diretivo consiste na organização de uma empresa e na organização da atividade do empregado segundo os fins visados pelo empreendimento. Não se trata apenas da organização econômica, mas principalmente da organização da boa ordem da empresa, no caso a imposição de normas ligadas à produção e serviços, trabalho a ser executado, modo de execução, tempo e local. Vincula, basicamente, a estruturação e ordenação dos trabalhos da empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços.

O poder regulamentar diz respeito à fixação e criação de regras a serem observadas no âmbito do estabelecimento e da empresa. Resultam, em geral, do exercício unilateral da vontade do empregador, meramente privada. Não se tratam de normas jurídicas, mas de simples cláusulas obrigacionais²⁷⁵.

O poder de controle diz respeito ao poder de fiscalização das atividades desenvolvidas pelos empregados. Envolve uma atividade de verificação e de vigilância sobre o trabalho realizado²⁷⁶.

O poder disciplinar, por sua vez, é o poder de autoridade exercido sobre os empregados, “é o direito do empregador de exercer a sua autoridade sobre o trabalho de outro, de dirigir sua atividade, de dar-lhe ordens de serviço e de impor sanções disciplinares”²⁷⁷.

Maurício Godinho delgado o define como “o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas a propiciar a imposição de sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais”²⁷⁸.

Alice Monteiro de Barros enfatiza que

[...] o poder disciplinar traduz a capacidade concedida ao empregador de aplicar sanções ao empregado infrator dos deveres a que está sujeito por força de lei, de norma coletiva ou do contrato. O

²⁷⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 666.

²⁷⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 668-670. Esse poder de fiscalização, assim como todos os outros, encontra limites. “Nesse quadro é inquestionável que a Constituição de 1988 rejeitou condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agredam à liberdade e dignidade básicas da pessoa física do trabalhador. Tais condutas chocam-se, frontalmente, com o universo normativo e de princípios abraçado pela Constituição vigorante”.

²⁷⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 660.

²⁷⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 670.

exercício desse poder tem por fim manter a ordem e harmonia no ambiente do trabalho²⁷⁹.

Por meio do poder disciplinar o empregador pode se valer da sua prerrogativa de emitir ordens e instruções para serem cumpridas pelos empregados a fim de manter a boa ordem e harmonia no ambiente de trabalho e punir os que não aceitam cumpri-las.

É uma forma de manifestação do poder diretivo ou hierárquico do empregador, cujo maior objetivo é manter a ordem e a disciplina no ambiente de trabalho. Ocorre normalmente de forma preventiva, mediante repreensão, advertência e suspensão, e, como medida extrema, por meio da rescisão do contrato de trabalho por justa causa.

Como afirma com propriedade Nilson de Oliveira Nascimento, é natural reconhecer o poder disciplinar ao empregador, pois de nada valeria o poder de organizar e controlar a prestação de serviços se não dispusesse dos meios para tipificar condutas irregulares dos empregados, praticadas em desacordo com os deveres contratuais, e para aplicar sanções disciplinares quando necessário²⁸⁰.

Os limites, por conseguinte, estão no abuso. Toda vez que o empregador agir fora dos padrões normais de conduta numa relação de trabalho poderá estar incidindo em abuso do poder, cujo exercício encontra restrições na ordem jurídica. Os atos do empregador devem estar pautados no princípio da proporcionalidade.

O exercício do poder disciplinar pelo empregador não é absoluto nem ilimitado. Deve ser exercido com moderação observando sempre a proporcionalidade entre a infração e a punição e, especialmente, a sua necessidade.

Como já bem abordado no segundo capítulo do presente trabalho, o trabalhador não é apenas um ser laborioso e produtivo, vendendo sua força de trabalho com o intuito de obter determinado rendimento patrimonial. Antes e além disso, o trabalhador é uma pessoa e um cidadão, ainda que ao celebrar e executar um contrato de trabalho ele fique sob a autoridade e direção de outrem.

A necessidade de haver justificativa para que o empregador possa, de fato, operar a rescisão contratual é uma forma de limitar os poderes do empregador e

²⁷⁹ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 609.

²⁸⁰ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **Manual do poder diretivo do empregador**. São Paulo: LTr, 2009. p. 74.

garantir ao empregado a sua dignidade, que lhe é inerente, através da concretização do direito de acesso ao trabalho previsto na Constituição Federal.

A possibilidade de extinção contratual sem justificativa demonstra a existência de colisão entre o poder diretivo do empregador, fundamentado em seu direito de propriedade, e os direitos fundamentais do empregado.

Como o trabalhador é a parte hipossuficiente da relação de trabalho, nada mais justo que imputar ao empregador a obrigação de justificar toda vez que, por iniciativa própria, resolver rescindir um contrato laboral.

Ademais, a empresa, assim como os contratos de trabalho, deve atingir a sua função social, que corresponde, no ordenamento jurídico pátrio, como já destacado anteriormente, a uma cláusula geral que admite ampla interpretação, mas que deve estar sempre focada nos princípios constitucionais, especialmente no valor fundante dignidade humana.

A empresa é elemento primordial, pois tem como principal finalidade a produção e circulação de bens e serviços, e a economia é uma das bases do mundo contemporâneo.

Fábio Konder Comparato²⁸¹, inclusive, cita a empresa como instituição social e como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, em razão da sua influência, dinamismo e poder de transformação.

O autor refere que a empresa possui um papel central na sociedade, visto que a subsistência de maior parte da população depende diretamente de sua existência. Isso se dá principalmente em razão da organização do trabalho assalariado, bem como do consumo de bens e serviços que advém das empresas. O Estado, por sua vez, também se beneficia, pois arrecada receitas fiscais e tributárias. Nesse contexto, ocorre a relação das empresas privadas com os empregados e com o próprio Estado.²⁸²

A autora Ana Frazão de Azevedo Lopes, no mesmo sentido, leciona que a função social da empresa está relacionada com as obrigações que tem com os empregados, consumidores e com a comunidade.²⁸³

²⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 3.

²⁸² COMPARATO, Fábio Konder. A função social da propriedade dos bens de produção. In: COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 103.

²⁸³ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 123.

De acordo com a autora, a função social não existe com o intuito de reduzir ou até mesmo acabar com as liberdades e com os direitos dos empresários para atingir os fins sociais. Assevera que o objetivo da função social é, resumidamente, sem desconsiderar a autonomia privada, reinserir a solidariedade social na atividade econômica.²⁸⁴

Especialmente em um país como o Brasil, onde a pobreza e a miséria impedem parte substancial da sociedade de ter o legítimo direito à autonomia, a função social da empresa implica necessariamente a existência de um padrão mínimo de distribuição da riqueza e dos benefícios da atividade econômica, aspecto que vem sendo reconhecido pela doutrina e também pela jurisprudência. É certo que são inúmeras as dificuldades de se estabelecer critérios de justiça social, ainda mais quando estes não dizem respeito à distribuição de benefícios pelo Estado, mas sim dos resultados de uma atividade privada. Por outro lado, sabe-se que a imposição de um ônus à atividade empresarial é normalmente repassada para os preços finais dos produtos e serviços, de forma que a sociedade acaba 'pagando', mesmo que reflexamente, pela implementação positiva da função social, ainda mais quando se trata de atividades desenvolvidas em mercados pouco competitivos.²⁸⁵

Nesse contexto, a preservação da empresa também é de suma importância para que se atinja a função social, visto que a proteção da ordem econômica se funda no princípio da preservação da empresa, que, por sua vez, contribui para a concretização dos demais direitos fundamentais.²⁸⁶

O ponto central é encontrar um resultado que seja aplicado em proveito da sociedade, para que sejam garantidos os direitos sociais, das próprias empresas privadas, já que elas têm uma função social a cumprir, ao mesmo tempo que tem inúmeros custos financeiros e concorrência, e do Estado, que tem o dever de efetivar os direitos sociais e garantir o funcionamento das empresas num todo.

A autora Isabel Vaz, no aspecto, evidencia que a empresa não pode ser considerada apenas como objeto, visto que assim não poderia desempenhar junto à

²⁸⁴ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Função social da empresa**: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 199-200.

²⁸⁵ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Função social da empresa**: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 203.

²⁸⁶ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Preservação da empresa no código civil**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 46.

comunidade a sua função social. Dessa forma, aduz que Estado e empresas privadas são ao mesmo tempo credores e devedores um do outro.²⁸⁷

Refere a autora que a empresa “é credora de equipamentos públicos, do uso dos meios de transporte e de telecomunicações, principalmente, sem os quais não pode trabalhar. [...]”.²⁸⁸

Por outro lado, a sua dívida consiste em proporcionar certo nível de vida a todos que dela dependem, trabalhadores, consumidores, dirigentes, financiadores, além de ser devedora de segurança econômica, como estabilidade no emprego e, promoção coletiva e individual dos homens. A empresa deve criar e garantir o bem-estar social. Outrossim, deve alimentar o funcionamento do serviço público e a redistribuição das rendas em nome da solidariedade e da segurança sociais.²⁸⁹

Nesse cenário, pode-se dizer que a empresa tem grande importância tanto no aspecto econômico quanto no aspecto social, vez que gera lucro, emprego e tributo, contribuindo com a manutenção do Estado.

Em termos gerais, a empresa garante a sobrevivência do empresário gerando lucro, e do empregado, gerando emprego e mão de obra, além de ser um dos meios de sustentação do Estado, através das contribuições tributárias.

A empresa não funciona sem a figura do empresário e sem a figura do empregado. Só atinge sua função social se gerida da maneira correta, de acordo com o princípio da boa-fé e do bem-estar social.

A atividade empresarial deve ser conduzida da melhor maneira possível, sendo de extrema importância o poder diretivo ao organizar, disciplinar e controlar as atividades do empregado. Entretanto, esse poder, como já afirmado, deve ser limitado ao razoável, de modo a respeitar o trabalhador e buscar o bem comum.

Nesse contexto, não se pode dizer que o empregador, ao demitir um funcionário arbitrariamente, está agindo com o viés de atingir a função social tanto em relação à empresa como em relação aos contratos de trabalho. Nesses casos o empregador está apenas “viabilizando” o andamento de seus negócios para auferir cada vez mais lucros e, em contrapartida, está negando toda a questão social que envolve a empresa e os contratos de trabalho.

²⁸⁷ VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 489.

²⁸⁸ VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 489.

²⁸⁹ VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 489.

O contrato de trabalho exerce uma função social de extrema relevância. É por meio dos contratos de trabalho que há geração de empregos, o que promove maior dignidade ao cidadão, e há circulação de riquezas, o que torna a sociedade mais próspera, de um modo geral.

Assim, delinear os limites do poder diretivo é uma necessidade sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana. O trabalhador deve ser respeitado enquanto empregado, mas principalmente, enquanto indivíduo, uma vez que a dignidade humana é valor fundante de todo o ordenamento jurídico.

Vale destacar, ainda, que em que pese a manifestação de vontade formadora do contrato de trabalho, esse se caracteriza, sobretudo, pelo marcante desequilíbrio existente entre as partes, bem como pela hipossuficiência e vulnerabilidade do trabalhador.

Em nome da função social a empresa deve promover os direitos fundamentais e não violá-los. O poder diretivo deve pautar-se nas garantias constitucionais, sem violar preceitos legais de proteção ao trabalhador.

Nesse contexto, fica evidente a incompatibilidade existente entre o direito fundamental de acesso ao trabalho e a possibilidade de extinção contratual sem motivação. A desnecessidade de justificar uma rescisão contratual vai de encontro à proteção e à própria dignidade do trabalhador.

Considerando que o empregador pode, de acordo com a legislação atual, rescindir unilateralmente os contratos de trabalho firmados com seus empregados sem referir qualquer justificativa plausível e coerente para tanto, verifica-se nítida a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos dos trabalhadores.

Antes do advento do instituto do FGTS, havia o instituto da estabilidade decenal, que protegia o empregado contra despedida arbitrária e estabelecia a necessidade de instauração de inquérito para apuração de falta grave para a efetivação da despedida.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, previsto expressamente no artigo 7º da Constituição Federal, em seu inciso III, acabou com o regime da estabilidade decenal e impôs aos trabalhadores, de certa forma, a opção pelo regime.

Atualmente, portanto, o único “ônus” do empregador ao demitir um empregado é o pagamento da multa de 40% do FGTS, que corresponde a créditos do trabalhador que se acumulam mediante depósitos mensais em conta vinculada.

A indenização de antiguidade, agora denominada de compensatória, se esteia na responsabilidade objetiva do empregador por denunciar o contrato de trabalho arbitrariamente ou sem justa causa²⁹⁰. Todavia, o pagamento da multa do FGTS não parece razoável e suficiente, não apenas relativamente à pecúnia, mas especialmente em relação aos direitos do trabalhador que estão em jogo.

O artigo 7º, I, da CRFB/88, determina a elaboração de lei complementar, a qual deverá enunciar os conceitos de despedida arbitrária e de despedida sem justa causa, além de dispor sobre a indenização compensatória relacionando os casos em que será devida e com que valores e, ainda, revelar quais outros direitos serão assegurados ao trabalhador visando à proteção da relação de emprego²⁹¹.

Essa lei complementar ainda não foi criada. Enquanto isso, o empregado pode ser inesperadamente surpreendido com sua rescisão contratual e, conseqüentemente, fazer jus apenas ao recebimento de multa compensatória, tendo em vista que o artigo 10, I, do ADCT preceitua que a indenização compensatória da qual cogita o artigo 7º, I, da CRFB/88, corresponderá a 40% do total dos depósitos acumulados e capitalizados do FGTS, até que vigorar a lei complementar aludida no artigo.

A dita lei complementar faz muita falta no direito brasileiro, pois os indivíduos que se veem na iminência de perder o emprego não têm nenhum respaldo em relação aos direitos que deveriam ser assegurados visando a proteção da relação de emprego. A multa de 40% do FGTS, conforme já fundamentado, não é suficiente para que uma pessoa sobreviva, para que sustente a sua família e, principalmente, para que tenha uma vida digna enquanto não arrumar um novo emprego.

A proteção prevista para a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa já deveria estar sendo efetivada. Entretanto, isso não tem ocorrido, pois vivencia-se diariamente a falta de regulamentação específica em relação ao assunto.

Não há a proteção efetiva do trabalhador. Há a indevida “aceitação” dessa modalidade de extinção contratual mediante o pagamento de irrisória indenização compensatória, pois a disposição transitória (artigo 10, I, do ADCT) torna aplicável o

²⁹⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 146.

²⁹¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 144.

disposto no inciso I do artigo 7º da CRFB/88 apenas com relação à indenização prevista.

Contudo, o simples pagamento de indenização compensatória não significa que o direito do trabalhador esteja devidamente assegurado. Muito pelo contrário: a possibilidade de extinção contratual sem justificativa, mediante simples pagamento de multa compensatória correspondente a 40% do FGTS, viola veementemente o direito fundamental de acesso ao trabalho, nos termos em que previsto na própria Constituição Federal.

A possibilidade de despedir um empregado sem justificativa é incompatível com o direito de trabalhar previsto na Constituição Federal. Privar os indivíduos do direito de trabalhar é impossibilitar que esses indivíduos possuam uma vida digna, em todos os seus mais amplos sentidos.

Portanto, nos casos em que o empregador resolve rescindir os contratos de trabalho de forma arbitrária, unilateral e sem justa causa, deveria, pelo menos, justificar a atitude. Para isso, torna-se necessária a criação da lei complementar aludida no artigo 7º, I, da CRFB/88 que assegure ao trabalhador direitos além de simples indenização pecuniária, limitando o poder diretivo do empregador, e dando alternativas ao empregado, visando a proteção da relação de emprego, para que não fique completamente desamparado.

Não se trata de instituir algum tipo novo de estabilidade, como era antigamente, mas sim de efetivar a necessidade de justificativa para as rescisões contratuais para que o empregado não fique à mercê da vontade unilateral do empregador, limitando o seu poder diretivo, tendo em vista que desde o advento do sistema do FGTS as reais possibilidades de resistência do empregado contra o poder empregatício tendem a ser muito precárias.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho foi iniciado com o objetivo central de apresentar argumentos criteriosamente sistematizados, teórico e legalmente fundamentados, buscando investigar até que ponto, ou em que medida, a possibilidade de extinção contratual sem motivação por parte do empregador interfere no alcance e efetividade do direito fundamental ao trabalho e do princípio da dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal.

Buscou-se demonstrar, através de uma análise da Constituição Federal de 1988, que a função social dos contratos de trabalho só será devidamente alcançada quando a livre iniciativa observar o princípio da dignidade da pessoa humana, atuando, para isso, de acordo com o valor social do trabalho, que deve ser devidamente preservado e protegido, pois fundamental para que os indivíduos atinjam condições básicas de sobrevivência, entre outras coisas.

Ao fim, pode-se afirmar que a pesquisa realizada, que se consubstanciou no presente trabalho, cumpriu o seu desiderato.

Deve-se ressaltar, à guisa de conclusão, que restou demonstrado que os contratos de trabalho exercem uma função social de extrema relevância, sendo que é por meio deles que há geração de empregos e conseqüente promoção de maior dignidade aos trabalhadores, maior circulação de riquezas, tornando a sociedade mais próspera, de um modo geral.

A empresa, em nome da função social, deve promover os direitos fundamentais e não os violar. O poder diretivo do empregador deve pautar-se nas garantias constitucionais, sem violar preceitos legais de proteção aos trabalhadores.

Nesse contexto, constatou-se ser de suma importância delimitar os limites do poder diretivo do empregador para que ele não possa simplesmente rescindir um contrato de trabalho por mera liberalidade, sem qualquer justificativa plausível para tanto. Essa necessidade decorre, inclusive, em razão do nítido desequilíbrio que premeia e marca as relações de trabalho, frente à hipossuficiência e vulnerabilidade do trabalhador.

A questão central é, portanto, que a desnecessidade de justificação das rescisões contratuais por parte do empregador vai de encontro aos princípios fundantes do Direito do Trabalho, em especial ao princípio da proteção do

trabalhador, visto que, como bem esclarecido, o trabalhador é a parte mais fraca da relação laboral.

Em decorrência disso, bem como da atual situação do mercado de trabalho, a qual apresenta um cenário de crise da economia e, conseqüentemente, de crise dos direitos trabalhistas e de desemprego, torna-se imprescindível o resgate da característica da continuidade das relações de emprego, visto que os contratos de trabalho não podem ser pautados por uma relação efêmera, não podem ser rescindidos sem justificativa e devem assegurar certa estabilidade e segurança.

Assim, definiu-se, ao longo do presente trabalho, e em face de toda a situação delineada, que com o advento do instituto do FGTS, quando extinta a estabilidade decenal, que protegia o empregado contra despedida arbitrária e estabelecia a necessidade de instauração de inquérito para apuração de falta grave para a efetivação da despedida, o único ônus do empregador ao despedir um empregado passou a ser o pagamento da multa de 40% do FGTS, que corresponde a créditos do trabalhador que se acumulam mediante depósitos mensais em conta vinculada.

Restou demonstrado que o artigo 7º, I, da CRFB/88, que determina a elaboração de lei complementar que deverá enunciar os conceitos de despedida arbitrária e de despedida sem justa causa, além de dispor sobre a indenização compensatória relacionando os casos em que será devida e com que valores e, ainda, revelar quais outros direitos serão assegurados ao trabalhador visando à proteção da relação de emprego, não está sendo efetivamente aplicado da forma como deveria.

Considerando que não há a referida lei complementar, aplica-se o artigo 10, I, do ADCT, o qual preceitua que a indenização compensatória da qual cogita o artigo 7º, I, da CRFB/88, corresponderá a 40% do total dos depósitos acumulados e capitalizados do FGTS.

Assim, apenas o pagamento de 40% do FGTS expresso na legislação vigente não consagra a proteção prevista para a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, proteção que deveria ser devidamente efetivada, o que não tem ocorrido.

Nesse cenário, no meio dessa discussão, os trabalhadores continuam à espera de que o Estado do bem-estar social possa, um dia, ser efetivamente implementado no que tange a essa abordagem, para que os trabalhadores não

sejam injustamente tolhidos do direito fundamental de trabalhar por mera liberalidade e ato unilateral do empregador.

Concluiu-se que o ordenamento jurídico, atualmente, carece da lei complementar prevista no artigo 7º, I, da Constituição Federal. A legislação, da forma como proposta, não é suficiente para proteger o empregado e para garantir o seu direito fundamental de acesso ao trabalho. Ainda, concluiu-se que o simples pagamento de multa indenizatória não caracteriza a proteção do empregado contra despedida arbitrária ou sem justa causa, visto que não é suficiente. A proteção do trabalhador, nesse caso, não pode ser restrita ao pagamento de pecúnia, visto que a dignidade e a proteção dos indivíduos vai muito além disso.

Nessa conjuntura, restou claramente demonstrada a incompatibilidade existente entre a possibilidade que a legislação atual confere ao empregador de rescindir contratos de forma arbitrária ou sem justa causa com o viés protetivo que a legislação busca dar ao trabalhador, especialmente no que tange ao próprio direito de acesso ao trabalho.

A lei complementar prevista no artigo 7º, I, da CRFB/88 precisa ser criada para que efetivamente se tenha um posicionamento do que seria uma despedida arbitrária ou sem justa causa, de qual seria o montante efetivamente devido caso algum empregado tivesse seu contrato rescindido dessa forma, bem como de quais direitos, além de pecúnia, seriam garantidos aos trabalhadores e em que casos seriam aplicáveis caso tivessem seu emprego “roubado” da noite para o dia.

Apenas e tão somente dessa forma poderia, de fato, ser efetivo o direito garantido na legislação de acesso ao trabalho e, inclusive, toda a proteção que o norteia visando a proteção da relação de emprego.

O presente trabalho esclareceu que o singelo pagamento de indenização compensatória não significa que o direito do trabalhador esteja devidamente assegurado. Espera-se que o mesmo possa ter o condão de gerar uma reflexão sobre a temática abordada, e que possa influenciar positivamente, se possível, para que acenda uma luz, mesmo que ainda remota, que venha a iluminar o caminho para uma efetiva solução, sem que haja a triste violação do direito fundamental de acesso ao trabalho garantido a todos enquanto indivíduos.

REFERÊNCIAS

- ARENDRT, Hannah. **A condição humana**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da constituição brasileira. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos dos trabalhadores**. Atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2007.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BATTAGLIA, Felice. **Filosofia do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1958.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BIAVASCHI, Magda Barros. **O direito do trabalho no Brasil – 1930-1942**: a construção do sujeito de direitos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmem C. Varriale et al. Coord. de João Ferreira e rev. João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 5. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2000. v. 1.
- BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 3, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-geração-de-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2017.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A aplicação do art. 421 do código civil e a função social dos contratos nas relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 160, p. 123-140, nov./dez. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/oracle_jre_usage/Downloads/FS%20no%20d.%20do%20trabalho%20(1).pdf>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BRASIL. Constituição. (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BRASIL. Constituição. (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BRASIL. Constituição. (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BRASIL. Constituição. (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BRASIL. Constituição. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923**. Crea, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl4682.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade (Med. Liminar) - 1480**. Requerente: Confederação Nacional do Transporte - CNT

Confederação Nacional da Indústria – CNI. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 18 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1480&processo=1480>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade (Med. Liminar) - 1625**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura - CONTAG e - CUT Central Única dos Trabalhadores. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Mauricio Correa. Brasília, DF, 14 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1625&processo=1625>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (12. Região). **Processo: nº: RO -V 005472/1996**. Local de origem: Vara de Cacador. Autor: Joao Carlos foresti Brusco. Réu: Companhia Integrada de Desenvolvimento Agrícola de Santa Catarina – CIDASC. Florianópolis, 9 de junho de 1997. Disponível em: <http://www2.trt12.jus.br/scripts/juris/jnum.asp?nr_ac=007054&ano_ac=1997 &vfclassenumerotrtr=ROV0054721996&dtpubldj=14/07/1997&cdclasse=RO&cdespecie=V&nuprotrtr=005472&anoautuacao=1996>. Acesso em: 14 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (12. Região). **Processo: nº: RO -V 004446/1997**. Local de Origem: 2a Vara de Blumenau. Autor: Terezinha Hilleshein. Réu: Hering Textil S.A. Florianópolis, 17 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www2.trt12.jus.br/scripts/juris/jnum.asp?nr_ac=016019&ano_ac=1997&vfclassenumerotrtr=ROV0044461997&dtpubldj=03/12/1997&cdclasse=RO&cdespecie=V&nuprotrtr=004446&anoautuacao=1997>. Acesso em: 14 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (12. Região). **Processo: nº: RO -V 004399/1997**. Local de Origem: 2a Vara de Chapeco. Autor: Margarida Jussara Piasson. Réu: UNIBANCO - Uniao de Bancos Brasileiros S.A. Florianópolis, 11 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www2.trt12.jus.br/scripts/juris/jnum.asp?nr_ac=016018&ano_ac=1997&vfclassenumerotrtr=ROV0043991997&dtpubldj=03/12/1997&cdclasse=RO&cdespecie=V&nuprotrtr=004399&anoautuacao=1997>. Acesso em: 14 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (16. Região). **Número único: nº 02661-2005-015-16-86-4-RO**. Recorrente: Francisco Xavier De Sousa Filho. Recorridos: Banco do Nordeste do Brasil S.A. Osmundo Evangelista Rebouças. Raimundo Mariano de Sá. Byron Costa de Queiroz e outros. Relator: José Evandro de Souza. Prolator do acórdão: José Evandro de Souza. Data de julgamento: 28 de abril de 2010. Disponível em: <<https://www.trt16.jus.br/site/index.php?acao=conteudo/processo/processo2.php&h=BAE2F2A089748A90>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de revista nº TST-RR-396.864/1997.8**. Recorrente: Madeira Indústria e Comércio Ltda. Recorridos: Carlito Pinto Fernandes e Outros. Relator: João Amílcar Pavan, Brasília, DF, 27 de junho de 2001. Disponível em: <<http://aplicação5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20396864-58.1997.5.17.5555&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAlluAAC&dataPublicacao=24/08/2001&localPublicacao=DJ&query=>>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de revista nº TST-RR-403.594/97.9**. Recorrente: Fabiane Regina de Paula Maia. Recorrida: Associação Rádio Táxi Paraná. Relator: Juiz Convocado: Horácio R. de Senna Pires. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20403594-10.1997.5.09.5555&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAZ3yAAA&dataPublicacao=16/03/2001&localPublicacao=DJ&query=>>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de revista nº TST-RR-558.202/1999.5**. Recorrente: Ângelo Roberto Hilgert. Recorrido: Banto Itaú S/A. Relator: Juiz Convocado: Samuel Corrêa Leite. Brasília, DF, 08 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20558202-33.1999.5.04.5555&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAndGAAG&dataPublicacao=21/11/2003&localPublicacao=DJ&query==>>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Preservação da empresa no código civil**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio universitário de direito do trabalho**. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1972. v. 1.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio universitário de direito do trabalho**. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1972. v. 2.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro, 1963. t. 1.

CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social**. São Paulo: LTr: Edição da Universidade de São Paulo, 1980.

CHALITA, Gabriel. **O poder**. São Paulo: Saraiva, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. A função social da propriedade dos bens de produção. In: COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1990.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A dimensão do princípio da dignidade e a relação de trabalho. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o**

direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **O contrato de trabalho:** caracterização, distinções, efeitos. São Paulo: LTr, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 10. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales:** apuntes de historia de las constituciones. 4. ed. Trotta: Madrid, 2003.

FIORAVANTI, Maurizio. As doutrinas da constituição em sentido material. **RECHTD – Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 103-109, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

FRANKENBERG, Günther. Tirania da dignidade? paradoxos e paródias de um valor supremo. In: FRANKENBERG, Günther. **A gramática da constituição e do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. Tradução de Maria Cristina De Cicco. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 747, p. 38-39, jan. 1998.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009. (Coleção Philosophia).

LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Constituição e direitos sociais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 1997.

LÖEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1988.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade**: função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Função social da empresa**: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

MAGANO, Octávio Bueno; MALLET, Estêvão. **O direito do trabalho na constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987.

MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica, na constituição brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS COSTA, Judith. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARX, Karl. **O capital**. Livro Primeiro – O processo de produção do capital. Tradução: Reginaldo Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. v. 2.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Nova Iorque, 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **Manual do poder diretivo do empregador**. São Paulo: LTr, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil anotado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Comentário às súmulas do TST**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Constituição da Organização Internacional do Trabalho. In: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Documentos fundamentais da OIT**. Lisboa, 2007. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/constitucao.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Declaração de Filadélfia. In: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Documentos fundamentais da OIT**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/constitucao.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção 158**. [S.l.], 1982. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236164/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **OIT no Brasil**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/oit-no-brasil/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Concretização e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **RPGESP**, São Paulo, n. 37, p. 73, 1992.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.). **Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RODRIGUES, Américo Plá. **Los convenios internacionales del trabajo**. Motevideo: Universidad de la República, 1965.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROUSSEAU, J. J. **Do contrato social**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção Os Pensadores).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. 3. ed. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores).

RÜDIGER, Dorothee Susanne. Motivos, procedimentos e efeitos da dispensa individual na Convenção n. 158 da OIT e no direito francês e alemão. In: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). **Direito do trabalho da seguridade social: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1063-1079. (Coleção doutrinas essenciais; v. 3).

RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1953. v. 2.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: FRAZÃO, Ana de Oliveira; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 15-74.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHÄFER, Jair Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Carlos Alberto Barata. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1983.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2011. v. 1, pt. 1.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Tradução de António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Porto Alegre: Sulina, 2014.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**: constituição da OIT; convenções ratificadas pelo Brasil; principais convenções não ratificadas; anexo: Declaração Universal dos Direitos do Homem e sua regulamentação social-trabalhista. São Paulo: LTr, 1994.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. São Paulo: LTr, 1983.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segada; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. v. 1.

TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2.

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.