



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
CONCENTRAÇÃO DIREITO ECONÔMICO

Andréa Montenegro

**TUTELA DO EMPREGO COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DA
DIGNIDADE DO TRABALHADOR**

JOÃO PESSOA - PB
2010

Andréa Montenegro

**TUTELA DO EMPREGO COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DA
DIGNIDADE DO TRABALHADOR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Professora Doutora Maria
Áurea Baroni Cecato

**JOÃO PESSOA - PB
2010**

Montenegro, Andréa.

M777t Tutela do emprego como instrumento de promoção da dignidade do trabalhador/ Andréa Montenegro. – João Pessoa, 2011.
135f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Paraíba. Centro de Ciências Jurídicas, 2011.

Orientadora: Prof^a. Maria Áurea Baroni Cecato.

1. Direito do trabalho. 2. Tutela de emprego. 3. Dignidade do trabalhador. 4. Globalização. 5. Supressão dos postos de trabalho

CDU – 34:331(043)

Andréa Montenegro

**TUTELA DO EMPREGO COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DA
DIGNIDADE DO TRABALHADOR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Professora Doutora Maria Aurea Baroni Cecato

Banca Examinadora

Professora Doutora
Orientadora

Professor
Examinador Interno

Professor
Examinador Externo

Apresentado em: ___/___/_____

Conceito: _____

Dedico este trabalho a todas as pessoas que, mesmo diante das adversidades comuns da vida cotidiana em sociedade, acreditam que com esforço, fé, dedicação e entusiasmo e muita persistência é possível superar o que a princípio parece ser inimaginável.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a DEUS por me inspirar e conduzir-me a alcançar o que me foi determinado;

Agradeço a minha família por ter compreendido a razão da minha ausência durante toda essa caminhada;

Agradeço a minha orientadora Maria Áurea Baroni Cecato e aproveito a oportunidade para parabenizá-la por não deixar de acreditar que o professor é capaz de transformar pedra bruta em diamante;

Agradeço a Professora Regina Vasconcelos pela dedicação com que trabalhou o vernáculo de minha dissertação de mestrado e por ter transformado minha estada em João Pessoa menos solitária.

RESUMO

A presente dissertação investiga a importância da tutela do emprego como instrumento de promoção da dignidade humana. O assunto em tela deve-se às sequentes transformações que a globalização econômica dos mercados vem originando na dinâmica laboral, principalmente porque nas últimas décadas, existe uma maior tendência à precarização em torno da legislação do Direito do Trabalho praticamente no mundo todo. Fatores como: automação, trabalho escravo, trabalho temporário, trabalho autônomo e outros somam o resultado considerável do desemprego estrutural. Em contraponto, espera-se que as normas de fato proponham o nivelamento entre os interesses do capital e os do trabalho, para que haja o desenvolvimento econômico com justiça social. Sendo assim, a Organização Internacional do Trabalho na união dos Estados Membros busca a concretização prática dos Direitos do Homem, sendo esta última tendência humanitária internacional. Enquanto os Direitos e Garantias Fundamentais é prerrogativa dos Estados. Para tanto, vale-se do método de procedimento histórico e das técnicas de pesquisa documental e bibliográfica. A pesquisa evolui a cada capítulo no sentido de alçar a proteção do emprego por ser este último promotor da dignidade do trabalhador.

Palavras-chave: tutela do emprego, dignidade do trabalhador, supressão dos postos de trabalho, globalização.

ABSTRACT

This dissertation investigates the importance of employment protection as an instrument for promoting human dignity. The issue at hand is due to the sequent transformations that economic globalization of markets is resulting in labor dynamics, mainly because in recent decades, there is a greater tendency to instability around the law of labor law virtually worldwide. Factors such as automation, slave labor, temporary work, self employment and other results add considerable structural unemployment. In contrast, it is expected that the standards actually propose leveling between the interests of capital and labor, so there is economic development with social justice. Thus, the International Labour Organisation of the member states in the union seeks to implement the practice of Human Rights, the latter being international humanitarian trend. While the Fundamental Rights and Guarantees is the prerogative of states. To do so, it is the method of historical procedure and techniques of documentary research and literature. The research develops each chapter in order to boost employment protection because it is the latter promoter of the dignity of the worker.

Keywords: employment protection, dignity of workers, elimination of jobs, globalization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 TRABALHO E DIGNIDADE: CONVERGÊNCIAS E CONTRAPOSIÇÕES	12
2.1 TRABALHO COMO FATOR ESSENCIAL À DIGNIDADE DO SER HUMANO ...	12
2.1.1 Relações do trabalhador com o meio em que vive	18
2.1.2 Sobrevivência material do trabalhador	22
2.2 AVILTAMENTO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO	25
3. STATUS DA PROTEÇÃO DO EMPREGO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO 34	
3.1 REGIME ANTERIOR A 1988: O REGIME DA ESTABILIDADE DECENAL.....	34
3.1.2 O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço	37
3.2 PRECEITOS CONSTITUCIONAIS.....	40
3.2.1 A CF: traço de valorização do trabalho	41
3.2.2 O inciso I do artigo 7º da CF	44
3.2.3 O inciso XXVII do artigo 7º da CF	50
3.3 AS ESTABILIDADES PROVISÓRIAS E CONTRATUAIS	54
3.3.1 Estabilidade de sustentação de representação de categoria	57
3.3.2 Estabilidade relativa à condição vulnerável da gestante e do acidentado do trabalho	60
3.3.3 Estabilidade decorrente de vontade das partes	62
4. A CONVENÇÃO 158 DA OIT E A PROTEÇÃO AO EMPREGO	65
4.1 A OIT E SEU PAPEL UNIVERSALIZADOR DE NORMAS LABORAIS	65
4.1.1 A normatização: Convenções e Recomendações	67
4.1.2 As declarações e sua atribuição	73
4.2 A CONVENÇÃO 158 SOBRE ESTABILIDADE NO EMPREGO	82
4.2.1 O teor da Convenção	83
4.2.2 Ratificação e denúncia pelo Estado brasileiro	89
5 EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO: ASPECTOS RELEVANTES NO QUE CONCERNE À TUTELA DO EMPREGO	94
5.1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.....	94
5.1.1 Princípio da continuidade da relação de emprego	95
5.1.2 Princípio da Norma Mais Favorável	98
5.2 NOÇÃO DE JUSTA CAUSA E HIPÓTESES DE ROMPIMENTO JUSTO DO CONTRATO.....	101
5.2.1 O artigo 482 da CLT: iniciativa do empregador motivado por ato ou omissão do empregado	102

5.2.2 O artigo 483 da CLT: iniciativa do empregado motivada por ato ou omissão do empregador	117
5.3 VERBAS RESCISÓRIAS E AUXÍLIO-DESEMPREGO COMO FORMAS INDIRETAS DE TUTELA DO EMPREGO	124
6 CONCLUSÃO.....	129
REFERÊNCIAS.....	131

1 INTRODUÇÃO

O processo de precarização do Direito do Trabalho acentuado, principalmente a partir da segunda metade do século XX, agravou-se consideravelmente por meio dos fenômenos originados pela globalização dos mercados.

Em contrapartida, o processo de internacionalização dos Estados intensificou-se em parte por conta das relações sociais como um todo, sendo esta última mais evidente no que toca às relações de natureza trabalhista, dada à carência de programas que proporcionem constantemente o Bem-Estar Social dos obreiros.

Hodiernamente, as normas que tutelam o trabalho, bem como a relação jurídica de emprego, não vêm conseguindo obstar satisfatoriamente o aumento do desemprego, caracterizado no mundo jurídico dos últimos tempos como a indesejável supressão dos postos de trabalho, variáveis quase no mundo todo.

Sendo assim, a Organização Internacional do Trabalho vêm se mobilizando em nível mundial, no sentido de promover a dignidade do trabalhador, principalmente no que toca à relação jurídica formal de emprego.

A referida Organização (OIT), consubstanciada pelos princípios e garantias fundamentais dos obreiros, inclina-se a garantir a efetivação mundial historicamente proclamada pelos Direitos do Homem, em virtude de um dos maiores fenômenos gerados pela globalização dos mercados mundiais: o desemprego estrutural. Hodiernamente, a globalização da economia trouxe consigo novos fenômenos e paradigmas, sendo estes últimos responsáveis pela boa parte de mudanças da dinâmica laboral nos últimos séculos.

A tecnologia automatizada agregou a esperança de soluções de carências individuais e coletivas, jamais imaginadas. Ao revés, também, originou a indignidade laboral, condicionando o indivíduo a optar pelo trabalho escravo, autônomo, insalubre e inclusive ao trabalho infantil. Essas e outras tantas modalidades de prestação de serviço serão desenvolvidas e estudadas no decorrer dos cinco capítulos seguintes. No entanto, importa dizer que o núcleo investigatório concentra-se basicamente em contextualizar a importância da proteção jurídica do emprego por ser este último o meio indispensável e mais adequado de promover a dignidade do homem em sociedade.

Com base nessas observações, formulou-se o problema a partir do qual foi conduzida a pesquisa que resultou na presente dissertação. Com efeito, a carência de

instrumentos normativos eficazes o suficiente para assegurar a continuação da relação de emprego, permanece negligenciada por meio de lacunas jurídicas constitucionais confrontantes com os mecanismos de proteção internacional (OIT) que tutelam o vínculo empregatício dos obreiros no âmbito interno dos Estados.

Nesses termos, o objetivo principal da pesquisa foi investigar a tutela do emprego e sua coadunação com a promoção da dignidade do trabalhador no contexto da globalização econômica dos mercados. O referido escopo justifica-se em razão da ausência de emprego comprometer consideravelmente a dignidade humana do trabalhador. Por outro lado, a pesquisa destinou-se a investigar a conjuntura social, política e econômica dos últimos tempos devido ao processo de desconstrução que vêm afetando os direitos laborais em detrimento dos direitos sociais do trabalhador.

Para tanto, empregou-se o método de procedimento histórico a fim de identificarem-se as relações entre capital e trabalho num ângulo de precarização dos postos de trabalho que interferem diretamente na promoção da dignidade e inexoravelmente no labor, bem como também foram utilizadas as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

Dessa forma, o capítulo 2 trata do entendimento do significado da dimensão do que representa a dignidade na vida dos indivíduos na sociedade. Sendo esse capítulo de fundamental importância na construção dos direitos do homem que paulatinamente originou a proposta de direitos fundamentais do trabalhador. A essência do Direito na defesa dos interesses pelo bem comum da humanidade está pautada, principalmente, pela construção filosófica e religiosa inspirada na igreja católica, visando à promoção do trabalhador e seu direito à dignidade. Nesse passo, enfatiza-se a necessidade do labor remunerado numa conotação tanto material quanto valorativa da vida em uma sociedade marcada por fatores globais financeiros que aviltam às condições de trabalho.

O capítulo 3 refere-se ao tratamento dispensado à proteção do emprego no ordenamento jurídico brasileiro, antes e depois da Constituição federal de 1988. Isso porque a relação empregatícia possui característica de proteção dos postos de trabalho bem diferenciada do novo modelo jurídico que fora adotado pela Carta magna de 1988. Sendo que este último imprimiu às normas trabalhistas do Brasil um viés moderno seguidor das novas tendências dos Direitos Sociais da maioria dos Estados mais desenvolvidos economicamente. No entanto, mesmo a Lei Maior ampliando as normas de proteção do direito do trabalho e primando pelo traço de valorização dos direitos e garantias fundamentais do trabalhador, ainda assim, fenômenos políticos ideológicos

arraigados por forças econômicas permanecem tendenciais em quase o mundo todo. Destarte, obstando a plena efetivação da tutela do emprego no que toca aos mecanismos jurídicos laborais investidos na proteção da relação empregatícia em detrimento da dignidade obreira.

O capítulo 4 trata da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho e a Proteção ao Emprego. Justifica tal providência, porque as relações laborais no final do século XX agravaram-se consideravelmente. Nessa linha, a referida Organização (OIT) inclina-se mais fortemente a proteger o emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa e manifesta-se mundialmente na luta pela tutela do emprego primando sempre pela dignidade da pessoa humana. Para tanto, apresenta-se por meio de tratados e declarações que imponham um maior compromisso aos Estados seguidores na efetivação contínua da preservação dos direitos e garantias fundamentais da classe trabalhadora.

O capítulo 5 trata da extinção do contrato de trabalho, perfilhando aspectos relevantes no que toca à tutela do emprego. Para tanto, investe no estudo dos princípios aplicáveis à extinção do contrato de trabalho, sendo este último fio condutor das hipóteses de rompimento dos contratos laborais. Nessa linha, a iniciativa de dispensa disposta no artigo 482 da CLT assume conotação diferenciada nos meios de dispensa investidos no artigo 483 da CLT. Sendo que o primeiro tipo de dispensa trata da dispensa por justa causa obreira e os casos incidentes que envolvem a referida extinção laboral. Quanto à segunda modalidade de dispensa, refere-se à implementação da dispensa do empregado por ato ou omissão do empregador. Por fim, tratar-se á das verbas vinculadas à extinção do contrato de emprego como forma de minimização das mazelas oriundas da condição do desemprego.

2 TRABALHO E DIGNIDADE: CONVERGÊNCIAS E CONTRAPOSIÇÕES

Ao longo deste capítulo, será traçada a vinculação existente entre o labor e a dignidade. Nesta linha a definição do que se entende por dignidade humana será estudado por meio da doutrina filosófica. Traçadas as referidas considerações, acima, demonstra-se a necessidade moral e material que a ocupação laboral exerce sobre os indivíduos. Sendo estes dois últimos, responsáveis pelo destino do indivíduo que se relaciona em sociedade. Por derradeiro, aborda-se a historicidade concernente a tendência das várias formas de exploração do capital sobre a mão de obra trabalhadora, principalmente nos últimos séculos.

2.1 TRABALHO COMO FATOR ESSENCIAL À DIGNIDADE DO SER HUMANO

O valor da dignidade da pessoa humana encontra-se vinculado à problemática envolvendo o desemprego. Isso porque a carência do labor anula as expectativas do homem no seio da sociedade. O conceito de dignidade da pessoa humana agrega raízes vinculadas no pensamento cristão e também em aspectos históricos, econômicos, políticos, sociais e culturais de expressiva relevância no desenvolvimento do homem enquanto ser social. Portanto, dentre os contornos jurídicos do tema, é indispensável um profundo exame do significado de dignidade como representação necessária à dinâmica do labor em sociedade.

A figura do ser humano é apresentada pelo catolicismo, vinculada à imagem e semelhança do criador do universo (DEUS) e, como tal, merece respeito em toda a sua amplitude e grandeza. Nesse sentido, Dinaura Pimentel Gomes (2005) refere-se à força da doutrina da Igreja Católica como tradução perfeita da valoração da dignidade do homem, o único ser capaz de conduzir a vida em sociedade e que, portanto, deve ter acesso ao trabalho.

A referida autora revela ainda que a Doutrina Social da Igreja teve papel decisivo para dignificar o trabalho, como vinculação direta da pessoa humana. Dinaura Gomes (2005, p. 34-35) assinala que “Leão XIII propõe-se a difundir o reconhecimento

do trabalho como um modo de expressão direta da pessoa humana, não como uma mercadoria.

Pode-se salientar neste trabalho, em algumas passagens, a doutrina da Igreja sobre o trabalho como fator essencial à dignidade humana. Indubitavelmente, a Encíclica *Rerum Novarum*, do papa Leão XIII (15 de Maio de 1891), é emblemática na contribuição social da Igreja Católica no que toca ao reconhecimento da dignificação humana por meio do labor.

Posteriormente, tem-se a defesa dos direitos humanos no trabalho, na Encíclica *Quadragesima Anno*, publicada em 1931, onde Pio XI destaca novamente os ensinamentos da igreja no sentido de suavizar o contrato de trabalho, fazendo com que os trabalhadores se tornem beneficiários, na medida em que possam participar na aferição dos lucros obtidos pela empresa. Pio XI faz ainda um alerta contra a ditadura econômica, que ameaça ao bem comum. Dinaura (2005) afirma que a Igreja ajudou a despertar nos governantes a tutela do emprego como instrumento de promoção da dignidade do trabalhador. Isso se dá pela intervenção direta do poder do Estado, materializada em normas jurídicas de natureza imperativa.

Nessa dinâmica, o Papa Pio XII, durante seu pontificado, ensinou que a dignidade humana tem sua fonte em DEUS. O Papa João XXIII, na Encíclica *Pacem in Terris*, de 11 de abril de 1963, proclamou os Direitos Sociais e do trabalho, alicerçados na dignidade da pessoa humana, e, na Encíclica *Laborem Exercens*, ressaltou que o trabalho é direito da humanidade.

O inesquecível João Paulo II reconheceu as conquistas dos trabalhadores no que tange ao respeito de sua dignidade. Nessa esteira, Dinaura Pimentel Gomes (2005, p. 38-39) retrata a sabedoria daquele pontífice:

Mesmo constituindo uma fadiga e talvez por causa disso, o trabalho é um bem do homem. Um bem não apenas útil, de que se pode desfrutar, mas um bem digno, ou seja, que exprime e aumenta a dignidade do homem. O trabalho é um bem do homem porque, mediante o trabalho, o homem não somente transforma a natureza, adaptando-a as suas próprias necessidades, mas se realiza a si mesmo como homem e, em certo sentido, se torna mais homem. (n.9)

Nesse diapasão, segue o referido Papa em sua Encíclica *Centesimus annus*, de 5 de Outubro de 1991, lembrando que o lucro não pode ser o único indicador referencial da empresa. Assinala que pode haver na empresa um bom faturamento, mas, na

contramão, os homens que ajudaram a erguer os lucros dela encontraram-se esmagados em sua dignidade.

Ingo Wolfgang Sarlet (2009) corrobora o entendimento de que o valor intrínseco da pessoa humana está ligado ao pensamento clássico cristão e, embora faça ressalvas quanto a este entendimento, não deixa de acreditar que a construção da concepção da dignidade da pessoa humana tem raízes tanto no Antigo, quanto no Novo Testamento, que mostram o ser humano como criação à imagem de DEUS.

Importa lembrar que os valores morais dessa doutrina simbolizavam que a pessoa humana é dotada de valor intrínseco, não podendo ser utilizada como meio de subtração de vantagem.

Ingo Wolfgang Sarlet (2009) menciona que Emmanuel Kant foi quem melhor soube expressar o aspecto moral dentro da conceituação do valor de dignidade. Compreendia que ninguém deveria ser tratado como mero objeto, devendo o sujeito humano ser compreendido como fim em si mesmo, de onde se vislumbra não somente sua importância individual, mas sua dimensão comunitária. Daqui, extrai-se o sentido do respeito mútuo, não havendo espaço para individualizações. Ninguém é maior, ou melhor, em razão de condição social - todo ser humano é digno de respeito e sua origem é vinculada à sua dignidade. Apesar de na doutrina se encontrarem vários relatos de que a dignidade é algo exclusivo da natureza humana, Sarlet (2009) difere deste entendimento, alegando que a dignidade possui, também, um sentido cultural.

Segundo Sarlet, os filósofos e políticos da antiguidade dividiam-se sobre o conceito de dignidade humana. Para uns, o ideal de dignidade da pessoa humana estava vinculado à posição social, ou seja, o indivíduo a ocupava e o reconhecimento era feito pelos demais membros da comunidade. Daí poder falar-se em uma quantificação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas.

Em contrário, na visão de Ingo W. Sarlet (2009), para o pensamento estóico a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, e todos os seres humanos são merecedores da mesma dignidade. Os estóicos, também defendiam que a noção de dignidade está vinculada à de liberdade pessoal de cada indivíduo. O homem, em seu livre arbítrio, é responsável pela manifestação de todos os seus atos e seu destino.

Dinaura Godinho Pimentel (2005, p. 25) afirma que:

(...) o pensamento jus naturalista dos séculos XVII e XVIII, quando a concepção da dignidade da pessoa humana passa por um processo de racionalização e laicização mantendo a noção fundamental da igualdade de todos os homens, em dignidade e liberdade.

A Revolução Francesa, de 1789, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, legitima os primeiros direitos civis, conclamando que igualdade, liberdade e fraternidade são inerentes a todo ser enquanto pessoa. Nesse contexto, a natureza fundamental da dignidade, revestida no indivíduo, desvincula-se do sagrado, passando a ser reconhecida pelo Estado. Bobbio (2004) acredita que várias fundamentações levaram ao reconhecimento do homem como pessoa digna, inclusive a de natureza do jus naturalismo. No entanto, o caráter moralista não deve assumir valor absoluto, pois não é o único responsável pela dignificação do ser humano. Ainda, nas linhas de Norberto Bobbio, a Revolução Francesa foi um sinal, um indício do possível progresso do gênero humano para o melhor. O autor buscou estabelecer um elo entre o labor e a conquista dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Para ele, o direito ao trabalho nasceu com a Revolução Industrial e é estritamente ligado à sua consecução. O valor do trabalho e a luta de classes surgiram em detrimento da concepção do homem como objeto.

A miséria, o desemprego e a exploração do trabalho pelo capital suscitaram o sentimento de luta da classe trabalhadora, que, como bem descreveu Karl Marx, nas entrelinhas de Gabriela Neves Delgado (2006), participou ativamente na conquista do reconhecimento da sua dignidade. A referida autora aduz que a teoria Marxista prevê uma série de hipóteses na construção da sociedade por meio das relações de produção.

Assim, Marx entende ser o trabalho humano e as relações econômicas agentes propulsores das transformações históricas das formações sociais. Segundo ele, a infraestrutura, fundada em bases econômicas, é que direciona as relações e os modos de produção em sociedade.

Segundo Delgado (2006, p. 138):

No trabalho, ou melhor, na atividade, o homem sai de si próprio; a satisfação das necessidades o induz a invadir a solidão e a procurar, pois, as coisas, e, mais do que as coisas, os outros. Os outros ele reconhece na mesma **dignidade** de que se encontra investido, reconhece-os como sujeitos na ordem ética. Se reconhece os outros, exige ser reconhecido conforme a uma exigência de paridade e de reciprocidade. Sente, em conclusão e reconhece a si e aos outros associados, dá sentido, numa relação que é forma transcendente, ao mesmo tempo de convivência e de colaboração. (Grifou-se)

Nesse entendimento, existe uma vinculação direta entre o trabalho, como sendo instrumento de constituição do indivíduo e sua inserção social. É se servindo dele que o homem encontra razões para valorizar a vida, sendo a construção jurídica do trabalho não somente um direito, mas, sobretudo, um dever fundamental. Delgado coloca o labor como um objetivo a ser perseguido pelos homens para que, por seu intermédio, se revele sua ampla eticidade. O trabalho é entendido como um critério essencial à vida humana.

Zeno Simm (2005), utilizando-se de Paulo Bonavides, noticia que, do ponto de vista material, os direitos fundamentais seguem a ideologia e a modalidade peculiar a cada Estado, a espécie de valores e princípios que a sua constituição consagra. Assim sendo, entende-se que cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos, visto que os direitos do homem são universais, mas os fundamentais são uma particularidade dos Estados.

Na verdade, os Direitos Humanos, como lembra o referido autor, ficam em boa parte relativizados pela variedade de culturas. No entanto, entende-se que a maioria das pessoas sabe mensurar o mínimo a ser perseguido pelo ser humano.

Sobre a teoria dimensional dos direitos fundamentais, divididos entre direitos de primeira, segunda e de terceira geração (a doutrina tradicional prefere chamá-los de direitos de geração, existindo controvérsias nesse sentido), este estudo não se aprofundará, apenas se enfatizam os direitos de segunda geração, vinculados aos direitos sociais.

Ingo W. Sarlet (2009) lembra que a industrialização provocou vários problemas sociais e econômicos, que, aliados às doutrinas socialistas e à constatação de que a previsão meramente formal de liberdade e igualdade não garantia a efetivação desses direitos, trouxeram, já a partir do século XIX, movimentos reivindicatórios em prol de uma atuação positiva do Estado na realização da justiça social. Isto é, aí surgiu, no entendimento do autor, a dimensão positiva dos direitos, no sentido de reclamar-se do Estado um agir em benefício do bem-estar dos indivíduos. Surgiram, assim, os direitos de dimensão compreendendo os direitos econômicos, sociais e culturais, especialmente a partir do século XX, quando Constituições e tratados internacionais passaram a elevar os direitos sociais, dentre eles, os direitos ao trabalho.

No que toca aos direitos fundamentais do trabalhador, o Brasil, após um longo período de regime político ditatorial, partiu para um amadurecimento político (ainda que tardio) constitucional, no sentido de institucionalização dos direitos e garantias

fundamentais. O país seguiu os passos dos mais desenvolvidos, ao elaborar uma Constituição amplamente democrática, lastreada pelos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço, principalmente no que toca à proteção dos direitos sociais, em especial os do trabalhador, elevando-os ao posto de direito fundamental, inerente à pessoa humana.

Zeno Simm (2005) afirma que, tal como acontece na maioria dos países, a Constituição brasileira estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, citando-a já, no seu art. 1º, que trata Dos Princípios Fundamentais.

Segundo Simm (2005, p. 70), Rizzatto Nunes entende que “o principal direito fundamental é o da dignidade da pessoa humana, sendo ela o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais”, trazendo a lume o referido princípio.

Nesse mesmo estudo, pode-se constatar que o conceito de dignidade compreende várias interpretações e foi aperfeiçoando-se no tempo, de acordo com os acontecimentos históricos, chegando à dignidade, ao início do século XXI, repleta em si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica e, por ser garantida por um princípio, é absoluta, plena, não pode sofrer aranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo.

O autor considera-a uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que marca a experiência humana, porque a ideia de dignidade se realça com as suas violações, subtraindo-se da experiência histórica o fato de que a dignidade nasce com o indivíduo. O ser humano é digno em si mesmo; a dignidade já nasce com a pessoa, inerente à sua essência. Ou seja, a ideia do reconhecimento de que todo indivíduo é merecedor de dignidade fortaleceu-se a cada acontecimento. No caso do trabalhador, traduz-se mediante sua trajetória de luta, no reconhecimento do trabalho como um direito fundamental.

Segundo esse entendimento, cabe ao Estado a tarefa desafiadora fazer com que os direitos fundamentais proclamados sejam efetivados. Dessa forma, é sempre importante buscar conceitos que definam a importância da dignidade e que o seu reconhecimento seja cada vez mais constitucionalizado. No entanto, é importante ressaltar que existe uma dificuldade em realizá-los, principalmente, pela incompatibilidade do sistema econômico de alguns Estados, que estão em desacordo

com as garantias sociais tão duramente conquistadas pelos trabalhadores, como lembra Norberto Bobbio (2004, p. 43):

Sabe-se que o tremendo problema diante do qual estão hoje os países em desenvolvimento é o de se encontrarem em condições econômicas que, apesar dos programas ideais, não permitem desenvolver a proteção da maioria dos direitos sociais. O direito ao trabalho nasceu com a Revolução Industrial e é estreitamente ligado à sua consecução. Quanto a esse direito não basta fundamentá-lo ou proclamá-lo. Nem tampouco basta protegê-lo. O problema da sua realização não é nem filosófico nem moral, mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica.

Sem dúvida, o filósofo demonstra uma preocupação especial com a ausência de trabalho, que possa garantir que, no futuro, as civilizações não se digladiem em consequência da miséria, provocada pela ganância dos capitalistas. A disputa pelo lucro corrompe os ideais de justiça e solidariedade, fazendo esquecer que o verdadeiro sentido da vida é o ideal de dignidade.

Segundo Simm (2005), interpretando as palavras de Danilo Zolo, a ausência de postos de trabalho não é problema que possa ser superado mediante mecanismos judiciais, sem afrontar as mais elementares leis da economia de mercado. Desse modo, pode-se concluir que os objetivos do capital são sobremaneira contraditórios com os ditames da justiça social, o que põe em dúvida os meios e garantias da efetividade jurídica, que realmente atinja um mínimo a ser alcançado pelo caráter teleológico do Direito do Trabalho.

Segundo Simm (2005, p. 66), compartilhando o pensamento de Danilo Zolo:

(...) há uma incompatibilidade entre os códigos funcionais de dois subsistemas sociais primários: o do direito e o da economia por isso o têm dúvidas quanto à natureza jurídica dos direitos sociais, as quais não se referem a uma genérica ausência ou insuficiência das garantias dos direitos sociais, mas sim a uma impossibilidade funcional de prestá-los no contexto de uma economia de mercado.

2.1.1 Relações do trabalhador com o meio em que vive

As relações humanas concretizam-se na dinâmica entre o homem e a

sociedade. O primeiro contato com os demais indivíduos se dá por meio da instituição familiar. É por meio desta que as pessoas recebem as primeiras lições de como interagir com os outros sujeitos. Durante todo o percurso da vida, os homens permanecem estabelecendo normas de conduta e comportamento consigo e com os outros indivíduos.

Segundo Gabriela Neves Delgado (2006), para Karl Marx, os homens precisam trabalhar para produzirem seus próprios utensílios, indispensáveis à manutenção da vida, no dia a dia. Esses utensílios são fruto do trabalho dos homens sobre a natureza. Portanto, nenhum homem labora na solidão ou vive completamente apartado da sociedade. O trabalho humano, do ponto de vista social, é extremamente relevante porque segundo a autora é dentro deste processo que os homens passam a depender uns dos outros.

Neste contexto, Hannah Arendt (2010, p. 26-27) destaca que:

Todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos, mas a ação é a única que se quer pode ser imaginada fora da sociedade dos homens. A atividade do trabalho não requer a presença de outros, mas um ser que trabalhasse em completa solidão não seria humano, e sim um animal *laborans* no sentido mais literal da expressão. (...) Só a ação é prerrogativa exclusiva do homem; nem um animal nem um deus é capaz de ação, e só a ação depende inteiramente da constante presença de outros. (Grifo do autor)

O pensamento da autora parece inclinar-se no sentido de salientar a reciprocidade na troca de conhecimentos que serão compartilhados com os demais sujeitos da sociedade.

Segundo Gabriela Neves Delgado (2006), nas linhas de Maria Villela Iamamoto, é valendo-se do trabalho e da produção que o homem demonstra interesse em implementar projetos na vida social, sendo para isso necessário ser identificado como ser integrante do convívio em sociedade. É quase impossível imaginar o alcance da realização desses projetos sem o acesso das pessoas na dinâmica da produção do trabalho. Ou seja, na ausência da atividade laboral, o sujeito sente-se excluído porque se considera que trabalhando o indivíduo esteja contribuindo com o desenvolvimento das coisas materiais que são valorizadas no contexto social da humanidade. Desse modo, a referida autora entende que Marx relaciona a identificação do sujeito como ser trabalhador a partir do instante que desenvolve seu labor em determinado segmento e cria vínculos com seus semelhantes. Isso porque, por meio do cotidiano do exercício laboral, o obreiro traduz certos comportamentos à sua vida privada.

Partindo dessa premissa, Gabriela Neves Delgado (2006, p. 134-135) diz que, na esteira de Maria Yamamoto:

O pressuposto é o homem criatura natural dotado de uma base orgânica, em que se encontram inscrita infinitas capacidades e possibilidades. Para prover suas necessidades interage com objetos de natureza orgânica e inorgânica. Ainda que parte da natureza, suas atividades vitais diferenciam-se, pelo trabalho, dos demais seres naturais, que se limita a consumir diretamente os objetos dados no meio natural. Sendo o trabalho atividade vital específica do homem, ele mediatiza a satisfação de suas necessidades pela transformação prévia da realidade material, modificando a sua forma natural, produzindo os valores de uso. O homem é um agente ativo, capaz de dar respostas prático-conscientes aos seus carecimentos, através da atividade laborativa. Como agente ativo amplia incessantemente o círculo de objetos que podem servir à atividade vital humana, seja para seu consumo direto, seja como meio de trabalho. Vive em um universo humanizado, ele mesmo produto da atividade humana de gerações precedentes: de objetivações de suas experiências, faculdades e necessidades.

Em suma, o trabalho traduz influência que, de expressiva maneira, causa certo entusiasmo e curiosidade de aperfeiçoamento, descobertas e criações que transformam a natureza em objetos por seu intermédio. Isso quer dizer que o trabalho amplia as oportunidades dos indivíduos desenvolverem suas habilidades com mais potencial e sensibilidade para o desenvolvimento cognitivo da sociedade.

Segundo Gabriela Neves Delgado (2006, p. 137), o autor Felice Bataglia define o trabalho, com o seguinte entendimento:

Em primeiro lugar: o trabalho, essencialmente pessoal leva a marca da pessoa, que é sociabilidade; em segundo pelas profundas e decisivas influências que ele exerce sobre o bem-estar coletivo e sobre o progresso da civilização; em terceiro pelas exigências técnicas da produção, no sentido de que não pode ter produção sem a preestabelecida convergência de muitos esforços, vale dizer, sem divisão de trabalho e cooperação; em quarto, em fim, pelo fim a que visa que não pode ser exclusiva para a vantagem do indivíduo e muito menos com dano da coletividade.

Entende-se que, em certo momento da vida, o homem permita ser instrumentalizado, no entanto, este não deverá ser considerado como o único e verdadeiro fim a que se propõe a dinâmica do trabalho. O valor do labor não se resume no resultado que confere a sua peculiaridade, sendo esta última mera consequência necessária à aquisição do essencial, à obtenção de objetos que o homem utiliza como meio de suprir suas carências materiais básicas. Nesse entendimento, o que importa é a garantia do trabalho como meio de alcançar a dignidade, valorizada no seio da sociedade.

Segundo Marilda Villela Iamamoto (2006, p. 42):

Todo trabalho implica certo saber sobre os homens em suas relações sociais e pessoais, como condição de induzir o sujeito a efetuar os propósitos desejados. ... O trabalho é portanto, inseparável do conhecimento, de idéias e concepções de mundo, isto é, de modos de formas de pensar a vida real. O ser que trabalha constrói para si, através de sua atividade, modos de agir e de pensar, ou seja, uma maneira especificamente humana de se relacionar com as circunstâncias objetivamente existentes, delas se apropriando tendo em vista a consecução de fins propostos pelo sujeito na criação de objetos capazes de desempenhar funções sociais, fazendo nascerem valores de uso. Assim o trabalho objetiva conjuntamente... O comportamento do homem orientado para finalidades sociais.

A importância da manutenção do emprego é crucial para o alcance da dignidade do trabalhador. A ocupação de um posto de trabalho formal pode ser determinante para a iniciativa de cada ser humano. A segurança jurídica do emprego melhora o potencial das pessoas e sua interação com os outros indivíduos, que de certa forma precisam ser influenciados pelo processo de desenvolvimento da sociedade, que é dinamizada pelas ações individuais ou coletivas.

Como destaca Maria Áurea Baroni Cecato (2009, p. 110):

(...) Não há, com efeito, como considerar que o trabalhador possa estar inserido no meio em que vive se ele se encontra, involuntariamente, desempregado. Claro, o desemprego involuntário, em momentos excepcionais, e de curta duração, é compreendido como parte do processo de mudanças ocasionadas pelo próprio mercado. Faz parte, de resto, das transformações comuns e naturais, assimiladas até mesmo pelo ideal do pleno emprego. Mas, sem qualquer dúvida, a ocupação de um posto de trabalho em uma estrutura de certa estabilidade, é condição *sine qua non* da inclusão social.

Neste passo, a inclusão social do trabalhador no convívio social é condição para beneficiar-se das políticas públicas de emprego incrementadas pelas políticas de proteção social. Segundo Josep Vicent Saragossá Saragossá (2002, p. 38-39), a ausência de emprego agrega a exclusão social, como manifestação do fenômeno da globalização econômica. Rompem-se, destarte, os vínculos sociais, o que segundo o referido autor, reflete a exclusão em apreço. Sendo assim, os obreiros excluídos do mercado de trabalho e, conseqüentemente, da vida social, tornam-se presas fáceis para a exploração e a subordinação, que em nada contribuem para o bom funcionamento dos mecanismos de sistema social.

Os desocupados do labor integram a parcela de indivíduos ignorados pela sociedade. Restam sem capacidade de articulação coletiva e sem manifestação própria.

Nessa esteira, a carência do labor interfere diretamente na dinâmica social. Os indivíduos sem trabalho ficam excluídos da contribuição previdenciária e de todo o desenvolvimento socioeconômico nacional.

A esse respeito, Josep Vicent Saragossá Saragossá (2002, p.39) afirma que a política de incentivos, responsável pela ocupação de postos de trabalho, é uma tentativa, ainda que paliativa, de obstar a marginalização social. Por meio dela são incluídos os involuntariamente desocupados e inseridos novamente no contexto social. O trabalho é instrumento legítimo. O assistencialismo, representado pela proteção e amparo ao trabalhador, minimiza as desigualdades geradas pela falta de ocupação produtiva. Nada se compara à segurança social que o labor proporciona aos indivíduos. Nessa linha o contrato formal de trabalho é o meio capaz de garantir o emprego e a afirmação do homem na sociedade globalizada.

É indiscutível que as políticas públicas de emprego não são capazes de propiciar os benefícios que o vínculo empregatício garante, em termos de proteção do trabalhador. A relação de emprego é meio eficaz de promoção dos direitos humanos e, por consequência, da dignidade do trabalhador no ambiente social.

2.1.2 Sobrevivência material do trabalhador

Parece não restarem dúvidas de que a inserção do indivíduo no âmbito do trabalho é fundamental ao pleno alcance de sua dignidade. Assim, uma vez o homem afastado do labor, muitas vezes por questões alheias à sua vontade, entende-se como restringida sua dimensão social.

Gabriela Neves Delgado (2006, p. 223) afirma que o trabalho também possui a tarefa de garantir a subsistência, com razoável tranquilidade, para o trabalhador. Nessa linha, frisa que a subsistência, bem como a dignidade da pessoa, representam a busca da concretização dos princípios do Direito do Trabalho. Hoje, o maior obstáculo à realização dos Direitos Sociais é a supressão dos postos de trabalho, sendo esta um dos maiores obstáculos à concretização dos ideais de justiça e solidariedade entre os indivíduos. A inquietação, a partir dessa análise, resulta da variedade crescente dos meios elementares para uma subsistência com um mínimo de dignidade.

Zeno Simm (2005, p.100) esclarece, no entendimento de Almansa Pastor, que:

A noção de necessidade social resulta do que se entende por necessidade e da qualificação que o social lhe atribui, por isso analisa separadamente cada um desses termos. Para a expressão necessidade, apresentam eles dois sentidos: um vulgar e impreciso, que significa a falta das coisas que são necessária para a conservação da vida; num sentido mais preciso e técnico, costuma ser considerada, pelos economistas, como a “carência ou escassez de um bem unida ao desejo de sua satisfação”. Já quanto ao termo qualificativo social, diz o autor que ele completa a expressão para designar que a carência ou escassez dos bens pode incidir em um duplo sentido: sobre o indivíduo, enquanto membro do corpo social, e sobre a coletividade social (no todo ou em parte), dependendo do tipo de bem a que se refere à necessidade, se atribuível ao indivíduo ou à coletividade social.

Assim, entende-se que é por meio do labor que os seres humanos atendem às suas necessidades. É cediço que muitas pessoas, talvez a maioria, mensurem o emprego em face da possibilidade de acumulação de bens e riquezas. No entanto, o mínimo que o trabalhador espera como resultado do seu esforço físico e mental, inerente à labuta habitual, são condições mínimas de independência individual financeira, pois é através dela que o obreiro terá a possibilidade de suprir suas necessidades, bem como as de seus familiares.

Zeno Simm (2005) lembra que as necessidades básicas surgem com os primeiros habitantes da terra, partindo daí o desejo de suprirem suas carências mais básicas como a obtenção de alimentos, vestuário, habitação, atenção à saúde, entre outros. O que importa compreender é que a ausência de emprego é sinônimo de privação de atendimento às necessidades, pondo em risco o sentido de perspectiva de vida.

A sobrevivência material do obreiro também está vinculada à questão pessoal da sua própria dignidade. Isso porque a dinâmica girada em torno da vida é conquistada por meio da recompensa advinda da força que o labor agrega. Nessa linha, Dinaura Pimentel Gomes (2005, p. 44) se interroga:

De que vale o direito à vida sem o provimento das condições mínimas de uma existência digna, se não de sobrevivência (alimentação, moradia, vestuário)? De que vale o direito à locomoção sem o direito à moradia adequada? De que vale o direito à liberdade de expressão sem o acesso a instrução e educação básica? De que valem os direitos políticos sem o direito do trabalho? De que vale o direito ao trabalho sem um salário justo, capaz de atender às necessidades humanas básicas? De que vale o direito à liberdade de associação sem o direito à saúde...?,

Sob esse enfoque, analisa-se que é por conta da necessidade de suprir a carência material que a maior parte dos assalariados se submete a condições precárias

de trabalho. Muitos obreiros entendem ser pior essa carência do que enfrentar jornadas exaustivas de trabalho e condições insalubres. Chegar ao fim do mês e não ter como honrar seus compromissos pecuniários é terrível. A rotina da vida em uma sociedade capitalista exige uma série de imposições materiais, que, por mais que se tente excluí-las da vida em comunidade, essa tentativa torna-se quase impossível. O assalariado, mesmo tendo uma vida modesta, sem acesso aos bens de luxo oferecidos pelo mercado empresarial, não pode escapar da carga excessiva de impostos cobrados pelo Estado, como, por exemplo: taxas de água, luz, esgoto sanitário, INSS etc. Aliás, no que toca a esse entendimento, existem duas coisas inexoráveis nesta vida: uma é a morte, a outra, o ônus dos tributos.

Essa é a dinâmica onerosa de todos aqueles que vivem em sociedade, mormente os que trabalham em área urbana e possuem contrato de trabalho juridicamente formalizado. Isso, sem mencionar os tributos embutidos nos produtos necessários à subsistência humana, ainda que sejam os mais básicos à mesa daqueles que gerenciam suas vidas por meio do salário. A manutenção dos postos de trabalho é deveras importante no que toca à sobrevivência material do obreiro, condição de vida e dignidade do trabalhador. A propósito, faz-se mister avaliar as condições ora oferecidas no *modus operandi* da vida de cada pessoa que desempenha seu labor de forma lícita, por ser ela ser o ideal de dignidade daqueles que procuram subsidiar suas vidas prestando serviços e, destarte, desenvolvendo suas habilidades profissionais. Maria Áurea Baroni Cecato (2009, p. 11) compreende que “(...) a grande maioria dos trabalhadores labora, antes de tudo, porque a sobrevivência material o exige, visto ser esta a primeira e mais premente preocupação de todo ser humano. Esta é real e presente. Ou iminente. Não há como despreza-la”.

Os comentários da referida autora são claros e objetivos. É cediço que o labor é algo que ultrapassa o seu resultado pecuniário e que as pessoas que o desenvolvem o fazem objetivando uma série de realizações pessoais já tocadas neste trabalho. Agora, sem dúvida, o objeto de persecução da atividade laboral é a recompensa pecuniária, por traduzir esta última os meios de satisfação material e que fazem parte da exigência de consumo da vida em sociedade.

Hanna Arendt (2010, p. 156-157) corrobora:

Diz-se frequentemente que se vive em uma sociedade de consumidores, e uma vez que, como se viu, o trabalho e o consumo são apenas dois estágios do mesmo processo, imposto ao homem pela necessidade da vida, isso é

somente outro modo de dizer que se vive em uma sociedade de trabalhadores... Não importa o que se faça, supostamente o faz-se com vista a “prover nosso próprio sustento”; é esse o veredicto da sociedade, e vem diminuindo rapidamente o número de pessoas capazes de desafiá-lo.

Nessa linha, um dos desafios mencionados pela referida autora deve-se ao predomínio das ações econômicas do mercado e o mau gerenciamento do Estado sobre as políticas ideológicas de competitividade dos mercados. O desemprego estrutural é fomentado pela escassez de postos de trabalhos gerada pelo enfraquecimento da proteção jurídica que regula a proteção do emprego e os direitos fundamentais que consagram a tutela da dignidade do trabalhador. Sem oportunidades de trabalho, uma grande parte da população do mundo se sente excluída do acesso ao desenvolvimento e, por derradeiro, ao usufruto dos benefícios alcançados pela sociedade na atividade produtiva. A carência de postos de trabalho, o acesso aos serviços como educação, saneamento básico, moradia, alimentação, gera uma sociedade fadada à violência e ao abandono, que a ameaça como um todo.

Sob esse enfoque, faz-se um paralelo entre a supressão de postos de trabalho e ausência de renda. Óbice ao alcance de liberdades, mormente as liberdades a que Amartya Sen (2008, p. 90) se refere, como substanciais. Trata-se da aspiração de todo ser humano de alcançar sua realização em termos de dignidade. As liberdades substanciais, de que trata o autor, são fortemente valorizadas pelos membros da sociedade globalizada, o que fortalece o elo entre o social e o trabalho remunerado. Destarte, a ausência deste último impede que usemos rendas e mercadorias como a base material de nosso bem-estar.

Do ponto de vista material, o bem-estar social depende, de certo modo, da renda de cada indivíduo. No caso dos trabalhadores, a proteção do emprego acompanha a renda gerada pela prestação de serviço, assim possibilitando aos obreiros a satisfação das suas necessidades e interesses, que respaldam a dignidade de cada indivíduo. É nesse contexto que Hanna Arendt (2010, p. 10) assinala: “O trabalho assegura não apenas a sobrevivência do indivíduo, mas a vida da espécie”.

2.2 AVILTAMENTO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

O aviltamento das condições de trabalho é fruto de algumas tendências à

sobreposição do capital em detrimento da classe trabalhadora. Sabemos que os trabalhadores, em certos momentos da história, acabaram por ter seus direitos vilipendiados. No Estado moderno, a burguesia concentrava seus ideais de riquezas em torno da acumulação do capital. Essa é a conhecida dinâmica do capitalismo burguês da França, do século XVIII. Ocorre que nesse período, estabeleceu-se um modelo de produção específico em que o Estado representava uma postura individualista de ser. Nesse entendimento, o mercado econômico assumia o papel do Estado no momento de escolhas e decisões em torno da dinâmica do capital. Consolidou-se, então, o Estado Liberal de Direito, tendo como um dos seus principais fundamentos a proteção à propriedade privada dos meios de produção, facilitando o controle sobre o processo laboral, e no qual a força de trabalho se encontrava alienada ao empregador.

Segundo Gabriela Neves Delgado (2006, p. 148):

Assim os trabalhadores encontraram-se privados tanto dos meios, como do controle do processo produtivo. A necessidade de sobrevivência coagiu-lhes a vender sua força de trabalho, única maneira de se inserirem socialmente no sistema de produção estabelecido.

Quando o Estado abre mão do seu papel em defender os interesses da sociedade em nome da hegemonia do mercado, deixa de cumprir seu legado pondo em risco a segurança jurídica de determinada Nação.

Segundo Eros Roberto Grau (2008, p. 35):

(...) o mercado exige, para a satisfação do seu interesse, o afastamento ou a redução de qualquer entrave social, político ou moral ao processo de acumulação de capital. Reclama a atuação estatal para garantir a fluência de suas relações, porém, ao mesmo tempo, exige que essa atuação seja mínima.

Deve-se salientar que o momento contemporâneo, vivenciado pela classe assalariada, não é muito diferente do acima mencionado. O século XX e XXI vem sendo palco de sucessivas crises em torno do capital, uma vez que os altos índices inflacionários e os fenômenos oriundos da globalização dos mercados levaram ao enfraquecimento da atuação do Estado em detrimento dos direitos fundamentais do trabalhador. Novamente, a ideologia política exterioriza os interesses do capital sob o discurso neoliberal que segundo Eros Roberto Grau (2008, p. 47) “favorece a idéia de defesa dos interesses dos investidores em diminuir os custos que oneram a empresa: os salários, os tributos e as cargas sociais”.

O citado autor declara, ainda, ser necessária a reconstrução do Estado Social, proposta que não deve ser recusada sequer por seguidores bem intencionados do

capitalismo, sob pena de sofrerem os impactos negativos por ele criados. É o que o autor chama de o feitiço retornando ao próprio feiticeiro.

É nesse cenário que as relações de poder marginalizam a sociedade, aviltam as relações de trabalho e, novamente, põem em crise o Estado Social de Direito. A globalização econômica dos mercados suscita uma nova ordem jurídica que atenda aos interesses do capital. Ocorre que, nos últimos séculos, parece ter havido certa conspiração política mercatória no sentido de desregulamentação e flexibilização do Direito do Trabalho. É que a dinâmica do sistema global de mercado facilitou a abertura e a integração mundial do comércio industrializado, destarte provocando acirrada competitividade das empresas transnacionais.

Dinaura Godinho Pimentel Gomes (2005) entende que o sistema global em estudo fragiliza a ordem jurídica de proteção aos obreiros no mundo todo, o que parece dar a ideia de certa inclinação na tentativa de desregulamentação da ordem jus trabalhista. A autora, completa seu pensamento afirmando que os legisladores dos Estados, ao vigorarem suas leis, procuraram adequar as normas no sentido de não obstacularizar a dinâmica das relações de trabalho. Nessa esteira, Dinaura G. Pimentel Gomes (2005, p. 89) aduz:

É o que, normalmente, decorre do forte poder de regulamentação e de relegalização das organizações privadas, orientadas apenas à criação de valores econômicos, em vista da competição mercadológica. São elas capazes de fixar os preços dos títulos, estabelecer os níveis de investimento produtivos, oferecer empregos e impor comportamentos.

Indubitavelmente, esse paradoxo em estudo deve-se à propagação de uma ideologia política neoliberal que não acredita no sucesso do desenvolvimento econômico diante de tantas normas de proteção e garantias trabalhistas. Assim, os neoliberalistas proclamam por um Estado menos interventor, em que se possa flexibilizar e desregulamentar o socialismo de proteção das garantias dos trabalhadores.

Nesse viés, Gabriela Neves Delgado (2006, p.194) confirma:

A desregulamentação é fenômeno abarcado pela ideologia neoliberal, fundada na subsistência de um Estado mínimo, que exige que o Estado deixe de regular questões sociais, inclusive as de cunho trabalhista, em prol da regulação autônoma privada, individual ou coletiva.

Observe-se que o modelo de produção social capitalista fomenta cada vez mais o Estado a garantir aos empresários a incolumidade contratual entre empregador e empregado a fim de que os contraentes possam conduzir suas respectivas obrigações

longe da ingerência estatal, reforçando a ideia de fragmentação social. Eros Roberto Grau (2008) entende que essa passa a ser a nova proposta de Estado, caracterizada desde os anos oitenta do século passado, na qual se observou a propagação de discursos políticos neoliberalizantes. Destarte, foi nessa década que se iniciou o surgimento de privatizações de alguns entes estatais.

A era de solidarismo social, introduzida nos principais países durante o período pós-guerra, parece ter sido sufragada por um novo período que vai de encontro à democracia e que para Eros Roberto Grau (2008) seria a representação de uma sociedade marcada por desigualdades sociais. Não se pode negar que a desestruturação do socialismo parece ser palco de sucessivas crises econômicas, bem evidenciadas nos anos setenta do século XX. O autor afirma ter-se generalizado um crescente processo inflacionário que inexoravelmente resultaria numa crise generalizada das economias de mercado. Nessa mesma linha, prossegue conduzido pelas entrelinhas de Perry Anderson, ao salientar o compromisso do Estado em inclinar-se no sentido de enfraquecer o poder dos sindicatos e conter os gastos com encargos sociais. Percebe-se que seria uma estratégia econômica a fim de estabilizar a economia em detrimento dos direitos sociais dos trabalhadores, ainda que para isso fosse necessário restaurar as taxas de desemprego. Prossegue, ainda, dizendo que este infeliz cenário traria o inevitável exército de reserva de trabalho e por corolário, a quebra dos sindicatos.

A nova estratégia de fomento estabilizante do capital monetário, da economia de mercado, conspirava na acumulação do livre mercado concomitante à política de privatização das principais empresas estatais. Eros Grau (2008) faz uma série de questionamentos coadunados às consequências das privatizações esclarecendo que países avançados como os da Comunidade Européia foram atingidos por altos índices de desemprego contribuindo para o empobrecimento da classe trabalhadora.

Parece clara a insatisfação do citado autor com a nova política de mercado antissocial cuja maneira de conduzir o modo de produção globalizante, além de ameaçar a sociedade civil, condiciona a sociedade a um subproletariado, em que boa parte está condenada à marginalização, ao preconceito e à indiferença da sociedade. Corrobora-se o entendimento do autor que não se pode conceber uma estratégia de desenvolvimento econômico que atrole os ideais de justiça da sociedade. Assim, estaria o sistema agindo contra si próprio, pois é mediante o trabalho que os indivíduos aperfeiçoam suas habilidades e fomentam a economia de mercado.

Eros Roberto Grau (2008, p. 50-51) ressalta que:

O Estado é transformado no grande vilão e a receita é desregulamentação dos mercados domésticos [...] eliminação dos resquícios do protecionismo e quaisquer políticas deliberadas de fomento; (iii) para os mercados de trabalho, flexibilização e remoção das cláusulas sociais [...] enfraquecimento do poder de barganha dos trabalhadores. [...] **o capitalismo falha escandalosamente em sua capacidade de gerar empregos**, de oferecer segurança aos que conseguem empregar e de alentar os empregados com as perspectivas de melhores salários. (Grifou-se)

Como levantado em exame anterior, toda a intenção em desregulamentar e flexibilizar os direitos conquistados pelos trabalhadores desconsidera as possibilidades virtuosas que o trabalho representa na vida em sociedade. O tema, em estudo, busca esclarecer os efeitos desastrosos que o amoral sistema compulsório de implementação de ideologias neoliberais exerce na dinâmica dos modos de produção empresarial.

Gabriela Neves Delgado (2006, p. 196) aduz que:

(...) é a partir da constatação de que o direito fundamental social ao trabalho, considerada todas as suas manifestações, pode ser flexibilizado em favor de livres contratações entre as partes que privilegiem as exigências do mercado que se verifica a ausência do valor do trabalho digno no final do século XX e início do XXI.

Assim, foram surgindo novas formas flexíveis de contratação da força individual de trabalho em detrimento inicial da crise econômica do petróleo da década de setenta, levando os Estados Unidos à recessão.

Amauri Mascaro Nascimento (2009) confirma o entendimento que, a partir da década de setenta do século XX, houve o que chama de transformações verticais e horizontais no seio das relações individuais de trabalho, representando o surgimento tanto de novas formas de administração empresarial, quanto o nascimento de diferentes modelos de profissão.

As referidas mudanças, do ponto de vista laboral, começam a abalar as estruturas sociais no tocante à tradicional forma de contratação, entendida como ideal, por manter o princípio protetor em coadunação com o princípio da continuidade da relação contratual de emprego. O autor menciona, ainda, que a primeira expressão de flexibilização do ramo juslaboral autêntico foi a adesão assumida pelo direito do trabalho no que tange aos contratos a prazo. Os contratos a prazo representaram o início de grandes questionamentos doutrinários, pois foi o marco de grandes resistências em torno da amplitude negativa que este tipo de contrato representava na vida daqueles que precisam da segurança jurídica inclinada à manutenção dos postos de emprego. Essa

nova forma de contratação representou o que o significa um caminho sem volta em termos de avanços do sistema jurídico de proteção ao trabalhador.

Para Amauri (2009), o surgimento de atividades, como empresas de *call-center*, teletrabalho, marketing eletrônico, com o surgimento da internet, induzem ao esquecimento o antigo modelo de produção do operário das fábricas do século XVIII. O autor demonstra sua preocupação no que toca aos meios de proteção jurídica peculiar a alguns tipos de prestação de serviço, como ocorre com os empregados domésticos que o estudioso entende como meio de contratação mal resolvida, como também o é o caso do profissional de Educação Física conhecido como *personal trainer*. Em ambos os casos, os profissionais se dispõem a realização de seus serviços duas ou três vezes na semana sem que isso configure uma estreita relação jurídica de emprego.

A seguir, pretende-se examinar, ainda que não profundamente, alguns modelos diferenciados de prestação de serviço flexibilizado. A principal intenção será examinar alguns dos aspectos aviltantes da condição da relação jurídica do emprego relacionadas ao tipo de contratação em estudo. Tal escolha deve-se ao caráter paliativo que sua incidência exerce nas necessidades de subsistência do trabalhador, não resolvendo o problema da carência de emprego que se alastrou em todo mundo. O contrato a prazo é passível de destaque em razão de constar na doutrina como marco em referência no tocante ao contrato flexível, na seara trabalhista. O que determina a natureza jurídica dos contratos de emprego (prioriza-se o princípio da continuidade da relação de emprego) é o seu cumprimento sem prazo para sua extinção. Entende Amauri (2009) existir flexibilidade, no caso, por se distanciar da principal figura de contratos (tempo e duração indeterminadas) entendendo o autor serem estes (contrato a prazo) típico oriundo do direito civil, no qual se previa a locação por tempo determinado e que só foi extinto pela incompatibilidade que tinha com a estabilidade no emprego.

O contrato, hora em análise, instalou-se definitivamente com a crise da falta de emprego. Destarte, passou a fazer parte da rotina dos desempregados, passando a ser o cenário em boa parte dos países, sendo a França, segundo ele, o Estado que considera o contrato por prazo como precário. Este entendimento deve-se à particularidade normativa inerente a cada país e em alguns casos permite que o contrato possa ser negociado por acordo coletivo.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê esta modalidade de contrato de acordo com o que está previsto no art. 443§ 2º, da CLT, sendo possível a sua utilização somente em caráter transitório e, ainda assim, por razões de sua natureza (art. 442, CLT)

ou que se justifiquem, como é o exemplo dos contratos por experiência, que deverão observar as regras dos arts. 445 e 451, da CLT que determinam a fixação do prazo. Outro tipo comum de precarização do labor é a terceirização da mão-de-obra especializada.

Uma das mais comuns características do contrato individual de trabalho, além do tempo indeterminado, é a bilateralidade entre os contraentes, mesmo que nem sempre seja possível numa relação jurídica, principalmente em relação a empresas de origem privatística.

No entanto, quando o assunto é a terceirização da mão-de-obra é ainda mais complexo, já que nele o empregado é sujeito de uma relação trilateral.

Segundo verifica Maurício Godinho Delgado (2010, p. 755):

O modelo trilateral da relação jurídica que surge desse mecanismo é francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente bilateral (empregado e empregador). Chocando-se com a estrutura teórica e normativa original do Direito do Trabalho, esse novo modelo propicia tratamento socioeconômico e jurídico ao prestador de serviços muito inferior ao padrão empregatício tradicional.

Esta modalidade de contratação denota uma série de inseguranças jurídicas em torno do alto índice de complexidade de que as envolvem, sendo a mais grave a precarização das relações de trabalho. Tal entendimento pode ser visto por vários aspectos, um deles é a dificuldade da continuidade da relação jurídica entre empresário e empregado. As empresas buscam esse tipo de contratação justamente no escopo de escusa de possíveis responsabilidades contratuais inerentes ao empregador, neste caso isento de maiores encargos sociais no término da prestação de serviço.

Segundo Gabriela Neves Delgado (2005, p. 186):

O que deve ficar esclarecido é que nessa hipótese de terceirização a empresa tomadora descentraliza certas atividades (e inclusive o **vínculo empregatício**) para outras empresas que irão responsabilizar-se por toda a dinâmica produtiva, se forem, de fato, empresas autônomas. (Grifou-se)

Na contra mão, a citada autora (2006) não descarta a possibilidade da configuração de possível responsabilidade solidária. No entanto, essa hipótese está prevista em casos em que se configure a interdependência entre as empresas tomadoras de serviço.

Este é o entendimento de Souto Maior, que nas letras de Gabriela Neves Delgado (2006, p. 187), afirma que:

Quando a terceirização se dá fora do âmbito do estabelecimento da empresa tomadora, sua aplicação pode ser mais facilmente vislumbrada. No entanto, juridicamente, uma empresa poderá deixar de produzir determinado item necessário para a consecução de seus objetivos, confiando à outra empresa a realização dessa produção, desviando-se a formação do vínculo empregatício, somente quando a prestadora de serviços possua uma unidade produtiva própria e não se constitua com o único objetivo de prestar serviços à primeira, pois isso demonstra o controle de uma sobre a outra, caracterizando o grupo econômico, sendo este o real empregador, resultando que todas as empresas componentes do grupo, controladora e controladas, serão responsabilizadas solidariamente pelos créditos trabalhistas (art. 2º, § 2º, CLT). São dados indicadores do controle, por exemplo: a) identidade de sócios; b) empregados comuns; c) mesmos administradores; d) prestação exclusiva de serviços de uma para a outra.

Enfatize-se que há clara evidência nesse exame que a terceirização deve ser interpretada como uma péssima relação de emprego, já que o empregado, além de instável, suporta constante precarização física, moral e principalmente contratual. O obreiro, nessas circunstâncias laborais, não pode estabelecer um elo entre ele e a empresa tomadora de serviços. Em outras palavras, como poderia o empregado se beneficiar de momentânea atividade laboral se persiste a impossibilidade da agregação do conhecimento profissional que somente se adquire ao longo dos anos em determinada profissão? Essa é uma pergunta que merece reflexão.

Gabriela Neves Delgado (2006, p. 189) aduz que:

Essa desproporcionalidade em favor do capital e em detrimento do trabalho coloca a terceirização em confronto direto com diversos princípios do Direito do Trabalho, o que a torna um instrumento absolutamente incoerente com a ciência do Direito.

Outro aspecto importante, nesse contexto, é a automatização da produção como forma de precarização das relações laborais. Existem vários reflexos obscuros no que toca à carência de emprego nos últimos tempos, um deles é o avanço tecnológico, surgido no processo de globalização e que permanece atado às atividades laborativas inerentes à industrialização, pondo em risco a segurança jurídica da proteção dos postos de trabalho. Concorde-se que um dos impactos de maior relevância, nesse sentido, deve-se ao avanço tecnológico coadunado à dinâmica da globalização dos mercados.

Segundo Maria Aurea Baroni Cecato (2005), a precarização das condições de trabalho que traduzem o aumento do desemprego são consequências do reflexo da automatização da produção. Isso porque a economia estende-se na lógica competitiva do lucro econômico que enaltece a política de acumulação de riquezas em detrimento da hipossuficiência dos trabalhadores assalariados. Reconhece-se que o aperfeiçoamento

inovatório, no que tange às inovações tecnológicas dos setores de produção dos Estados, é deveras relevante ao desenvolvimento dos seres humanos em sociedade. Ao revés, deve-se considerar tal fato desde que não represente sobremaneira a perda da qualidade de vida dos trabalhadores desafortunados.

Nesse passo, Maria Aurea (2005) reputa que a precarização e a ausência de postos de trabalho, somados à precarização do emprego, são resultados da automatização, sendo uma característica mais acentuada nos países periféricos onde a autora entende que a simples ameaça do desemprego concorre com os reduzidos salários, jornadas cansativas de serviço e péssimas condições de higiene e segurança no ambiente de trabalho.

Não se pode olvidar que uma das características da mão-de-obra dos países em desenvolvimento é a sua falta de qualificação profissional. Desse modo, trabalhadores que não possuem capacidade em operar máquinas de alta geração (automatizadas) acabam por se sujeitar a trabalhos em condições degradantes e indesejadas. O maior enfrentamento dos direitos sociais parece ser a luta contra o trabalho em cárcere privado que juntos somam o retrocesso das conquistas dos direitos sociais dos trabalhadores no mundo inteiro. Corroborando esse entendimento, Maria Aurea Baroni Cecato (2005, p. 431) aduz:

É plausível o argumento de que a automação também cria novos postos de trabalho. De fato, novos empregados são necessários à concepção e elaboração dos instrumentos que substituem o trabalho humano. Essa é, entretanto, tarefa que exige qualificação elevada e sofisticada, que em nada concorre com a grande massa de trabalhadores, mormente quando se consideram os países socialmente menos desenvolvidos. Por outro lado, a utilização dos mencionados instrumentos na produção, igualmente exige formação profissional específica e, portanto, incompatível com a realidade dos trabalhadores em geral, sujeitos da desocupação no momento em que tais engenhos são colocados no mercado de produção. Um só desses referidos engenhos, em uma só empresa, substitui diversos empregados, o que faz com que, numa progressão geométrica, grande contingente de trabalhadores possa ser dispensado pela simples adoção de um tipo de máquina.

3. STATUS DA PROTEÇÃO DO EMPREGO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O referido capítulo anuncia a importância da proteção do vínculo empregatício na legislação trabalhista brasileira, tendo como pressuposto a já superada estabilidade decenal e os novos rumos tomados a respeito da proteção do trabalhador com relação ao trabalho, alçados pela Constituição Federal de 1988, que trouxe dispositivos constitucionais altamente relevantes no que concerne à tutela do emprego como forma do indivíduo trabalhador atingir sua dignidade humana. Nesse entendimento, percorrer-se-á uma abordagem a permanência, ainda que transitória, de estabilidades vinculadas a determinadas categorias e classes de trabalhadores na atual Carta constitucional do Brasil.

3.1 REGIME ANTERIOR A 1988: O REGIME DA ESTABILIDADE DECENAL

Dentre as formas de garantia de emprego introduzidas na legislação trabalhista nacional, foi instituído um tipo de tutela capaz de acalantar o sonho de todo trabalhador que depende do salário para garantir sua subsistência, qual seja, a estabilidade decenal. Sem dúvida, esta se tornou um fator de promoção da dignidade do trabalhador, que constitui objetivo maior de persecução pelo Direito do trabalho.

Enoque Ribeiro dos Santos (1990, p. 231), com base nos ensinamentos de Carlos Amorim Robortella, assim conceitua a estabilidade:

A estabilidade no emprego concebe-se como a proibição de dispensa por iniciativa patronal. Neste sentido, é a antítese da indenização e do aviso prévio, porque proclama o direito de permanência contra a vontade patronal, enquanto aquelas são decorrências necessárias da afirmação do direito de despedir.

A proteção do emprego no sistema jurídico brasileiro caracterizou-se, inicialmente, pela estabilidade absoluta, ou seja, a decenal, segundo a qual, o empregado que contasse dez anos de trabalho na empresa, tinha a garantia do emprego, a menos que cometesse falta grave, que deveria ser apurada através de inquérito

formalmente instaurado inicialmente de caráter administrativo e, depois, judiciário perante a Justiça do Trabalho, ou sobreviesse motivo de força maior.

O primeiro diploma a dispor sobre a matéria foi a Lei nº. 4.682, de 24.01.1923 denominada Eloy Chaves, em homenagem ao autor do respectivo projeto. Criou as Caixas de Aposentadorias e Pensões junto às empresas ferroviárias e instituiu a estabilidade para os respectivos empregados, após dez anos de serviços efetivos, com autorização de dispensa; passado esse período, só em casos de falta grave ou forças maiores devidamente apuradas em sindicância interna.

Em seguida, através da Lei nº. 5.109, de 1926, essa garantia foi estendida aos operários das empresas de navegação marítima ou fluvial e às de exploração de portos, pelo Decreto nº. 20.465, de 01.10.30. O sistema foi aperfeiçoado e estendido ao pessoal das empresas de serviços de transportes urbanos, luz, força, telefone, telégrafo, portos, águas e esgotos, quando explorados diretamente pela União, Estados ou Municípios, ou por empresas, agrupamentos de empresas ou particulares; pelo Decreto nº. 22.096, de 1932, aos empregados nos serviços de mineração.

Surgem, a partir daí, os grandes Institutos de Previdência Social: Instituto de Aposentadoria dos Marítimos (IAPM), Instituto de Aposentadoria dos Comerciários (IAPC), Instituto de Aposentadoria dos Bancários (IAPB) e, sob a influência da Revolução de 1930 (que ampliou a regulamentação da estabilidade), os seus segurados foram contemplados com esse benefício, nos moldes anteriores, com exceção dos bancários, que foram favorecidos com a fixação do período de apenas dois anos para adquiri-lo.

Com a Lei nº. 62, de 05.06.1935, o regime da estabilidade foi generalizado, sendo estendido a todos os empregados que ainda não possuíam tal garantia, salvo os trabalhadores rurais e domésticos (a dignidade da pessoa humana muito ainda deve avançar para que finalmente todos os laborantes possam atingir o grau de dignidade mais elevado na humanidade). Embora deixando de ser tratada a matéria em diploma de previdência social, a referida lei, em seu artigo 10, reconheceu, como seu motivo principal, o interesse de assegurar recursos para as instituições previdenciárias e dispôs que os empregados, desde que contassem dez anos de serviço efetivo no mesmo estabelecimento, só poderiam ser demitidos por motivos devidamente comprovados de falta grave, desobediência, indisciplina ou causa de força maior.

Sobreveio a Constituição Federal de 1937, que expressamente consagrou a estabilidade como direito dos trabalhadores (art. 137, j). Seguiu-se a Consolidação das

Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº. 5.452, de 01.5.43, por meio da qual foi uniformizada a legislação pertinente à matéria (arts. 492 a 500), passando todos os empregados a adquirir a estabilidade após dez anos de serviço, inclusive os bancários, em relação aos quais, contudo, foi respeitado não só o direito adquirido, mas a própria expectativa de direito.

A Constituição de 1946 manteve esse princípio (art. 157, XII); e o Estatuto dos Trabalhadores Rurais (Lei n.º 4.214, de 1963) estendeu o direito à estabilidade aos empregados de empresas que exploravam atividades agroeconômicas. Em 13.09.1966, foi promulgada a Lei nº. 5.107, que instituiu o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), alterada pelo Decreto-Lei n.º 20, de 14.9.1966, facultando ao empregado optar entre esse regime jurídico e o da estabilidade com a indenização prevista na CLT.

A Constituição de 1967, com a Emenda nº. 1, de 1969, não manteve a estabilidade como pura garantia do emprego, mas criou a alternativa da estabilidade, com indenização pecuniária pela despedida injusta ou equivalente fundo de garantia do tempo de serviço (art. 165, XIII), adotando o sistema da Lei nº. 5.107/66.

Com a Promulgação da Constituição de 1988, extinguiu-se, definitivamente, a estabilidade decenal em apreço (mantendo-se, evidentemente, para aqueles que já a tinham na condição de direito adquirido). A derrocada da estabilidade foi provocada pela pressão do capital externo e por políticas neoliberais, as quais, por razões ideológicas, sufocaram essa garantia fundamental instituída em favor dos assalariados. Com a perda da estabilidade, os trabalhadores sofreram juridicamente um grande impacto com relação à proteção do vínculo empregatício.

Fazendo um paralelo entre os dois sistemas, Manoel Jorge e Silva Neto (1998, p. 202) expressa:

Na primeira hipótese encontra-se o empregador obrigado à manutenção do vínculo contratual, exceto nas hipóteses legalmente previstas. No segundo caso, desenvolve-se um sistema destinado a dificultar o rompimento do contrato de trabalho ao simples alvitre empresarial.

O desaparecimento da antiga estabilidade concorreu, de certa forma, para o aumento do desemprego, porque facilitou as demissões por livre arbítrio do empregador, traduzindo-se em mudanças extremamente negativas nas relações de trabalho, necessitando-se, assim, requerer-se que as Constituições democráticas impusessem ao sistema econômico respostas capazes de garantir aos obreiros, a

plenitude da proteção do emprego, como instrumento de dignidade do trabalhador, o que vai ao encontro do interesse de toda a sociedade.

3.1.2 O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

Reiterando-se os ensinamentos acima, a Constituição Federal de 1988, tendo como principal fundamento a valorização da dignidade da pessoa humana ampliou o Instituto do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço Lei 5.107/66 que com sua promulgação deixou de ser opcional, passando a ser direito de todas as categorias de trabalho (salvo os domésticos) (art. 7º, CF/1988, § único) e os diretores de sociedades sem vínculo empregatício (arts. 16 e 15, § 4º, Lei 8.036/90).

A generalização do FGTS, substituindo de vez a opção pela antiga estabilidade decenal (salvo o direito adquirido dos antigos estáveis), parece ter permitido certa banalização da dispensa sem justa causa sob a alegação de insuficiência técnica ou mesmo por problemas econômicos, tornando mais fácil a extinção do contrato, comprometendo assim a eficácia do princípio da continuação do emprego.

Ademais, são questionáveis os motivos que levaram o legislador de 1988 a criar óbices à disponibilidade do saque do FGTS, ao mesmo tempo em que facilitou a dispensa imotivada, cerceando o direito do obreiro (salvo algumas exceções) de dispor da quantia acumulada em seu nome no caso de dispensa motivada segundo o art. 482, da CLT. Parece que talvez tal observação tenha estimulado a falsa dispensa sem justa causa. Ocorre que, em determinadas situações, o empregado não deseja mais continuar na mesma empresa, tornando comum o bom profissional receber proposta de emprego mais vantajosa do ponto de vista econômico e, naturalmente, preferir desempenhar seu conhecimento profissional em outra empresa. Nessa linha, é complicado porque o empregado sabe que dispensado nestas circunstâncias não poderá sacar seu dinheiro, por isso, muitas vezes, o empregador aproveita-se da situação e não permite a dispensa sem justa causa ou, então negocia a saída do empregado, mas o faz devolver os 40% do montante pago pelo empregador no momento da extinção contratual. Diante do poder potestativo que exerce o empregador sobre seu subordinado e fora do alcance ocular da magistratura trabalhista, o empregado se vê compelido ao acordo, que, nesses casos, é muito característico à condição econômica e social dos hipossuficientes.

Amauri Mascaro Nascimento (2009) sugere que a única forma de reduzir ou eliminar esta simulação seria a autorização legal para o saque da conta vinculada na rescisão do contrato de trabalho por pedido de demissão do empregado. O autor frisa que não seria lógico (salvo raras exceções) o empregado, diante da dificuldade em se manter em um posto de trabalho, por conta da dinâmica da economia atual, ficar trocando de empregador só para receber o FGTS.

A presente análise toma como objetivo descrever os aspectos jurídicos, sociais e econômicos que traduzem o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Contudo, é de extrema relevância unir este cenário aos aspectos históricos que envolvem o Fundo na temática da proteção contínua do emprego. Os aspectos históricos vinculados ao tema referem-se à antiga estabilidade na relação empregatícia. Maurício Godinho Delgado (2010) entende o período pós-30, como cenário da institucionalização do Direito do Trabalho. Tal afirmativa deve-se em razão da época almejada corresponder à evolução jurídica fundamental à manutenção do emprego. Em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) corroborou a estabilidade em estudo, abrangendo no futuro (1946), a garantia contratual estendida aos trabalhadores rurais (art. 157, XII).

Não se pode esquecer que a estabilidade decenal deixou de vincular-se à previdência e passou a constar de diploma legal relativo ao contrato de todos os empregados urbanos, mediante a Lei nº62, de 5 de janeiro de 1935. Desse período em diante, generalizaram-se tais benefícios sociais aos demais trabalhadores, tomando assim à dinâmica laboral rumos jurídicos muito significativos. Dessa forma, coadunado à estabilidade, criou-se a indenização por tempo de serviço, dando-se ao trabalhador que completasse um ano de serviço na mesma empresa (Decreto-Lei n. 5452, de 5/5/1943 arts. 477 *caput* e 478 *caput*) o direito à verba rescisória, calculada por ano ou fração igual ou superior a seis meses de contrato.

No que tange à estabilidade, cabe reprimir que, o trabalhador com mais de dez anos de labor ao mesmo tomador atingia a estabilidade no cumprimento desse prazo, posteriormente reduzido para nove anos de acordo com o antigo Enunciado n. 26, TST. Pretende-se destacar, ademais, que a estabilidade em estudo, uma vez atingida, tornava impossível ao empregador dissolver o contrato de trabalho. Nesse caso, a ocorrência de dispensa só seria considerada por meio de inquérito judicial sob alegação de falta grave, tornando assim a quebra do pacto jurídico em baila muito mais difícil.

Já na década de 1960, a estabilidade provocava certa polêmica e insatisfação econômica aos empregadores. A principal crítica deles refere-se ao incólume sistema de proteção ao obreiro que, segundo os empresários, dificultava a dispensa sem justa causa (denúncia vazia). Destarte, a estabilidade não abria concessões à ruptura do contrato em prevalência de alegações infundadas, nem mesmo as afamadas crises econômicas que desequilibram o mercado e aterrorizam os empregadores seriam capazes de desmontar o referido sistema de proteção. Nesse passo, não se discute que a segurança jurídica, vinculada aos empregados durante o sistema em tela, criava impasses à dispensa sem motivo fundado pelo empregador (mesmo assim, não há que se descartar esta possibilidade de dispensa). No entanto, a mesma se tornava inviável aos empregadores. Do ponto de vista financeiro, as crescentes indenizações obrigacionais do empregador em favor do assalariado limitavam, com certa timidez, a vontade do empresário em manifestar seu poder potestativo. Reafirmando os comentários dessa pesquisa, a clássica tutela de dispensa era óbice de caráter econômico financeiro, pois os cálculos de indenização eram computados de acordo com a base de maior remuneração obreira por ano contratual ou fração igual ou superior a seis meses (arts 477 e 478, da CLT).

Nesse viés, a classe empresarial, influenciada pela política individualista ditatorial daquele momento histórico, inclinou-se no sentido de fortalecer seus ideais liberais que conspiravam vilipendiar alguns dos direitos sociais pertencentes à classe trabalhadora, até então, amparada pela rigidez jurídica da estabilidade no emprego. Sutilmente, a política do Estado tangenciou este entendimento, criando assim o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, instituído pela lei 5.107/1966, (atual Lei 8.036/90). O Fundo surgiu como uma forma sutil de substituir de vez a antiga estabilidade. Num primeiro momento, o estável tinha a opção de permanecer com a indenização por tempo de serviço ou, se desejasse, optava pelo novo sistema do FGTS. Feita a escolha, estaria sepultado de vez o antigo sistema e, com ele, a estabilidade no emprego.

Por sua vez, o obreiro era atraído por algumas vantagens inerentes ao Fundo e que a estabilidade não lhe proporcionava, como: o direito a sacar os depósitos do FGTS na aquisição da aposentadoria, rescisão contratual por iniciativa do obreiro (não poderia sacar os depósitos, mas, a verba rescisória permanecia vinculada a uma espécie de poupança em conta particular em seu nome na Caixa econômica Federal) e, ainda, em caso de falecimento seus herdeiros poderiam se beneficiar do saque dos depósitos do FGTS do falecido.

Enfatize-se que eram vantagens que o sistema da estabilidade antes não lhe proporcionava. Nesse contexto, tudo se inclinava à revogação definitiva do antigo sistema celetista. Como se percebe, não resta dúvida de que a implantação do Fundo se tratava de estratégia política, sendo aos poucos inserida na dinâmica jurídica do trabalhador. O FGTS desvinculava de vez os obstáculos jurídicos da dispensa sem justa causa, desvirtuando, assim, o sentido lógico do princípio da continuidade da relação de emprego. Nesses moldes, Maurício Godinho Delgado (2010) observa que a Carta Constitucional de 1969, pertencente ao período autoritário, inviabilizava a prática do princípio da continuidade da relação de emprego, ao admitir a noção da ruptura contratual trabalhista como direito empresarial potestativo, por meio do instituto do FGTS.

Quando implantado no ordenamento jurídico nacional, o trabalhador da antiga estabilidade poderia optar entre ambos os sistemas disponíveis naquele momento. Com o advento da nova Constituição de 1988, o novo regime deixou de ser opcional ao obreiro tornou-se caráter definitivo na ordem juslaboral. Daí em diante, todos os empregadores têm por obrigação recolher os depósitos do FGTS (art. 7º, III, CF/88) na conta individual do empregado, tornando-se obrigatório no instante da ruptura contratual (dispensa sem justa causa) o seu pagamento a todos os trabalhadores com vínculo empregatício (salvo os domésticos, que possuem lei específica: Lei 10.208, de 23/3/2001).

3.2 PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

Sem dúvida, o emprego é responsável por gerar renda, inclusão social e outros fatores promovedores da dignidade humana do trabalhador. Os tópicos abaixo exploram alguns pontos do documento jurídico reconhecido na Constituição Federal de 1988 como fundamentos jurídicos da proteção do trabalho e do emprego. Vale dizer que a referida Carta Magna, foi elaborada no viés do regime democrático brasileiro. Os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana foram gestacionados pelo poder constituinte na construção da referida constituição. Sendo assim, a República Federativa do Brasil consagrou dentre outros, os direitos sociais, especialmente nesta linha, os do

trabalhador. Destarte, os preceitos relativos aos direitos sociais estabelecidos constitucionalmente na Carta Magna de 1988, delineiam o traço de valorização do trabalho em todos os artigos que de certa forma estejam vinculados a dinâmica laboral. Nessa ótica, os Direitos Humanos Sociais do Trabalhador estão resguardados por meio de cláusulas intangíveis e ao mesmo tempo irrenunciáveis pelo obreiro. Nesta linha, a referida tutela se faz mister, principalmente num país em desenvolvimento econômico como o Brasil, sendo que este último também deseja se manter competitivo no mercado global.

3.2.1 A CF: traço de valorização do trabalho

Após um longo período ditatorial por que passou o Brasil, e, certamente, suas Constituições, iniciou-se assim, na década de 1980, um processo de democratização, por todo o referido país. A democracia, sem sombra de dúvida, foi um passo extraordinariamente significativo para o Brasil, principalmente, no que toca aos direitos sociais. A reativação do sindicalismo e das associações civis como um todo é considerada conquistas que caracterizaram a nova forma política de conduzir o país do ponto de vista laboral. Isto se deveu à promulgação de uma nova Constituição, considerada maior símbolo da democracia brasileira e da trajetória político-jurídica do país (Brasil): a Constituição Federal de 1988, que veio equilibrar politicamente todo o país em tela.

Sobre a relevância da Constituição Federal de 1988, observa Zeno Simm (2005, p. 63-64):

(...) a Constituição de 1988 representou um grande avanço sob vários aspectos e é, até o momento, a que melhor acolhida fez aos Direitos Humanos em geral. Tanto em termos da quantidade e da qualidade dos direitos enumerados, como da concepção embutida no texto constitucional, a Carta de 1988 é inovadora. Com efeito, como já exposto acima, houve particular ênfase ao social, com a especial proteção aos direitos humanos, individuais e ou coletivos, tendo o art. 6º declarado que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados(...)

Para a seara jurídica do Direito do Trabalho, um dos maiores desafios do homem na busca por sua ascensão como homem digno, que é de ser reconhecido em todo o seu valor enquanto ser humano e trabalhador, portanto merecedor de ser sustentada a sua relação jurídica empregatícia, como meio de atingir sua real promoção à dignidade, foi a criação da Constituição Federal de 1988 no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição brasileira reuniu em um só documento toda a amplitude de preceitos jurídicos constitucionais capazes de colocar o homem trabalhador numa posição acima de qualquer interesse econômico que se difira em dignificar o homem e toda a sua dignidade humana. O valor da pessoa humana é disseminado pela Constituição federal de 1988. Isso reafirma o entendimento de que o direito de ser preservado e protegido o posto de trabalho encontra-se diretamente vinculado à dignidade da pessoa humana como valor universalizador no âmbito da vida real laboral. Entende-se que, apesar disso, toda a formulação jurídica do conceito de dignidade da pessoa humana encontra-se em permanente processo de mutação no que toca a construção e o desenvolvimento deste paradigma.

Nesse entendimento, Gabriela Neves Delgado, nas entrelinhas de Ingo Sarlet (2006, p. 204) disserta:

Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Importa ressaltar, como já fora mencionado neste estudo, que a dignidade não pode ser subtraída do homem, por ser condição intrínseca à pessoa humana, no entanto, surgiu, daí, a necessidade de normatizá-la em virtude da dinâmica complexa que é a vida em sociedade. Sendo assim, cabe ao Estado impedir que esta seja violada e contribuir para que a comunidade possa fazer valer este direito. Com muita propriedade Ingo Sarlet (2009, p. 65) expõe:

(...) onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a

autonomia, a igualdade(em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converge no sentido de que também para a ordem jurídico- constitucional a concepção do homem objeto(ou homem instrumento), com todas as consequências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade (...)

No instante, em que a Constituição federal de 1988 consolidou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, ela reconheceu ,indubitavelmente, que o Estado existe em função da pessoa humana, e não ao revés, tanto que a sociedade em determinado momento histórico (Leviatã) outorgou-lhe poderes de representação dos interesses de toda a sociedade, em especial através da via normativa, para desempenhar a tarefa de manutenção da dignidade do homem e suas necessidades fundamentais, dentre estas o labor regulado. Neste mesmo diapasão, é importante reiterar, que para que haja dignidade, não é obrigatório que se estejam positivados este direito, visto ser a dignidade condição intrínseca de todo ser humano. De toda forma, com efeito, o Estado Democrático de Direito surge em decorrência e defesa de uma norma concreta e objetiva capaz de ao mesmo tempo proteger e promover a proteção do emprego como instrumento e promoção da dignidade do trabalhador brasileiro, como modelo de Estado a ser lembrado como seguidor do reconhecimento e da necessidade de se elevar os direitos fundamentais da pessoa humana. é neste sentido que Ingo sarlet (2009, p. 52) aduz que a dignidade da pessoa humana é ao mesmo tempo limite e tarefa do Estado, como provedor de garantias fundamentais a comunidade como um todo, dando condições a toda a sociedade de poder exigir que se cumpra esse direito(a dignidade).

Nesse passo, é que a Carta Magna de 1988 fez questão de alçar o valor do trabalho humano como sustentáculo de instrumento da promoção da dignidade do trabalhador brasileiro. Acredita-se que a verdadeira ética de um estado democrático de Direito não possa sustentar-se somente por meio de teorias e discursos políticos demagógicos, não existe outro meio de se assegurar os direitos fundamentais que não seja pela sua efetivação contínua.

Ressalte-se que, apesar do Direito do Trabalho demarcar precisamente sua seara de tutela do emprego (proteção da relação de emprego) e, por expressa via constitucional, as relações de trabalho avulsas, isso demonstra que o assunto em estudo

está sempre provocando reformulações na área jurídica, o que o fortalece muito mais. Tal condição faz parte da dinâmica jurídica laboral condizente com a realidade, o que torna necessário que o objeto em estudo encontre-se sob investigação e interpretação permanente.

Consoante Rúbia Alvarenga (2009, p.81): “A construção de uma nova cultura jurídica para o Direito do Trabalho requer, desse modo, a realização plena dos direitos, numa dimensão humanizadora que atenta aos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito”. Se o trabalho é um direito fundamental, deve basear-se na dignidade da pessoa humana, portanto, quando a Carta Magna de 1988 refere-se ao direito ao trabalho, subtende-se, implicitamente, que o trabalho protegido pela Constituição é o trabalho exercido em condições dignas. Isso porque o trabalho formal logicamente exercido e tutelado em condições dignas é o único instrumento capaz de edificar a identidade social do trabalhador.

É, nessa esteira, que a Carta Magna apresenta suas dimensões quanto ao princípio da dignidade humana em estudo. Principalmente, quando descreve no art. 170 que a ordem econômica deve garantir a todos os cidadãos uma existência digna e, ainda, em seu art. 193 exige que a ordem social deva ter como objetivos o bem-estar de todos e a justiça social.

Dessa forma, a Constituição federal de 1988 parece ter a intenção de aplicar o princípio da dignidade humana como forma legítima de promovê-la. Sobretudo, deixa claro o valor que este documento em estudo promove no aspecto do valor social do trabalho, constatação imprescindível para o bom desenvolvimento da comunidade brasileira. Destarte, a Carta Magna fixou um capítulo exaustivo (art. 7º da CF) e mister, totalmente destinado à proteção dos trabalhadores, por crer que a proteção do emprego é o melhor instrumento de promoção à dignidade do trabalhador.

3.2.2 O inciso I do artigo 7º da CF

Como mencionada anteriormente, a Constituição de 1988 aboliu o regime da estabilidade decenal (mantém, apenas, a estabilidade provisória), que segundo Manoel Jorge e Silva Neto (1998, p. 201), adota apenas o Instituto do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), para os trabalhadores em geral (art. 7º, III da CF de 1988), e

assegura, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, deixando à Lei Complementar a possibilidade de instituir outros direitos (art. 7º, inciso I da CF de 1988). Por outro lado, a Lei nº. 8.036/90, em seu art. 14, que passou a regular o Fundo de Garantia, ressalva o direito dos trabalhadores que, à data da promulgação da Constituição de 1988, já haviam adquirido a estabilidade no emprego.

O inciso I, do artigo 7º da CF/1988 reflete a mentalidade dominante no âmbito mundial sobre a matéria, expressão da modernidade no plano das relações de trabalho, tendo em vista à conjuntura resultante da globalização da economia. Nesse quadro, a estabilidade corresponde à proteção da relação de emprego; não se trata mais, por conseguinte, de garantia do emprego, senão relativa. As atuais legislações, em grande número de países, consagram-na após a fluência de curto prazo, porém, a despedida do trabalhador é permitida não somente por motivos disciplinares (prática de atos ou comportamentos faltosos), mas também, por razões de ordem técnica, econômica ou financeira, ligadas à necessidade de funcionamento da empresa.

Essa é a orientação expedida pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), em sua Recomendação n. 119 (1963), consagrada pela Convenção n. 158 (1982), que só considera justificada a despedida se fundada em incapacidade ou conduta irregular do empregado, ou em necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço (artigo 4º) aí, compreendido; motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos (artigo 13, 1). Desse teor é o disposto no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal brasileira de 1988, que proclama como direito dos trabalhadores além de outros que visem à melhoria de sua condição social, “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa”.

Nessa linha, o inciso I, do art. 7º da Carta Magna de 1988 demonstrou a preocupação do Constituinte de 1988 de manter incólume o vínculo empregatício protegido juridicamente pela legislação nacional e, ainda, promover a proteção do emprego ao reproduzir este último, como instrumento propulsor da promoção da dignidade do trabalhador.

Eis, pois, o liame entre a Convenção 158 da OIT e o inciso I, do art. 7º da CF de 1988.

No que toca à questão em estudo, parece existir uma espécie de limbo no ordenamento jurídico trabalhista nacional no que se refere à proteção do emprego. Segundo Manoel Jorge e Silva Neto (1998, p. 201), faz-se mister percorrer alguns

pontos da Convenção 158 da OIT ligados à manutenção do vínculo empregatício do obreiro, para que se possa chegar a um bom entendimento sobre o inciso I, do artigo 7º em estudo..

Ocorre que a Convenção, em apreço, criada com o escopo de evitar a dispensa sem motivos razoáveis capazes de justificá-la, passou a ser alvo de críticas por uma parte da doutrina, que entende ser o referido instrumento, inconstitucional. Na verdade, a Convenção 158, em seu art. 4º, só possui o condão de impedir a extinção do vínculo empregatício em situação que justifique o término dessa relação jurídica, como, por exemplo, a incapacidade ou comportamento reprovável do empregado ou ,ainda, por força da necessidade de funcionamento da empresa.

Por outra razão, alguns alegam a inconstitucionalidade da referida Convenção o que disse acima Segundo Manoel Jorge e Silva Neto (1998, p. 202), os que discordam de sua aprovação argumentam existir nela um vício formal. Alegam que, no conteúdo do inciso I, do artigo 7º da Constituição, que reza sobre a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, objeto dessa norma internacional, só poderia ser aplicável se regulamentado por lei complementar. Por isso, houve a denúncia da Convenção.

Ao denunciar a Convenção 158 da OIT, em 20.11.96, o Governo brasileiro resolveu regulamentar o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, atendendo ao mandamento nele inscrito, que prevê para isso lei complementar.

Nesse sentido, o Ministério do Trabalho elaborou anteprojeto de lei complementar, a ser apresentado oportunamente ao Congresso Nacional, o qual incorpora os princípios da referida Convenção, reproduzindo, fundamentalmente, o conteúdo dela. Segundo Paulo Paiva Revista LTR (1996, p.1593).

No artigo 1º do documento em tela, excluem do âmbito de sua aplicação os servidores públicos estatutários e os empregados domésticos. Esse dispositivo está em consonância com o do art. 2º da Convenção 158, que autoriza todo Estado-Membro a não aplicá-la a certas categorias de pessoas empregadas, dentre as quais aquelas cujas condições de emprego sejam regidas por disposições especiais que, no seu conjunto, proporcionem uma proteção pelo menos equivalente à prevista nela (caso dos servidores públicos, em nosso meio) e outras categorias limitadas de pessoas empregadas que apresentem problemas especiais de certa importância, levando-se em consideração as condições de emprego particulares dos trabalhadores interessados, a dimensão ou a natureza da empresa que os empregue.

No artigo 2º considera não arbitrária a despedida decorrente de motivo tecnológico ou econômico e caracteriza, em seu parágrafo único, um e outro, por exemplo “o motivo econômico configura-se ante retração grave do mercado, pertinente à atividade da empresa e o tecnológico corresponde à implantação de novos equipamentos aptos a assegurar aumento de produtividade”.

No artigo 3º, define a despedida por justa causa, reportando-se ao disposto no artigo 482 da CLT ou outro preceito legal sobre a matéria e estabelece no parágrafo único, que ao empregado acusado da prática de ato faltoso deverá ser proporcionada a oportunidade de defender-se, antes de consumada a despedida, salvo quando, pela natureza da falta, não se mostre razoável a providência. Aqui, se adota o conteúdo do artigo 7 da Convenção 158 da OIT.

No artigo 4º, estipula a reparação pela despedida arbitrária ou sem justa causa: o empregador terá a faculdade de reintegrar o empregado ou pagar-lhe indenização compensadora que, somada ao valor dos depósitos do FGTS no período de execução do contrato de trabalho rescindido, corresponda a um mês da maior remuneração do empregado por ano de serviço ou fração, com acréscimo em percentual ainda não fixado, sendo que, em se tratando de despedida (individual) por motivo tecnológico, o percentual será diverso. A Convenção 158, em seu artigo 10, prevê, como reparação pelo término da relação de trabalho, sua anulação com readmissão do trabalhador, ou indenização adequada, ou outra reparação que for considerada apropriada, na conformidade da legislação e prática nacionais.

No artigo 5º, cuida da despedida coletiva por motivo tecnológico e da despedida por motivo econômico, prevendo-se, para cada uma dessas hipóteses, indenização com acréscimo em percentuais distintos, ainda não definidos.

No artigo 6º, conceitua as despedidas coletivas, como:

(...) as despedidas verificadas, simultânea ou sucessivamente, em período não superior a sessenta dias, que alcancem, pelo menos, dez, vinte e cinco, quarenta, sessenta e setenta e cinco trabalhadores, conforme se trate de estabelecimento com, respectivamente, até cem, mais de cem, mais de trezentos, mais de quinhentos ou mais de mil empregados.

No parágrafo primeiro, indica as medidas preventivas que os empregadores devem tomar, as quais correspondem às previstas nos artigos 13 e 14 da Convenção 158:

- a) notificação aos representantes dos trabalhadores interessados, informando-os dos motivos das despedidas previstas, do número e das funções dos trabalhadores afetados e do período durante o qual serão levadas a cabo as despedidas;
- b) exame, com os representantes dos trabalhadores, da adoção das medidas tendentes a evitar ou limitar rescisões ou atenuar suas conseqüências;
- c) notificação simultânea à autoridade competente do Ministério do Trabalho, com as indicações retro.

Percebe-se que o artigo 13, inciso II, e o artigo 14, inciso II, da Convenção 158 permitem que as notificações ora referidas, nesse estudo, sejam limitadas aos casos em que o número dos trabalhadores cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada seja pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total do pessoal, como se dispuser na legislação ou na prática nacionais.

No parágrafo segundo, dispõe o anteprojeto que, decorrido o prazo de 15 (quinze) dias da notificação aos representantes dos trabalhadores, o empregador poderá, em caso de se concretizar a despedida, dar o aviso prévio da mesma.

Já, no artigo 7º, assegura a reintegração, com as vantagens devidas no período correspondente, para o trabalhador despedido arbitrariamente ou sem justa causa, nas hipóteses de estabilidade previstas na Constituição Federal e na prevista no artigo 492 da CLT (estabilidade decenal).

No artigo 8º, dá nova redação aos artigos 492 e 493 da CLT, especificando os casos de estabilidade no emprego e conceituando a falta grave. Assim, disporá o artigo 492 quem terá direito à estabilidade no emprego:

I - os empregados urbanos ou rurais, salvo os domésticos, que completaram dez anos de serviço na mesma empresa ou grupo de empresa, até 5.10.88, não optantes pelo FGTS (adota o entendimento de que os períodos de trabalho prestados a mais de uma empresa do grupo econômico somam-se para efeito de aquisição do direito à estabilidade no emprego);

II - o empregado eleito para Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final do mandato (consoante, aliás, o disposto no art. 10, II, “a”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias);

III - a empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (nos termos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 10, II, “b”);

IV - o empregado afastado por motivo de acidente de trabalho, pelo dobro do período de afastamento, garantindo-se o mínimo de doze meses de estabilidade (garantia já instituída pela Lei Nº 8.213, de 24.7.91, art. 118, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social);

V - os empregados que satisfizerem as condições para a aquisição desse direito, estipuladas em contratos individuais de trabalho, convenções ou acordos coletivos, observada a respectiva regulamentação.

A nova redação do artigo 493 consolidado reproduzirá quase na íntegra a atual, quanto à definição de falta grave, e incorpora, em parte, a do artigo 492, *caput*, ao declarar a falta grave como pressuposto para a despedida do empregado com direito à estabilidade, ressalvando os casos de extinção da empresa ou do estabelecimento; e assegura ao empregado, neste último (extinção do estabelecimento), a faculdade de transferir-se para outra unidade da empresa (§ único).

O artigo 9º do anteprojeto de lei complementar em foco trata da pena aplicável à empresa responsável por infração grave de disposição da lei, comprovada em processo submetido à Justiça do Trabalho, qual seja a multa de 2% (dois por cento) a 10% (dez por cento) do valor da condenação, em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

Como se pode notar diante do que foi exposto acima, não parece existir óbice algum entre o teor da Convenção e o disposto no artigo 7º, I, da Constituição Federal brasileira. Afinal, o que ambos pretendem é proteger o emprego e a dignidade do trabalhador.

O entendimento de Rúbia Zanotelli de Alvarenga (2009, p. 134) nas entrelinhas de Piovesan, abaixo transcrito, reforça o que aqui se argumenta:

Inadmissível, por consequência, a inércia do Estado quanto à concretização de direito fundamental, posto que a omissão estatal viola a ordem constitucional, tendo em vista a exigência de ação, o dever de agir no sentido de garantir direito fundamental. Implanta-se um constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Esse princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

É bem verdade que a legislação pátria deu um salto de qualidade significativo, ao introduzir o dispositivo em estudo (art. 7, I da CF). No entanto, persiste

a lacuna quanto à regulamentação da norma em tela, pois, enquanto não for promulgada lei complementar que regule a matéria, sempre estará em risco a eficácia plena, não só desse inciso, mas também, de toda a diretriz normativa constitucional que consagra a justiça social com a valorização do indivíduo trabalhador. Ora, o direito ao emprego traduz a valorização e o reconhecimento do que, para o Estado de Direito, se entende como dignidade. Aliás, a dignidade é um predicamento de todos os seres humanos.

3.2.3 O inciso XXVII do artigo 7º da CF

Com esse dispositivo, nossa Constituição se insere na modernidade no tocante às relações de trabalho. Considera a tecnologia como elemento indispensável ao progresso material da humanidade e, por conseguinte, irreversível. Ao mesmo tempo, como corolário do desenvolvimento econômico sustentável e compatível com as exigências da vida humana, estabelece a proteção do trabalhador – fator intrínseco da produção, impropriamente, denominado insumo no respectivo processo. Ademais, essa proteção é condição de valorização do ser humano em sua atividade produtiva e defesa de sua dignidade, que constitui direito fundamental, como tal, consagrado em nossa Lei Maior logo no início de seu texto (art. 1º, III).

A velocidade com que se desenvolvem as tecnologias no campo da produção, máxime no tocante à automação, gera séria crise nas relações laborais, concorrendo, inevitavelmente, para a redução dos postos de trabalho, uma vez que os obreiros são substituídos, em larga escala, por instrumentos mecânicos, a exemplo do robô, mediante programa de computador.

Não se pode deixar de reconhecer a contribuição que a globalização agrega para o progresso econômico, mas não é possível olvidar as dificuldades que em virtude dela se originam, para proteger o emprego e, inexoravelmente, a dignidade do trabalhador, por ser esta última dependente da tutela do emprego pelo ordenamento jurídico. É que as políticas públicas insistem em vincular o progresso econômico dos países, em especial, aqueles que se encontram em pleno desenvolvimento, à redução das garantias sociais dos obreiros. A propósito, Amauri Mascaro Nascimento (2006, p.70) reforça o entendimento nesta linha asseverando que “as políticas públicas, são

fortemente direcionadoras das atividades do Estado e da Economia nacional, com o desprestígio do trabalho e do emprego”.

Ocorre que, com o avanço tecnológico, os trabalhadores passaram a ser substituídos por máquinas automatizadas com capacidade de produção absurdamente incompatível com a velocidade humana de produção. Parece que a automatização inserida nos meios de produção é realmente irreversível; mas o que não pode ser aceito é a falta de medidas cabíveis ao Estado para resolver os problemas sociais que a tecnologia avançada vem gerando, principalmente, na vida laboral dos hipossuficientes. Esse é um problema que deve ser estudado. Todos os esforços devem ser envidados no sentido de garantir os direitos fundamentais do trabalhador, que merece ser respeitado com a preservação de sua dignidade.

A substituição pela máquina ou instrumentos eletrônicos, justificada pelo desenvolvimento econômico, é, muitas vezes, abusiva, atendendo ao ímpeto de crescimento das empresas, para se tornarem competitivas no mercado, sem considerar devidamente os legítimos interesses dos seus trabalhadores. O Poder Público, como fiador do desenvolvimento com justiça social – consoante mandamento constitucional, a que se submete no Estado Democrático de Direito -, tem a responsabilidade de criar condições de conciliação entre os interesses do capital e os do trabalho. Esse é o caráter do art. 7º, inciso XXVII, de nossa Carta Magna, que visa à proteção do trabalhador contra o desemprego, em face da tecnologia (automação).

A postura política assumida pelo neoliberalismo discrepa de todo e qualquer princípio constitucional que proteja a dignidade da pessoa humana e todos os seus direitos fundamentais. Contraria o art. 170 da CF de 1988, o qual, no que toca à ordem econômica, deixa clara a preocupação do constituinte em preservar a dignidade da pessoa humana em todas as suas vicissitudes, ao dispor, no referido artigo, que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos os indivíduos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Para Ives Gandra Martins Filho (2008) muitos dispositivos da Constituição ainda não foram efetivados, por falta de regulamentação e um dos maiores problemas trazidos pela tecnologia é a substituição do homem pela máquina, gerando desemprego. Ele aponta, a propósito, o dispositivo que consagra a proteção do trabalhador em face da automação e assinala: “Então, tem-se de transformar o que está no papel em direito real”. Mas adverte: “Porém, não se cria direito por decreto; é preciso que as empresas

assimilem essas exigências sem perder competitividade”. Ou seja, o bem-estar dos seres humanos deve ser uma preocupação geral, em que os interesses dos empresários não devem sobrestar vidas humanas. É papel de toda a sociedade equilibrar os interesses econômicos particulares em prol do bem comum. Entende-se que o meio mais adequado para um bom convívio entre seres humanos é aquele que encerra preocupação com a qualidade de vida do próximo.

Nessa linha de idéias, é válida a preocupação de Maria Áurea Baroni Cecato (Verba Júris ano 4, n.4, p. 420 jan./dez. 2005) :

(...) a intensificação da globalização econômica com repercussão em todas as atividades humanas; o advento de novas técnicas de comunicação e de produção, além do retorno aos discursos e práticas liberais mudou radicalmente o rumo da evolução da promoção da dignidade do trabalhador.

O que a autora refere acima é que as práticas geradas por forças e interesses estritamente políticos e capitalistas vêm fazendo com que as máquinas tomem o lugar daqueles que necessitam manter-se no labor como único meio de usufruírem das garantias e direitos fundamentais garantidos pela Constituição nacional e que foram direcionados aos trabalhadores com vínculo empregatício formal. Essa questão é objeto precípua do tema ora em estudo, por dizer respeito à promoção da dignidade do trabalhador.

O desemprego, como corolário dos efeitos da automação, sujeita os desempregados a aceitar qualquer tipo de oferta de serviço em troca de remuneração. Sabe-se que na atual conjuntura vem ocorrendo, inclusive, o trabalho escravo, que é a maneira mais vil de exploração do ser humano trabalhador. Segundo Maria Áurea Baroni Cecato (Verba Júris ano 4, n.4, p. 420 jan./dez. 2005), a evidência de subordinação do obreiro está mais presente do que tudo; no entanto, esta que deveria ser uma subordinação técnica ou formal (configuração da relação de emprego) assume no Ocidente a natureza de uma prestação de serviço subserviente, que, no dizer de Cecato, caracteriza uma situação abominada pela doutrina trabalhista e que vai de encontro aos direitos humanos.

O desemprego gerado pela automação pode e deve ser minimizado. O que se observa é que a diminuição de postos de trabalho se dá em razão da eficiência e rapidez com se processa esse fenômeno (denominado pela citada autora de novas engenhocas).

Ainda persiste o problema da deficiência de formação profissional, sendo que o assalariado normalmente não está preparado para manusear máquinas com tecnologia tão avançada, como é o caso dos robôs automatizados. No geral, esse tipo de profissional deve ter um perfil polivalente, ou seja, precisa ter várias habilidades, em setores como informática, eletrônica, mecânica, pneumática, eletropneumática, automação, bem como o domínio de idioma estrangeiro, como o inglês. Isso tudo se inclui nas exigências para os operadores de máquinas em geral.

É, praticamente, impossível o obreiro manter-se em seu posto de trabalho se não foi preparado para tanto. Por isso, é preciso que o Estado - a quem cabe o papel de dar condições e garantias de emprego, mediante ações de políticas públicas - faça a sua parte na promoção dos direitos e garantias fundamentais, que se acham formuladas na Carta Magna de 1988. É necessário que se multipliquem as escolas e cursos de especializações técnicas responsáveis pela preparação dos jovens para atuar neste novo mercado de trabalho, que continuamente se aperfeiçoa. Ora, a tecnologia é algo em constante transformação, desenvolvendo-se numa velocidade incompatível com a realidade do trabalhador brasileiro. O profissional que já atua nessa área necessita, a todo momento, estar atualizado e em busca de novas especializações; do contrário, estará sujeito à perda de seu posto de trabalho para outro que se ache melhor preparado.

A dinâmica do mercado no mundo hodierno não está preocupada com o bem-estar dos trabalhadores. Há quem diga, como Cecato, que a automação, além de trazer benefícios tecnológicos para o mundo, proporciona mais tempo para o lazer do trabalhador que nela se insere.

Muito embora a autora tenha razão do ponto de vista teórico, faz-se necessário salientar que a tecnologia está vinte e quatro horas em nossas vidas, a internet está no celular, no computador portátil, enfim, em aparelhos que podemos carregar para onde quer que nos dirijamos. É o que ocorre com o tipo de profissional que lida com a automação: quando deixa seu local de trabalho e deveria se desligar para aproveitar suas horas vagas de lazer com sua família e amigos, fica de sobre aviso, o tempo todo ligado através da internet com tudo o que se passa em seu ambiente de trabalho.

Nessa linha, Hanna Arendt (2010, p. 164) adverte:

O perigo da futura automação não é tanto a tão deplorada mecanização e artificialização da vida natural, quanto o fato de que, a despeito de sua artificialidade, toda a produtividade humana seria sugada por um processo vital enormemente intensificado... o ritmo das máquinas aumentaria e intensificaria enormemente o ritmo natural da vida, mas não mudaria, apenas

tornaria mais mortal a principal característica da vida em relação ao mundo que é a de minar a durabilidade. Há ainda um longo caminho a percorrer, desde a gradual diminuição das horas de trabalho, que vem constantemente progredindo há quase um século, até essa utopia... Se pensarmos em termos de períodos de tempo um pouco mais longos, o montante anual total de tempo livre desfrutado individualmente no presente nos parecerá menos uma realização da modernidade que uma tardia aproximação da normalidade.

A modernidade fez com que o homem possa estar em vários lugares ao mesmo tempo. As fábricas automatizadas possuem câmeras ligadas à internet. Onde quer que esteja, o profissional em apreço está atento ao que se passa dentro da fábrica e precisa agir assim para garantir que nada acontecerá de errado, pois um erro, por menor que seja, pode acarretar-lhe a quebra do seu vínculo empregatício (desemprego). O que se quer demonstrar com tudo isso é que cada vez menos o homem deixa de ser fim em si mesmo, passando a simples meio de auferir acúmulo de riqueza, o que torna cada vez mais difícil a promoção de sua dignidade.

O simples fato de o dispositivo em estudo - o inciso XXVII do artigo 7º da CF - depender de lei ordinária, ou seja, de regulamentação, para sua efetivação, não justifica ser desconsiderado na promoção de meios capazes de proteger o trabalhador em face da automação, pois se trata de imperativo constitucional que diz respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana que trabalha e meio de defesa da sua dignidade, também consagrada na Lei Maior.

3.3 AS ESTABILIDADES PROVISÓRIAS E CONTRATUAIS

É difícil falar em estabilidade provisória e contratual sem fazer vinculação do referido assunto com a antiga estabilidade decenal. Muito embora esta última se diferencie das demais estabilidades em tela, foi a partir da extinção da estabilidade decenal que surgiram novos modelos de relação de emprego que tangenciam a antiga rigidez da tutela do vínculo de emprego (estabilidade) que eleva a dignidade do obreiro.

A Carta Magna de 1988 foi responsável pela generalização da Lei nº. 5.107, instituidora do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. A Carta democrática em baila extinguiu para sempre a antiga estabilidade decenal (salvo direito adquirido pelos antigos estatutários), sendo assim a estabilidade decenal simbolizava ao Direito

individual do Trabalho incomparável rigidez no que toca à segurança jurídica que protege a relação de emprego, inexoravelmente, a dignidade do trabalhador. Alguns autores consideram a generalização do instituto em tela como fazendo parte do processo de flexibilização e desregulamentação do Direito do Trabalho no Brasil. Tanto a flexibilização como a desregulamentação são reflexos da desconstrução da rigidez do aparato jurídico que tutela o vínculo empregatício.

Gabriela neves Delgado (2006, p. 198) se debruça sobre os ensinamentos de Cesarino Júnior que sustenta:

A Lei 5.107 não acaba apenas com a estabilidade, mas igualmente com as indenizações. Significa isto que os patrões ficam inteiramente livres para despedir, a seu inteiro dispor e capricho, quem bem lhes parecer conveniente. Significa isto que, num lamentável retrocesso de todos os pontos de vista, há o predomínio do autoritarismo como prático permanente nas empresas, incrementado pela prepotência patronal.

Cesarino Júnior (1980, p.326) define estabilidade como:

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 um determinado número de anos de serviço efetivo, somente poderá ser despedido mediante a existência de justa causa judicialmente apurada.

Cesarino Júnior (1980, p.328) explica que o efeito da estabilidade consiste na manutenção do empregado no serviço da empresa, salvo se ele cometer falta grave, ou houver motivo de força maior, ou incompatibilidade entre ele e o empregador, sendo este pessoa física, fatos esses que inviabilizam sua permanência, ou, em outras palavras, a subsistência do contrato de trabalho.

Trata-se, nessa hipótese, da estabilidade absoluta, que, segundo Sussekind (1997, p.686), é a que “assegura a permanência do trabalhador no emprego, salvo quando ele praticar uma falta grave ou extinguir-se a empresa, estabelecimento ou setor em que trabalhar”.

A estabilidade relativa enseja ao empregador extinguir o contrato laboral, quer na ocorrência de falta cometida pelo empregado, quer por motivo de ordem econômico-financeira ou tecnológica capaz de justificar a supressão de postos de trabalho. Essa forma de proteção atenuada da relação de emprego “resultou da universalização do princípio da condenação da despedida arbitrária (Sussekind, 1997, p.686).

A estabilidade absoluta pode subdividir-se em comum e especial. Segundo nosso ordenamento jurídico, a primeira concerne à obtida após dez anos de efetivo serviço na mesma empresa, até 05 de outubro de 1988 (data da promulgação da atual Constituição Federal), pelos empregados urbanos não optantes pelo FGTS, exceto os domésticos, e rurais. (Chama-se também decenal). Como já registrada, a referida opção implicava, de modo implícito, a mudança de regime, impedindo que o empregado adquirisse o direito à estabilidade e importando em renúncia à já adquirida. E a Constituição acabou com esse tipo de garantia do emprego, ou seja, a advinda, como regra, do simples decurso do tempo de serviço.

Vale dizer que a estabilidade em estudo descabe no tocante aos contratos de trabalho por prazo determinado, posto que eles têm duração limitada.

Estabilidade especial, explica Amauri Mascaro Nascimento (1997, p.527):

É aquela que protege o empregado contra dispensas arbitrárias ou sem justa causa, enquanto persistir uma situação em que se encontra e que veda a rescisão do contrato de trabalho por ato do empregador. Este só poderá despedir o empregado havendo justa causa. Terminada a situação, em que se achava o empregado, geradora da proteção, cessa a garantia, cabendo a dispensa mesmo imotivada, antes proibida.

Denomina-se também estabilidade provisória.

Dentre as hipóteses de estabilidade especial, algumas estão previstas na própria Constituição Federal de 1988, outras foram contempladas em legislação infraconstitucional.

A Carta Magna que excluiu do nosso ordenamento jurídico a estabilidade geral, ou decenal, mas instituiu a proteção da relação de emprego como direito dos trabalhadores, a ser regulamentada por lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos (artigo 7º, inciso I) antecipou algumas medidas protetivas enquanto não se promulga a referida lei, sob forma de estabilidade provisória. Vedou a despedida arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissão interna de prevenção de acidentes, (CIPA), desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato; b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

3.3.1 Estabilidade de sustentação de representação de categoria

Em relação ao representante dos empregados na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), observe-se que a Lei Maior restringe a garantia ao empregado eleito para cargo de direção, que é o vice-presidente, pois o presidente é designado pelo empregador. Ora, os demais membros não podem ser considerados como exercentes de “cargo de direção”. Porém, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) entendeu que ela abrange também o suplente, consolidando sua jurisprudência iterativa a respeito, através da Súmula nº 339, cujo Enunciado é o seguinte: “O suplente da CIPA goza da garantia de emprego prevista no art. 10, inciso II, do ADCT da Constituição da República de 1988”.

A propósito, a CLT já continha um dispositivo que caracteriza estabilidade relativa a todos os membros da CIPA representantes dos empregados, conquanto em menor extensão do que a consagrada na norma constitucional. É o artigo 165, elaborado pela Comissão de Atualização, presidida por Arnaldo Sussekind, que aduz:

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

Parágrafo único. Ocorrendo a despedida, caberá ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado.

A estabilidade provisória, prevista no artigo 10, II, *a*, do ADCT, alcança o período desde o registro da candidatura até um ano após o final do mandato, enquanto que a garantia resultante do artigo 165 da CLT, compreendendo todos os membros da CIPA representantes dos empregados, vigora apenas durante o prazo do respectivo mandato.

A garantia constitucional, no caso, importa em que a despedida arbitrária ou sem justa causa do empregado eleito para cargo de direção de CIPA (e, segundo o entendimento do TST, seu suplente) será nula, ensejando sua reintegração. No tocante aos demais membros da representação obreira naquele órgão, a despedida será ineficaz, exceto na seguinte hipótese ressaltada por Arnaldo Sussekind (SUSSEKIND, 1997, p.699):

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

Constata-se, aí, como já se fez notar, uma estabilidade relativa.

Outro tipo de estabilidade provisória elevado em nível constitucional é o do dirigente ou representante sindical, constante do artigo 8º, VIII, da CF/88: “é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei”.

Essa matéria já fora disciplinada na CLT (art. 543, § 3º) e na Lei nº 5.107/66, que instituiu o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (art. 25, caput). A norma constitucional em apreço harmoniza-se com o preceituado na Convenção n. 98 da OIT (de 1949), ratificada pelo Brasil, segundo o qual “os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego”, especialmente no que tange “a atos destinados a dispensar um trabalhador ou a prejudicá-lo, por qualquer modo, em virtude de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sindicais” (art. 1º, itens 1 e 2, *b*) (SUSSEKIND, 1994, p.204-205).

Como assinala Arnaldo Sussekind (1994):

O pressuposto fundamental é que a investidura do associado resulte de eleição para um dos órgãos de administração da entidade sindical. Pouco importa que o empregado seja eleito titular ou suplente da diretoria ou do Conselho Fiscal do sindicato e, bem assim, da diretoria, do conselho fiscal ou do conselho de representantes da federação do seu grupo ou da confederação do respectivo ramo profissional. Mas, se o empregado se inscreve como candidato após receber o aviso prévio da sua despedida, não poderá invocar a proteção do art. 543 da CLT, pois o contratado não pode, unilateralmente, anular o exercício de direito potestativo do empregador.

Ademais, como ensina o Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (1989, p. 87), o direito à estabilidade não alcança “aquelas hipóteses em que o empregado, atendidas as exigências legais, é contratado a prazo certo e o ajuste chega normalmente ao termo final”.

A estabilidade sindical diz respeito ao cargo efetivo do empregado, na empresa, assim sendo, o empregador não está obrigado a mantê-lo no cargo em

comissão em que eventualmente se ache investido, pois que este é de confiança patronal. E, como entende Arnaldo Sussekind (1997, p.695), essa garantia não se estende ao delegado sindical, porque ele não preenche o requisito constante do § 4º do art. 543 da CLT, nem ao representante do pessoal de que cogita o art. 11 da Constituição Federal, por não exercer mandato sindical. Ora, como explica o referido autor, aquele é o associado designado pela diretoria do sindicato para funcionar, na empresa ou estabelecimento onde trabalha como elo entre o órgão de classe e os respectivos empregados; e este chamado de “reserva sindical”, pelo art. 5º da Convenção n. 135 da OIT, de 1971 não tem atribuição da natureza das conferidas aos sindicatos representativos dos obreiros.

Observa Sussekind (1997, p. 695), ainda, que a estabilidade não alcance empregado, em determinada empresa, se ele for eleito dirigente sindical em outra categoria, seja de trabalhadores, de agentes autônomos ou de empregadores, posição essa já firmada na jurisprudência.

É condição legal para que se assegure a estabilidade do dirigente, ou representante sindical, a comunicação formal (por escrito) da candidatura à eleição, a ser feita pela entidade sindical à empresa, dentro de vinte e quatro horas, indicando o dia e a hora do registro, bem como a eleição e posse do empregado, fornecendo a este, outrossim, comprovante do mesmo teor (§ 5º do art. 543 da CLT). Sem essa formalidade, necessária para que o registro da candidatura garanta a estabilidade no emprego, o empregador não pode ser responsabilizado por não considerá-la. Nesse sentido, a iterativa jurisprudência do TST, como refere Amauri Mascaro (1997, p.527-528).

A Lei nº 5.764, de 16.12.71, referente à Política Nacional do Cooperativismo e às sociedades cooperativas, estendeu a estabilidade dos dirigentes sindicais (de que trata o art. 543 da CLT), aos empregados eleitos diretores de cooperativas por eles criadas (art. 55).

Além das mencionadas situações, consideram-se como de estabilidade provisória as seguintes: a dos empregados que ocupam cargo de representação da categoria perante o Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, quer como efetivos, quer como suplentes, a contar da respectiva nomeação (pelo Ministro do Trabalho) até um ano após o término do mandato, os quais somente poderão ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo judicial (equivocadamente mencionado na lei como processo sindical) (Lei nº 8.036/90,

art. 3º, § 9º); a dos representantes dos trabalhadores no Conselho Nacional da Previdência Social – em número de três, nomeados pelo Presidente da República após indicação pelas centrais sindicais e confederações nacionais -, titulares e suplentes, a partir da nomeação até um ano após o término do mandato, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave regularmente comprovada através de processo judicial (Lei nº 8.213/91, art. 3º, § 7º).

Conquanto essa lei não o diga expressamente, entende a doutrina (MARTINS, 1995, p. 152) que os representantes dos trabalhadores nos Conselhos Estaduais e Conselhos Municipais de Previdência Social desfrutam da estabilidade provisória no emprego nos mesmos moldes que os representantes da categoria junto ao CNPS. Esse raciocínio funda-se no *caput* do artigo 7º, que, no tocante à organização dos Conselhos Estaduais e Municipais, manda que sejam observados, “no que couber, os critérios estabelecidos nesta Lei para o CNPS, adaptando-os para a esfera estadual ou municipal”.

3.3.2 Estabilidade relativa à condição vulnerável da gestante e do acidentado do trabalho

Quanto à empregada gestante, a Constituição assegura uma licença de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário (artigo 7º, XVIII), podendo, segundo o artigo 10, *caput*, do ADCT, quando for promulgada a lei complementar prevista no artigo 7º, inciso I, ser criado algum tipo de estabilidade como proteção específica. No que concerne à alínea *b* do inciso II do artigo 10 do ADCT, trata-se de estabilidade provisória, em razão da maternidade, que comporta período maior do que o da licença em tela, pois vai desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Aliás, essa garantia estava consignada na Convenção de n. 103, de 1952, da OIT, ratificada pelo Brasil e que, por conseguinte, é lei em nosso país.

O TST firmou jurisprudência, estratificada na Súmula cujo Enunciado tem o nº 244, segundo a qual “a garantia de emprego à gestante não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos”.

Na opinião de Arnaldo Sussekind (1997, p.697-698), esse enunciado, que se discrepava com a norma internacional mencionada:

(...) está irremediavelmente revogado pela disposição constitucional transitória: a despedida sem justa causa da empregada amparada pela estabilidade provisória é nula de pleno direito, se praticada no curso do período de licenciamento compulsório. A nulidade da despedida, como se sabe, gera o direito à reintegração. Destarte, somente depois de terminar a interrupção obrigatória do contrato de trabalho é que ele poderá ser denunciado pelo empregador, observadas as condições contratuais e legais então vigentes” (...) “Não basta, (...), determinar o pagamento dos salários e demais vantagens concernentes ao período de licenciamento compulsório, como anuncia o Enunciado n. 244 do TST. (...) Ainda que resulte de acordo com a empregada, a rescisão contratual será nula.

Ora, trata-se, como é óbvio, de norma de ordem pública, que visa à proteção da maternidade, pelo que o direito à garantia que ela estabelece é irrenunciável.

Ainda sobre esse tema, a jurisprudência do TST pronunciou-se:

O fato de o empregador não estar ciente, no momento da dispensa, do estado gravídico da empregada, não afasta a incidência da norma constitucional (art. 7º, XVIII, da CF/88), cujos efeitos não podem ser frustrados a partir de interpretação ampliativa que se confira ao disposto no art. 10, II, alínea *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Por outro lado, essa estabilidade condicionada não se aplica a empregada gestante admitida mediante contrato de experiência, nem a outro tipo de contrato a prazo, o que implicaria, por vezes, prorrogação automática do pacto com prazo inferior ao daquela.

Na hipótese de haver convenção coletiva de trabalho celebrada pela categoria profissional da empregada gestante, estipulando estabilidade em condição mais favorável como, por exemplo, a que se computasse desde a concepção e, não, da confirmação da gravidez, ela prevalecerá sobre a da Constituição, em face do princípio de Direito do Trabalho segundo o qual tem preferência a norma mais favorável ao empregado, independentemente de sua posição na hierarquia no ordenamento jurídico.

Outra hipótese de estabilidade provisória é a prevista na Lei n.º 8.213, de 24.7.1991, que trata dos planos de benefícios da Previdência Social. Em seu artigo 118, ela concede ao segurado que sofreu acidente do trabalho, pelo prazo mínimo de doze meses após a cessação do auxílio-doença em virtude de acidente, e a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, independentemente da percepção de auxílio-acidente. O conceito de acidente do trabalho compreende, entre outras hipóteses, a doença

profissional e o acidente ocorrido no percurso para o local do trabalho (*in itinere*). A propósito, cabem as seguintes observações: a) a concessão do auxílio-doença, pela instituição de Previdência (o INSS), é condição para que o empregado faça jus a esse benefício; b) é dispensável, para isso, que ele perceba o auxílio-acidente, o qual só é devido quando se verificar “redução da capacidade laborativa” (art. 86 da referida lei); c) o período da estabilidade de doze meses começa a contar-se do término do auxílio-doença; d) esta subsiste com a licença remunerada correspondente ao auxílio-acidente, vale dizer, um direito não exclui o outro; e) a estabilidade cessa, antes de completar-se aquele prazo, com a extinção do contrato de trabalho, seja pela concessão de aposentadoria definitiva, seja pelo término do prazo do contrato (sendo este a termo), ainda que de experiência.

3.3.3 Estabilidade decorrente de vontade das partes

A autonomia privada coletiva, que se manifesta, no âmbito trabalhista, pela atuação das entidades sindicais, é fonte do Direito Laboral, eis que produz normas que se aplicam às relações individuais de trabalho, normalmente, acrescentando direitos, ou criando vantagens, não assegurados na legislação, a qual contém as garantias mínimas, inderrogáveis, estabelecidas para os obreiros. Destarte, em convenções ou acordos coletivos de trabalho são instituídas formas diversas de estabilidade no emprego, tais como a estipulada por determinado tempo para os empregados de uma empresa, a estabilidade pré-aposentadoria, a do menor em idade de prestação do serviço militar.

As sentenças normativas, proferidas nos dissídios coletivos, também são fontes de direito do trabalho, heterônimas, aptas a criar esse tipo de garantia, decorrente do poder normativo da Justiça do Trabalho este, prestes a desaparecer do nosso ordenamento jurídico, por incompatível com um sistema de organização sindical tal como preconizado na Convenção de n. 87 da OIT, que nosso país pretende implantar.

A autonomia privada coletiva se expressa, de forma significativa, pela negociação coletiva de trabalho, que traduz importante função sindical. Se proveitosa, esta resulta num dos seguintes instrumentos: acordo e convenção coletiva de trabalho. Tanto o acordo quanto a convenção contêm normas que se destinam a regular as relações de trabalho.

O acordo e convenção coletiva de trabalho convergem quanto ao objeto, que é basicamente o mesmo (salário, jornada de trabalho, estabilidade etc.), bem assim quanto à sua finalidade, qual seja estabelecer regras para as relações laborais. A distinção entre esses instrumentos consiste na extensão de seus efeitos e na qualidade dos sujeitos pactuantes.

No acordo, da parte dos trabalhadores participa, necessariamente, a entidade sindical respectiva. Do outro lado, o empregador participa diretamente, sem a necessidade de fazer-se representar pela correspondente entidade sindical. No tocante aos efeitos, a convenção coletiva é mais abrangente que o acordo, porquanto envolve todos os obreiros e empregadores das categorias econômica e profissional representadas pelos órgãos sindicais acordantes, ao passo que o acordo compreende uma empresa, ou grupo de empresas de determinado setor da atividade produtiva e trata de questões pontuais pertinentes às relações trabalhistas no mencionado setor.

Esses conceitos são expressos nos dispositivos legais que tratam da matéria. Sobre o acordo, diz o art. 611, § 1º, da CLT:

É facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho.

A convenção coletiva de trabalho é definida pelo art. 611, *caput*, da CLT, como:

O acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

A convenção coletiva é, segundo Orlando Gomes (1995, p. 11), “uma prévia regulamentação convencional das condições de trabalho”, cujo fim é estabelecer os limites dentro dos quais devem ser ajustados os contratos individuais de trabalho. Isso significa que os trabalhadores e os patrões não podem infringir as regras estipuladas na convenção coletiva, o que implica restrição na liberdade de contratar individualmente. Essa normatividade traduz sua característica fundamental, distinguindo-a de outras figuras jurídicas semelhantes.

As convenções coletivas, na área trabalhista, estipulam condições de trabalho, o que traduz seu caráter normativo. É uma forma de regulamentação da categoria pelos próprios interessados, independentemente do Estado, compatível com a autonomia coletiva própria de regime político democrático e pluralista que é o hodiernamente vigente em nosso país, no qual é vedado ao Poder Público interferir e intervir na organização sindical.

Para a normatização das relações de trabalho, em especial as de natureza coletiva, a convenção coletiva apresenta-se mais adequada, visto que, como expressão da autonomia privada coletiva, tem-se revelado eficiente para o regramento das relações jurídicas de caráter negocial no mundo moderno, como fonte autônoma de direito que atende aos interesses das coletividades inseridas no setor econômico e, por extensão, ao interesse geral da sociedade. Assume, por isso, cada dia maior importância. Daí, sua expansão a diversas áreas de atividade, como, recentemente, a das relações de consumo.

4. A CONVENÇÃO 158 DA OIT E A PROTEÇÃO AO EMPREGO

Este capítulo estuda a Ratificação e a Denúncia do Brasil no que toca à Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, bem como o empenho da referida Organização no que tange à luta contra o aumento do desemprego num plano internacional, contando sempre com o apoio dos Estados Membros. A OIT por meio de suas Convenções e Recomendações zela em nível mundial por uma melhor efetivação dos direitos humanos vinculados diretamente a luta dos direitos e garantias fundamentais da classe trabalhadora. Sendo que os referidos direitos laborais, somente serão possíveis de serem alcançados se forem efetivados os princípios fundamentais que dificultem a extinção do vínculo empregatício, para tanto foi criada a Convenção 158 da OIT destinada a obstar a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregador contra seu empregado.

4.1 A OIT E SEU PAPEL UNIVERSALIZADOR DE NORMAS LABORAIS

A OIT surgiu em circunstâncias históricas e sociais que clamavam pela justiça nas relações entre o capital e o trabalho, nas quais os trabalhadores eram submetidos a condições desumanas e já havia a consciência da necessidade de afastá-las, propiciando àqueles uma vida digna. Teve, como precursores, pessoas idealistas – algumas denominadas socialistas utópicos que, sensibilizadas com esse estado, empenharam seus talentos e seu prestígio político-social pela consecução desse objetivo. Essa fase compreende a primeira metade do século XIX. Segundo Paul Singer (2003, p. 244) dentre essas pessoas destacam-se Robert Owen, Charles Hindley, Daniel Le Grand, J. A. Blanqui, Louis-René Villermé, Édouard Ducpétiaux.

Quanto ao histórico do seu surgimento, para aquela preparação ideológica, sucederam-se movimentos organizados por grupos privados, bem como a participação de assembleias legislativas, que suscitariam as primeiras iniciativas oficiais. Isso, na segunda metade do século XIX.

Em julho de 1900, foi criada a Associação Internacional para a Proteção Legal dos Trabalhadores e uma Repartição Internacional do Trabalho, como secretaria permanente. A Associação prefigurava, numa certa medida, malgrado seu caráter privado, o que viria a ser a OIT com sua estrutura orgânica.

Ao fim da I Guerra Mundial, na Conferência de Paz, no palácio de Versalhes, foi aprovado projeto elaborado por uma Comissão de Direito Internacional do Trabalho, que consagrava os direitos fundamentais dos trabalhadores e passou a constituir a Parte XIII do Tratado de Versalhes. Criava-se, nesse Tratado, em 11.4.1919, a Organização Internacional do Trabalho, com a seguinte estrutura orgânica: Conferência Internacional do Trabalho (Assembléia Geral), Conselho de Administração (direção colegiada) e a Repartição (ou Bureau) Internacional do Trabalho (secretaria geral). A Conferência e o Conselho seriam integrados por representantes governamentais, dos empregadores e dos trabalhadores – composição tripartite, que confere prestígio à Organização, pelo equilíbrio de interesses de que se revestem as decisões normativas de seus órgãos.

A Suíça foi escolhida, pelo Tratado de Versalhes, para sede da OIT, que veio a localizar-se em Genebra.

Como aduz Sussekind (2000, p.106), desde sua criação, em 1919, a OIT vem realizando um trabalho valioso e de grande alcance, mediante sua atividade normativa que compreende as relações de trabalho em seus diversos aspectos, no plano universal, materializada em convenções e recomendações, desse modo contribuindo consideravelmente para o aperfeiçoamento da regulamentação das relações trabalhistas, que representa avanço na conquista da melhoria das condições de vida dos trabalhadores. Cumpre, destarte, sua missão, que se consubstancia na persecução da justiça social (que para ela tem o sentido de um emblema).

Segundo José B. Acosta Estéves (1997, p.19), “La obra realizada por la OIT desde sus inicios – 1919 – ha permitido el nacimiento y desarrollo del Derecho internacional del trabajo, así como el progreso universal de la legislación laboral y social”.

A OIT integra o sistema das Nações Unidas, criado em 1945 em substituição à Sociedade das Nações. É um dos organismos especializados da ONU, tal como a UNESCO, a OMC, a FAO, o Banco Mundial, a OMS, etc.

Sua natureza jurídica é definida por Arnaldo Sussekind (2000, p.122), qualificando-a como:

Pessoa jurídica de direito público internacional, de caráter permanente, constituída de Estados, que assumem, soberanamente, a obrigação de observar as normas constitucionais da entidade e das convenções que ratificam, integrando o sistema das Nações Unidas como uma das suas agências especializadas.

Tem ela características próprias, que a distinguem de qualquer outro organismo internacional - como expressou José Maria Ruda, presidente da Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT, no prefácio da obra *La Organizacion Internacional del Trabajo* (Geraldo W. Von Potobsky, 1990, p. IX), quais sejam:

a) o tripartismo da representação dos Estados-membros, em quase todos os seus órgãos, composta de empregadores, trabalhadores e governos, que contrasta com a representação unilateral dos Estados nos demais organismos;

b) o método de elaboração das normas internacionais do trabalho, que difere dos sistemas de adoção de qualquer outro tipo de convenções internacionais multilaterais e, por extensão, bilaterais;

c) o método de controle das normas adotadas em seu bojo, que implica os Estados aceitarem obrigação estrita de comprovação externa do grau de cumprimento delas. “Na época da adoção da Constituição da OIT aduz Jose Maria Ruda o sistema de controle estabelecido constituiu uma revolução imaginativa no campo jurídico internacional, e continua sendo” Geraldo W. Von POTOBSKY, (1990, p. IX).

Em fim, o papel da Organização Internacional do Trabalho é atuar em direção a equidade internacional, priorizando o emprego, ampliando direitos e promovendo a dignidade laboral.

4.1.1 A normatização: Convenções e Recomendações

Reitere-se que tanto as Convenções quanto as Recomendações da OIT, impuseram-se paulatinamente como força normativa a serem aderidas nas principais constituições dos Estados. Tal constatação deve-se a uma série de acontecimentos

posteriores à despersonalização do indivíduo, subordinado pelo poder econômico empresarial, controlador dos modos de produção, bem como da dinâmica capitalista mundial. Como fruto desses acontecimentos, inclina-se o forte movimento de internacionalização de cunho humanístico inspirado na dignidade da pessoa humana, como resposta às atrocidades geradas ao longo do processo de lutas da classe trabalhadora como um todo. O efeito disso é a resposta da OIT, a atual conjuntura econômica globalizada nos moldes da exploração do homem, pelo homem, na busca desenfreada pelo acúmulo de riquezas.

Nesse processo, acontece a constitucionalização internacional dos instrumentos normativos da OIT inseridos em vários países seguidores do mesmo objetivo social, florescendo, assim, no Brasil, bem como, no mundo todo, o conteúdo elaborado por meio das decisões tomadas na referida Organização, no propósito de objetivar a concretude de garantias dos direitos fundamentais do trabalhador, ainda que estes sejam mínimos. Destaque-se que o mínimo, na maioria das vezes, nunca foi o ideal a ser perseguido pelos indivíduos dentre suas necessidades e possibilidades sociais. Segue-se insistindo que a plenitude da dignidade dos trabalhadores só será possível, quando o referido ideal for realmente alcançado por todos os assalariados, que ainda acreditam na dignificação da sua força de trabalho.

Destarte, é o trabalho, como instrumento de promoção da dignidade, o meio referencial de elevar o trabalhador ao nível justo de dignidade, desde que esse, logicamente seja realizado de acordo com os ditames da OIT, por ser esta, reconhecida como entidade máxima perseguidora da proteção à integridade física, jurídica, moral, econômica e social da categoria em baila. Sendo esta última (categoria dos trabalhadores) por meio da OIT gerenciada por documentos legítimos, dentre estes as Convenções e Recomendações.

Reitere-se que esses dois instrumentos possuem dimensão imensurável na efetivação e manutenção dos direitos sociais, dentre estes, a proteção do emprego como instrumento de promoção da dignidade do trabalhador. A ausência da OIT, na vida dos trabalhadores, seria como pensar num filho que já vem ao mundo órfão de pai e mãe, o que, por si só, já compromete consideravelmente todo o destino e desenvolvimento social do indivíduo.

Partindo-se dessa premissa, desenvolvem-se, sequencialmente, as características conceituais de cada um desses documentos.

Segundo Sussekind (2000, p. 182):

As Convenções constituem tratados multilaterais, abertos à ratificação dos estados-membros, que, uma vez ratificadas, integram a respectiva legislação nacional. Já, as recomendações se destinam a sugerir normas que podem ser adotadas por qualquer das fontes diretas ou autônomas do direito do trabalho, embora visem basicamente, ao legislador de cada um dos países vinculados à OIT. Em relação aos dois instrumentos há, contudo, uma obrigação comum: devem ser submetidas à autoridade nacional competente para aprovar a ratificação da convenção ou para adotar as normas constantes da recomendação.

As convenções, uma vez ratificadas, constituem fonte formal do direito internacional do trabalho, desde que não sejam meramente programáticas ou promocionais. Somente elas são sujeitas à ratificação; têm a natureza de tratados internacionais multilaterais. Criam obrigações para os Estados.

As convenções são normas que tendem a incorporar-se aos sistemas jurídicos internos dos Estados, regulando relações jurídicas e, conseqüentemente, gerando direitos e obrigações para as pessoas nelas envolvidas. Como tratados multilaterais, ou universais, não se restringem aos Estados convenientes, ou pactuantes, mas são abertas à adesão pelos outros membros da Organização. segundo a doutrina mais comum, a exemplo de Arnaldo Sussekind (2000, p. 190-191).

As convenções classificam-se em:

- 1) auto-aplicáveis: independem de regulamentação para serem aplicadas;
- 2) de princípios: dependem de adoção de leis ou outros atos regulamentares, ou recomendações complementares, para serem aplicadas;
- 3) promocionais: fixam determinados objetivos e estabelecem programas para sua execução.

Sua natureza jurídica é normativa, porquanto elas consubstanciam normas genéricas e impessoais que visam a regular situação jurídica. São tratados-lei, que assumem as concepções de: a) ato-regra, no tocante à sua criação; b) ato-condição, posto que sua efetividade e aplicabilidade nos Estados-Membros dependem, além da aprovação no seio da Organização (Conferência Internacional do Trabalho), de sua adoção por parte deles, pela ratificação, uma vez consultada a autoridade competente para deliberar sobre a matéria, no plano interno – que, via de regra, é o Parlamento - e obtido seu consentimento.

Para que as convenções, como tratados internacionais, passem a integrar o ordenamento jurídico nacional e se torne exigível seu cumprimento, requer-se – como já

assinhalado - sua ratificação pelo Estado. A maneira da integração varia em conformidade com o sistema adotado pelo Estado – monismo ou dualismo jurídico.

Para os países de sistema monista, as convenções ratificadas, uma vez iniciada sua vigência no âmbito interno, passam a integrar o ordenamento jurídico nacional, em seus precisos termos, revogando automaticamente as normas infraconstitucionais que com elas sejam incompatíveis. Desse grupo, faz parte a grande maioria dos Estados, dentre eles, o Brasil. Em relação aos que perfilham o dualismo jurídico, a inserção da norma internacional no direito interno faz-se mediante a promulgação pelo Estado de ato normativo (v.g., lei) que incorpore o teor da convenção, sem recepcionar literalmente seu texto. São poucas as nações que se enquadram nesse grupo (exemplos: Argentina, Reino Unido, Austrália, Canadá).

As recomendações constituem fonte material de direito, nesse âmbito, tal como as convenções não ratificadas. Para sua integração no direito nacional, as recomendações independem de satisfação, bastando sua transformação em normas internas, pois, tais como as declarações e resoluções, são fontes materiais de direito.

Com efeito, valem as recomendações como propostas a serem submetidas aos Estados-membros, podendo ou não ser por eles aproveitadas e, assim, transformadas oportunamente em normas jurídicas na esfera de sua jurisdição, sejam estas de caráter estatal, sejam de natureza negocial (convenções ou acordos coletivos de trabalho). Geralmente, resultam de propostas de convenções frustradas, posto que consubstanciam regras avançadas para a maioria dos Estados-membros. Têm sido utilizadas para complementar e/ou regulamentar convenções que versem sobre princípios e regras gerais, possibilitando sua aplicação a maior número de países.

No que toca à ordem jurídica nacional, todo o processo de integração das Convenções e das Recomendações não acontecem de forma instantânea. Para que o Brasil ou qualquer outro Estado aceite em seu ordenamento jurídico os referidos documentos, é necessário que estes últimos passem pelo crivo de um procedimento legal. No ordenamento jurídico brasileiro, sua inserção se dá mais especificamente por meio da publicação de um decreto.

De acordo com o que reza o art. 19 da Constituição da OIT, os países têm por obrigação num prazo de 12 meses, (podendo ser prolatado por mais cento e oitenta dias em situações especiais) submeter tanto a Convenção quanto a Recomendação à autoridade competente, sendo que esta última deverá submetê-las à análise de aprovação ou não do texto.

A representação internacional do Brasil é realizada pelo Governo Federal, como manda o art. 21 da Carta Magna de 1988. A união possui a prerrogativa de criar leis jus trabalhistas (art. 22, I da CF). É importante ressaltar que de acordo com o disposto no art. 49, I da CF, cabe ao Congresso Nacional apreciar as Convenções e recomendações, após a aprovação da Casa Legislativa, e os referidos documentos deverão ser remetidos ao chefe do Poder Executivo (Presidente da República).

De acordo com os ensinamentos de Maristela Basso (1996, p. 36):

Por força do art. 1º da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, não apenas as Convenções, mas também as recomendações aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho (órgão da OIT), são transmitidas aos Estados-membros, a fim de que examinem a possibilidade de ratificar as primeiras e de adotar, mediante legislação ou outra forma, as medidas preconizadas nas segundas. Para tanto, cumpre aos chefes dos respectivos governos submeter o instrumento internacional à autoridade ou autoridades competentes para conhecer a matéria.

Nessa linha, não se pode olvidar que todo e qualquer documento proposto pela OIT em benefício dos trabalhadores, que, por ventura, venha estabelecer dúvidas sobre as normas à atuação dos Estados, isso, no caso de um confronto de lei interna e os referidos instrumentos, valerá aquela que melhor atender aos interesses dos trabalhadores. Isso é o que reza o princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, um dos princípios que dão sustentação ao direito do trabalho, mesmo no âmbito interno

Em outras palavras, se a lei interior for mais satisfatória do ponto de vista dos objetivos a serem alcançados pelos direitos sociais, do que os referidos documentos citados acima, não restarão dúvidas de que permanecerá valendo aquela que mais vantajosa se propor a beneficiar a classe trabalhadora. Este é o entendimento da OIT nestes casos.

É o que confirma Sussekind (2000, p. 271):

Art. 405 § 11 (Tratado de Versailles) Em nenhum caso poderá considerar-se que a adoção de uma Convenção ou de uma Recomendação pela Conferência, ou a ratificação de uma Convenção por qualquer dos membros, afetará qualquer lei, sentença, costume ou acordo que garanta aos trabalhadores condições mais favoráveis do que as que figuram na Convenção ou na Recomendação.

Como abordado anteriormente, uma vez que o Brasil adota a Convenção oriunda da OIT, obrigatoriamente, deverá a mesma ser submetida pelo Congresso

Nacional, sendo que este último decidirá sobre o destino desse importante documento. Em seguida, o Legislativo remete o mesmo documento ao Presidente da República, para que este a sancione. Em casos excepcionais, no momento em que a Recomendação regular sobre matéria de responsabilidade e incumbência dos decretos executivos, ou de cunho, regulamentares, caberá, apenas, ao chefe do executivo (Presidente da República), adotar as medidas que o mesmo acreditar serem cabíveis. (art. 84, IV, da CF).

Depois de cumpridas as formalidades adotadas pela legislação Pátria, e o referido documento ter sido aprovado pelo Congresso Nacional, o governo brasileiro deverá ratificá-la. Essa solenidade ocorre por meio do depósito do instrumento de ratificação, junto à Repartição Internacional do trabalho, mais conhecida como (RIT). Após esse procedimento obrigatório, será publicado o Decreto de promulgação, expedido pelo Poder Executivo em seu Diário Oficial, para que todos os indivíduos tenham acesso à referida publicação.

O art. 102 da Carta das Nações Unidas, (retificado) aliada da OIT, na luta contra a ausência de emprego e todas as formas de precarização do trabalho exige que, após o depósito do instrumento de ratificação na OIT, esta última deverá ratificar a Convenção junto à ONU. Existe o período de *vacatio legis*, sendo este de doze meses após a sua ratificação. Estima-se que este seja o tempo necessário para que, o referido documento, chegue ao conhecimento da sociedade integrante dos Estados. Nessa esteira, a RIT também deverá ser comunicada sobre as novas medidas oriundas da Convenção que serão adotadas pelo Estado ratificante.

Quanto aos efeitos da ratificação, sendo o Brasil seguidor da teoria monista, a convenção uma vez ratificada, automaticamente, passa a integrar o ordenamento jurídico em tela, destarte revogando legislação anterior que seja incompatível com o teor de cada convenção. O entendimento da OIT é que as convenções, assumidas por seus respectivos estados, devem imediatamente ser cumpridas e aplicadas minuciosamente, sob pena de responsabilização internacional do país inexecutor da convenção em apreço, salvo normas, quando internas, se derem mais favoráveis aos assalariados que os preceitos da convenção.

Mesmo implicando uma série de óbices num ângulo jurídico, é possível, juridicamente falando, que se denuncie uma convenção, contudo, a OIT declara que a referida previsão só será passível de realização, após contados dez anos da entrada em

vigor da mesma, no interior da ordem jurídica nacional. Nesses casos, deve-se comunicar ao Diretor-Geral da RIT.

Atualmente, a OIT possui 183 (Cento e oitenta e três) Convenções aprovadas, sendo que o Brasil ratificou 92 (noventa e duas) destas e já tendo denunciado 13 (treze), geralmente pela adoção de Convenção posterior mais moderna. Dessas Convenções da OIT, 08 (oito) são consideradas fundamentais: 29 (Trabalho forçado); 87 (Liberdade sindical e proteção do direito de sindicalização); 98 (Direito de sindicalização e de negociação coletiva); 100 (Igualdade de remuneração); 105 (Abolição do trabalho forçado); 111 (Discriminação - emprego e ocupação); 138 (Idade Mínima) e 182 (Piores Formas de Trabalho Infantil). Dessas, o Brasil ainda não ratificou apenas a de nº 87. Entre as Convenções Prioritárias, ao Brasil falta ratificar a Convenção 129, que trata da Inspeção do trabalho na Agricultura. Vale dizer, que as Convenções fundamentais referidas alhures, vinculam-se à Declaração de 1998 da OIT sobre direitos e garantias fundamentais no trabalho, neste sentido, trata-se de documento que dá suporte a diversos pleitos dos Estados membros, de organizações que buscam a concretização dos direitos humanos, assim como oferece suporte a denúncias oriundas de outros Estados e de organizações internas (inclusive sindicatos).

4.1.2 As declarações e sua atribuição

As declarações, no plano internacional, constituem instrumentos por meio dos quais os organismos de cunho universal emitem princípios e diretrizes gerais que valem como baliza a serem observadas pelos Estados em suas relações.

Reitere-se que no capítulo I, segundo o filósofo Norberto Bobbio, a efetivação das atribuições referentes às Declarações que consagram os direitos do homem, incorporadas nos Estados por meio da positivação dos direitos fundamentais em suas respectivas constituições, depende de um certo grau de entendimento da sociedade. Permite que se arrisque a firmar entendimento de que a construção histórica dos direitos do homem deve-se, mormente, aos conflitos que cercam às relações comerciais entre os povos (*jus gentium*). Segundo Cançado Trindade (2006, p. 6, IV), a justiça, que concebeu o ser humano como um ser social racional e dotado de dignidade intrínseca, deve-se a representação emblemática (justiça) inerente à sobrevivência humana.

Nesse cenário, em determinado momento de transformação dos valores da sociedade nos Estados, o indivíduo não mais se permitiria resolver seus conflitos de interesses com o auxílio da violência. Segundo Trindade, o *jus gentium*, denominado pelo autor como sendo clássico do Direito Romano, ao transcender, com o passar do tempo, suas origens de direito privado, transformou-se por completo, ao associar-se com o direito das gentes emergente. Passando, assim, os séculos XVI e XVII a figurar como o esforço da humanidade, em buscar soluções que assegurem a satisfação de suas necessidades e aspirações. Nesse contexto, deu-se o sentimento ou noção de humanidade, construídos por nomes como Cícero, São tomás de Aquino, Platão, Aristóteles e tantos outros que contribuíram ,sobremaneira, ao fortalecimento humanístico unificado de todas as Nações.

Partindo desse pressuposto, a doutrina é praticamente unânime ao entendimento de que os direitos de primeira geração permanecem estabelecidos pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1791 (Revolução francesa) marcando, assim, os primeiros Direitos Cíveis e políticos. Do ponto de vista laboral, esse fato histórico foi importantíssimo, proporcionando destarte aos trabalhadores uma menor intervenção do Estado, concedendo, dessa forma, que empregadores e empregados pactuassem livremente as condições de serviço.

Outro momento decisivo e mais significativo para os trabalhadores foi a conquista dos direitos de segunda geração, referentes aos direitos sociais, econômicos e culturais. Estes últimos se deram na fase do chamado Estado de Bem-Estar Social dos indivíduos, corolário do período pós-guerra (Anos Dourados). É o momento de afirmação da Declaração dos Direitos do Homem (1948) e sua coadunação entre os Direitos Sociais e os Direitos Humanos. Mais uma vez e, dessa vez com força total, os trabalhadores edificam seus direitos, conquistando, no século XX, o início da constitucionalização dos referidos direitos, lançados de forma muito evoluída pelas constituições do México (1917) e Weimar (1919).

Inexoravelmente, desse ponto em diante, houve um maior empenho em controlar os conflitos na busca pela manutenção do emprego vinculado à dignidade do trabalhador. Surge a OIT (Organização Internacional do Trabalho), e, com a ajuda dos trabalhadores, que, incansavelmente, organizavam-se mediante movimentos reivindicatórios, nasce, assim por meio dela, a Declaração de Filadélfia. Formulada na Conferência Internacional do Trabalho realizada em 1944, tendo como meta traçar os fins e objetivos da Organização, ampliando consideravelmente sua competência. Seu

texto veio, em 1946, a integrar sua Constituição, através de reforma da mesma. Tal foi sua repercussão positiva para a Organização, que conseguiu introduzir direitos sociais onde antes não se investia, tendo como aliados naturais, os trabalhadores. É tanto que Troclet – citado por Sussekind (2000, p.110) - a qualificou de “uma proclamação de filosofia social de importância considerável”. A referida Convenção é deveras importante na conquista da dignidade do trabalhador, representa esta, dentre outros, a expansão da tutela do emprego em condições dignas e suas expectativas geradas em torno da unificação dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Segundo Paul Singer (2003, p. 249):

A Declaração de Filadélfia é outra manifestação, talvez a primeira internacional, que eleva os direitos sociais ao nível dos demais direitos humanos, quando afirma que todos os seres humanos, gozam do direito de viver com segurança econômica e oportunidades iguais. A igualdade de oportunidades é uma velha consigna liberal, que condena privilégios de origem, raça e etc. Mas a segurança econômica é, em última análise, incompatível com a liberdade dos mercados de dividirem e redividirem constantemente a humanidade entre ganhadores e perdedores. Ao Proclamar a segurança econômica como um direito social de todos os seres humanos, a Declaração de Filadélfia proclama implicitamente que essa segurança, só pode provir do Estado, de um estado de bem-estar.... priorizando o pleno emprego e instaurando um sistema de seguridade social.

O período de bem-estar social foi consideravelmente longo, durou em média 30 anos e, sem dúvida, deve-se a este as maiores conquistas recepcionadas pelos trabalhadores no mundo todo. Ocorre que as relações de trabalho estão diretamente envolvidas na dinâmica do desenvolvimento econômico. Investido este último em seus interesses capitalistas, sempre, priorizou a acumulação do capital em detrimento das condições de trabalho dos assalariados. Nessa dinâmica, a segunda metade do século xx tornou-se protagonista do aviltamento dos trabalhadores e suas condições de trabalho.

Nessa senda, houve a expansão da globalização econômica dos mercados, vinculada ao avanço das novas tecnologias de produção. Tal fenômeno (globalização) permitiu a livre concorrência entre os Estados. É inegável que a referida expansão comercial trouxe inúmeros benefícios à sociedade, especialmente, no que toca à contribuição tecnológica e, destarte, propiciou uma melhor qualidade de vida aos indivíduos do planeta. Contudo, o fenômeno global, aliado a ideologias neoliberais, modificou a dinâmica da rotina dos trabalhadores, trazendo consigo a precarização das relações laborais como um todo. Vários são os fatores de desconstrução dos direitos

sociais e um deles com clareza é a política individualista neoliberal. Segundo Dinaura Godinho Pimentel (2005, p. 115):

O neoliberalismo é, antes de tudo, uma teoria globalizante, utilizada como paradigma econômico e político nessas últimas duas décadas, que se traduz como um conjunto de políticas e processos a permitirem a um número relativamente pequeno de interesses particulares controlar a maior parte possível da vida social do planeta com o objetivo de alcançar o máximo de benefícios individuais, sempre em prol dos mais ricos, a gerar com isso, um formidável crescimento da desigualdade econômica e social entre povos e nações.

Vale dizer que a política neoliberal dissemina o paradigma da necessidade de um estado mínimo que seja capaz de facilitar a contratação de pessoal e o gerenciamento dos modos de produção. O neoliberalismo afirma que a legislação, sustentada pelo direitos sociais do trabalhador, impede o desenvolvimento econômico dos estados. Sob forte alegação, baseia-se no conceito de que os benefícios sociais encarecem a mão-de-obra, diminuem o consumo e traduzem o desemprego. Ora, isso não é verdade, visto que, sem trabalho, não há que se cogitar o consumo. O único meio dos assalariados subsidiarem seus gastos e consumirem suas necessidades, ainda que básicas, é por meio da prestação de serviço remunerado. Sendo assim, os problemas enfrentados pelos trabalhadores e pela OIT tornam-se inexoráveis com a redução dos postos de trabalho causadas pela política de redução dos custos sociais e pela autosuficiência das máquinas. Afetando concomitantemente **a tutela do emprego e a promoção da dignidade do trabalhador.**

Como assinala Maria Áurea Baroni Cecato (2005, p. 62):

O estado de Bem-Estar Social passa a ser responsabilizado pelo acúmulo de problemas gerados pela intensificação da globalização e considerado como o grande vilão das dívidas públicas e das recessões econômicas. É ele, nessa ótica, que onera as empresas com custos sociais e contribui para o encarecimento do produto. Também nessa ótica, há que se reduzir o tamanho do estado que deve deixar espaço ao capital- assim como há que minimizar sua intervenção nas relações particulares, portanto também (e sobretudo) entre capital trabalho, de forma a que as partes contratantes possam manifestar suas vontades, as mais condizentes com suas condições de barganha. Dessa forma, evidentemente se está mais uma vez diante da sobrepujança do poder econômico.

Diante do que foi exposto anteriormente, revela-se que fatores oriundos da velocidade da globalização dos mercados e seus efeitos nefastos no universo laboral, interferem diretamente nos conflitos inerentes aos modos de produção em que

participam diretamente os trabalhadores. A finalidade precípua da OIT é assegurar a paz mundial duradoura, para que assim se possa alcançar a almejada justiça social. Atenta-se no sentido de os Estados estabelecerem condições de desenvolvimento ao ser humano em todos os aspectos. A referida Organização enfrenta, com coragem, a busca pela erradicação da dominação econômica (embora, na maioria dos casos, isso nem sempre seja possível), bem como a depreciação das condições de trabalho dos assalariados.

Pensando assim, a OIT, como universalizadora de normas laborais, lança em Genebra mais precisamente em Junho de 1988 a 86ª sessão concernente à Declaração sobre princípios e direitos fundamentais do trabalho e seu segmento. A Declaração, em tela, tem por meta reafirmar direitos fundamentais contemplados por convenções proferidas em datas anteriores à Declaração em estudo. No total, são oito Convenções que trataram objetivamente de questões indispensáveis à promoção da dignidade dos trabalhadores.

Segundo Núbia Zanotelli de Alvarenga (2009, p. 122):

A Declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho confirma a necessidade da OIT promover políticas sociais sólidas, estimular a formação profissional e promover políticas eficazes destinadas à criação de emprego e à participação justa do empregado nas riquezas para o pleno desenvolvimento das suas potencialidades humanas.

Dessa forma, a Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no trabalho de 1988, contempla somente os seguintes direitos:

- a) A liberdade de associação, a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação efetiva, (a primeira é prevista na convenção n. 98 de (1949), a segunda está prevista na Convenção n. 87 de (1948);
- b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório (está prevista na Convenção n. 29 de (1930) e Convenção n. 105 de (1957);
- c) a abolição efetiva do trabalho infantil, prevista na Convenção n. 138 de (1973) e n. 182 de (1999);
- d) A eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação, prevista nas Convenções n. 100 de (1951) e n. 111 de (1958)

Segundo Núbia Zanotelli de Alvarenga (2009, p. 122), “a Comunidade internacional, nessa declaração, reconhece e assume a obrigação de respeitar e aplicar as oito convenções que versam sobre os Direitos Humanos do trabalhador”.

Contudo, infelizmente, a OIT depende da aceitação voluntária dos Países signatários, sendo que alguns Estados, ainda, resistem à ratificação de algumas das mencionadas convenções acima. É o que ocorre com a Convenção n. 87 no tocante ao pluralismo sindical, em que o Brasil, até hoje, não ratificou a referida convenção em apreço

O Brasil ainda não ratificou a Convenção nº. 87 da OIT, porque ela contém diretrizes que contrastam com nossas Constituições Federais, desde que a referida convenção foi aprovada (1949) e entrou em vigor no plano internacional (1950). Ora, tanto a Constituição de 1946 (em vigor naquela época), quanto às subsequentes a de 1967, com a Emenda de 1969, e a atual (de 1988) consagram o princípio da unicidade sindical, segundo o qual não se admite mais de um sindicato para a mesma categoria profissional, na mesma base territorial. E impõem a contribuição sindical obrigatória (correspondente ao salário de um dia, por ano, descontada entre março e abril) para todos os trabalhadores, quer sejam sindicalizados ou, não. E a Convenção nº 87, em seu artigo 1, estabelece o direito de os interessados (trabalhadores e empregadores) criarem livremente, sem interferência alguma, quer de particulares, quer dos órgãos públicos, os sindicatos, bem como de os administrar.

Isso implica que eles podem, legitimamente, escolher os critérios para a criação e organização de sindicatos, quer adotando o critério da unicidade, quer o da pluralidade (que consiste na faculdade de os interessados criarem mais de um sindicato, para a mesma categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial). Observe-se que categoria profissional refere-se a trabalhadores, como, por exemplo, comerciários, bancários, professores, médicos, trabalhadores rurais, aeronautas; e categoria econômica, aos empregadores respectivos comerciantes, bancos, estabelecimentos de ensino, hospitais e casas de saúde, empregadores rurais, empresas aéreas. Ademais, coerente com o princípio da liberdade, essa convenção não admite contribuição obrigatória, como a adotada entre nós, que tem a natureza tributária (antes chamada imposto sindical).

Em suma, a Convenção nº. 87 não elege, ou impõe sistema de organização sindical; deixa ao critério dos trabalhadores e empregadores escolher a forma mais adequada que atenda às suas conveniências, para esse fim. E o ordenamento jurídico

brasileiro impõe, desde o início de nossa organização sindical, o sistema da unicidade - que não se confunde com unidade, eis que esta significa que os sindicatos, eventualmente, mesmo no sistema de pluralidade, podem unir-se para a defesa de pontos comuns, numa estratégia eficaz para enfrentar os empregadores, que constituem o poder econômico.

O Brasil é um dos poucos países democráticos e com grau de desenvolvimento razoável, que ainda não ratificou a Convenção nº. 87 da OIT. Essa omissão, segundo os juristas, caracteriza baixo grau de desenvolvimento da organização sindical, próprio do sistema corporativo, que presidia nossa organização sindical desde seus primórdios até, pelo menos, a promulgação da Constituição de 1988, que, em seu artigo 8º, estabeleceu normas de liberalização dos sindicatos, com exceção das que dispõem sobre a unicidade e a contribuição sindical obrigatória, pois liberdade de criação, organização e administração dos sindicatos confere a eles o caráter democrático, contribuindo para que sua atuação seja mais eficaz.

Nessa esteira, observe-se o entendimento de Rúbia Zanotelli de Alvarenga (2009, p. 123), expondo as idéias de (GERNIGON):

Desde a sua criação, o sindicato tem que garantir a sua liberdade para trabalhar sem ingerência dos organismos organamentais. Pertence a seus membros fundadores e, portanto, aos próprios sindicatos, decidir livremente como devem ser constituídos seus estatutos, inclusive sobre quais bases [...]. Aos sindicatos devem ter liberdade total sobre essa matéria, o que implica, evidentemente, que as autoridades públicas não devem impor uma determinada estrutura a essas organizações sindicais. [...] a liberdade sindical é uma idéia estritamente ligada aos direitos humanos e à democracia. Não é possível imaginar liberdade sindical sem o total respeito às liberdades civis.

Nesse cenário, ultimamente, o Governo brasileiro, no intuito de tornar nossa organização sindical eficiente e compatível com o nível de desenvolvimento econômico e social que ostenta, apresentou, no bojo do projeto de Reforma Sindical encaminhado ao Congresso, proposta de revogação do dispositivo que estabelece a unicidade sindical (inciso II do art. 8º) e do que mantém a contribuição sindical obrigatória (inciso IV do art. 8º). É uma tentativa, embora polêmica, de modernizar a organização sindical brasileira e torná-la mais eficiente, especialmente, para a defesa e conquista dos direitos trabalhistas, concorrendo, assim, para efetivar o princípio maior da dignidade da pessoa humana do trabalhador (art. 1º, III, da Lei Maior).

Faz-se mister salientar que as Declarações não se valem do poder necessário para a aplicação de sanção. Sendo que, na maioria das vezes, a ausência de poderes coercitivos comprometem a efetivação da referida Declaração.

Todavia, não há que se menosprezar a influência positiva e irrefutável que a OIT exerce sobre o ordenamento jurídico dos Estados.

Segundo Maria Aurea Baroni Cecato (2009, p. 68):

(...) o poder de sancionar que detém a OIT é normalmente frágil. Com efeito, falta à organização um mecanismo como o da ensaiada cláusula social. A declaração não deixa de ser, entretanto, um documento do reconhecimento de valores comuns em nível mundial, o que dá suporte aos pleitos mundiais de respeito aos direitos humanos do trabalhador. A possibilidade de ver publicadas as queixas e reclamações contra eles interpostas, gera constrangimento para os países, sobretudo em um momento da história em que os direitos humanos são mundialmente reconhecidos, conquanto ainda assídua e intensamente lesados.

É importante não esquecer de mencionar que a referida Declaração em estudo, absteu-se a dialogar sobre alguns aspectos, extremamente relevantes à tutela do emprego e à promoção da dignidade do trabalhador. Isso se deve à discrepância de alguns Estados em relação ao seu particular posicionamento sobre determinados assuntos. Maria Aurea Baroni Cecato (2009, p. 69) menciona a ausência de alguns direitos não contemplados na referida Declaração e questiona sobre os mesmos, como por exemplo, o direito à saúde, tanto física, quanto mental. E, como também, à necessidade da existência de remuneração digna.

Outra Declaração, merecedora de destaque, é a Declaração da OIT de 2008. Esta clama em busca da Justiça Social para uma Globalização Equitativa. Tal Declaração se deve, sem sombra de dúvidas, ao corolário quadro de insegurança jurídica laboral, presenciada hodiernamente no mundo todo, especialmente nos países em desenvolvimento, dentre estes o Brasil. Ocorre que, no ano de 2008, a OIT, como sempre empenhada em superar os problemas que atingem diretamente a classe trabalhadora, propõe um amplo sistema de debates visando a melhorias e soluções às adversidades laborais de que carecem cada um de seus membros.

Nesse segmento, a OIT usando de todos os meios de que dispõe, inclusive normativo, inclina-se a realizar com urgência programas e políticas públicas a fim de realizar, a longo prazo, o problema do desemprego, sendo este último, extremamente, agravado com a crise econômica que devastou o mercado financeiro nos últimos anos. Para tanto, a OIT conta com a colaboração dos seus membros e parceiros que, de certa

forma, preocupam-se com o sucesso da referida Organização. O sucesso da Declaração dependerá sempre da prática de atuação com que os programas e ações serão desempenhados ao longo dos anos, bem como da indissociabilidade dos valores universais para o que se entende por trabalho digno.

A referida crise fez surgir o sentimento de solidariedade entre os povos, isso na maioria dos Estados-membros. Parece que depois de 1919, data da Constituição da OIT, a muitos parece ser este o momento ímpar na trajetória histórica da OIT na luta pela proteção do emprego e sua coadunação com a dignidade do trabalhador em tempos de globalização. A autoafirmação da OIT é no sentido de promover os direitos humanos, dentre estes, o direito dos indivíduos em consonância ao desenvolvimento de atividades laborais universais dignas e qualitativas.

Às luzes da Declaração, foi acesa novamente a manutenção do emprego, uma melhor proteção social, direitos no trabalho e, por fim, o diálogo social.

A Organização Internacional do Trabalho precisaria, assim, manifestar-se quanto a sua visão da situação crítica em que se encontravam os trabalhadores, bem como avaliar o seu próprio desempenho nas circunstâncias dos fatos naquele momento. Tal momento leva-se a crer que a dinâmica da vida e sua relação com os seres humanos reforça a ideia que nada é estático, portanto, tudo se transforma o tempo todo. O que se quer dizer com isso é que nenhuma Organização, Nação ou Constituição é tão coesa, a ponto de no futuro não carecer de modificação em sua estrutura. A proteção ao trabalho, bem como seu substrato à dignidade merece uma globalização justa, equânime, onde seja possível traçar um paralelo de desenvolvimento concomitante exato e uniforme entre ambas. A globalização é um fato histórico e sua evolução inexorável, devendo-se acreditar ser possível vislumbrar-se uma sociedade globalizada, mas ao mesmo tempo orientada a assegurar a mundialização da dignidade humana, ainda que esta fuja do seu grau mais elevado, sendo exercida em condições mínimas de dignidade. Com a proposta de 2008 estreia uma nova fase na vida dos trabalhadores onde medidas emergenciais necessitam ser tomadas para que crises futuras como estas, que, por ventura, possam ressurgir das trevas, não sejam capazes de arruinar as estruturas sociais mais sólidas de amparo ao emprego, gerando um fosso de miséria e desesperança na vida daqueles que necessitam do labor para sobreviver com dignidade.

4.2 A CONVENÇÃO 158 SOBRE ESTABILIDADE NO EMPREGO

A maior parte dos indivíduos procura por uma ocupação remunerada sempre, sendo a prestação de serviço alçada como primeira opção a ser conquistada. Já se sabe e por razões óbvias, que o labor representa para todos (retificado) – **acho que é para todos mesmo** - a manutenção da subsistência indispensável às especificidades que exige a vida humana. Destarte, por esses e outros questionamentos explorados nessa pesquisa, entende-se que o emprego é a modalidade formal de trabalho mais disputada entre os assalariados como um todo. Isso porque o emprego disponibiliza a estabilidade laboral, ainda que esta última ocorra de forma transitória.

Nesse viés, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) celebrou a Convenção 158, sendo esta última gestacionada numa fase histórica em que a legislação trabalhista sofre sérias investidas baseada nos interesses do comércio capitalista de produção. Sendo que boa parte desses objetivos no propósito de desregulamentar e flexibilizar o Direito do Trabalho praticamente no mundo todo. Sendo, a garantia do emprego, bem necessário e direito essencialmente fundamental à vida em sociedade. A referida Convenção pretende conscientizar os Estados Membros que a primeira medida a estabilizar a manutenção dos postos de trabalho será a Ratificação da Convenção 158 em todos os Estados.

Sendo assim, o documento em apreço (Convenção 158) sustenta a proibição da dispensa arbitrária ou sem justa causa investida pelo empresário em detrimento de seu subordinado. Além disso, o referido documento em tela alça não só a proteção obreira contra a dispensa injustificada, como também, fortalece pretéritos entendimentos celebrados por meio de Convenções, Declarações e Recomendações defendidas e celebradas entre os Estados num passado não muito distante da realidade ocorrida hodiernamente.

Estudar-se-á, nesse mesmo capítulo, o conflito de interesses resistidos pelo Brasil pouco tempo depois da Ratificação da Convenção em apreço, no ordenamento jurídico brasileiro. Tal resistência se refere ao período depois da Denúncia do documento em tela (Convenção 158). Sendo assim, até o momento, inúmeros questionamentos serão levantados nesse estudo em que a grande maioria dos interessados no assunto, destaca-se por proteger o emprego e a referida Convenção, acreditando ser este último provedor de dignidade do trabalhador. Ressalte-se que a

tutela do emprego da classe assalariada é o objetivo central da Convenção 158 bem como da pesquisa referida em todos os capítulos dessa dissertação.

4.2.1 O teor da Convenção

A política social da Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem-se orientado, nas últimas décadas, para a proteção do trabalhador no que tange, especialmente, à relação de emprego, ante a ameaça de precarização que esta sofre no quadro da economia mundial globalizada, que aponta para o desemprego estrutural.

Constatando a falta de normas internacionais sobre o término da relação de trabalho, a Conferência Internacional do Trabalho, em sua reunião de 1950, adotou resolução convidando a Repartição a preparar um relatório sobre a legislação e a prática nacionais na matéria, o qual seria examinado numa reunião posterior. Após a realização de uma série de estudos nesse campo, a Conferência adotou, em 1963, a Recomendação nº 119, sobre o término da relação de trabalho, primeiro instrumento internacional do trabalho dedicado especificamente à questão. Ela propunha aos Estados a adoção de certas normas fundamentais relativas à justificação do término da relação de trabalho, tais como, o aviso prévio, o direito de recurso, o direito a perceber uma indenização e a proteção dos rendimentos do trabalhador, tratando também da questão pertinente à redução de pessoal.

Na “Oficina Internacional Del Trabajo”, registrou-se (1995, p. 2):

Constitui, no plano internacional, o ponto culminante da evolução do conceito segundo o qual o trabalhador deveria estar protegido contra o término arbitrário e injustificado da relação de trabalho e contra as dificuldades econômicas e sociais decorrentes da perda do emprego.

Em 1974, a Comissão de Aplicação de Convenções e Recomendações instituída pela Conferência Internacional do Trabalho, ao examinar o Estudo geral preparado pela Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações sobre os relatórios referentes à aplicação da Recomendação nº 119, reconheceu o importante papel que essa Recomendação havia desempenhado, desde sua adoção em 1963 na promoção da proteção do trabalhador contra a despedida injustificada,

fomentando, dessa maneira, a segurança do emprego, que constitui um aspecto essencial do direito ao trabalho.

Segundo Cássio de Mesquita Barros Júnior (1996, p. 9 - 10):

A Comissão de Aplicação de Convenções e Recomendações concluiu que a Conferência devia abordar a questão com vista a elaborar um novo instrumento que levasse em conta a evolução das relações de trabalho nesse aspecto, desde a adoção da Recomendação nº 119.

Em sua 211ª reunião (novembro de 1979), o Conselho de Administração da OIT decidiu inscrever na ordem do dia da 67ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, celebrada em 1981, um ponto relativo ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. As deliberações tomadas durante a Conferência resultaram na adoção, em 1982, da Convenção nº 158, sobre o término da relação de trabalho, e da Recomendação nº 166, sobre o mesmo tema, as quais vieram a substituir a Recomendação nº 119.

Como consta do preâmbulo da Convenção nº 158, sua adoção pela Conferência Internacional do Trabalho foi motivada pelo resultado positivo da aceitação por numerosos Estados-membros da Recomendação nº 119 sobre o término da relação de trabalho, verificando-se importantes novidades na legislação e na prática daqueles Estados relativas a essa questão em termos de proteção do trabalhador. Foram levados em conta, ainda, para tanto, os graves problemas que se apresentavam nessa área em consequência das dificuldades econômicas e das mudanças tecnológicas ocorridas durante os últimos anos em grande número de países. Por conseguinte, resolveu-se adotar novas normas internacionais na matéria, compatíveis com o novo quadro das relações econômicas e sociais que se configurava no panorama mundial.

Surgiu assim, em 22 de junho de 1982, em Genebra, a Convenção nº 158. Seu principal objetivo foi disciplinar o término da relação de emprego por iniciativa do empregador, de modo a condicioná-la a fatores socialmente justificáveis.

Foi aprovada, concomitantemente, a Recomendação nº 166, com o objetivo de regulamentar a referida convenção. Ambas substituem a Recomendação nº 119, de 1963, sobre o mesmo tema.

Sabe-se que pertencem ao surgimento da Convenção em estudo as referidas Recomendações provocadas por diversos fatores precarizadores da tutela do emprego no ramo jurídico trabalhista. Nesse sentido, contribuem fortemente para a manutenção

deste quadro precarizante, as mazelas agregadas pela globalização dos mercados, cuja tutela do emprego se encontra fragilizadas pelas mais variadas formas de contratação no meio privado, (principalmente no momento da extinção destes). Estando em risco, assim, a segurança jurídica dos obreiros em detrimento do emprego. Sendo, este último, um direito fundamental, promovedor da dignidade do trabalhador. Observe-se, hodiernamente, a vulnerabilidade operacional normativa, norteadora da legislação trabalhista dos principais Estados membros da OIT, fragilizando destarte a tutela do emprego, mormente no que toca à extinção do contrato deste. Urge, dessa forma, a necessidade da OIT cercear o livre arbítrio do empregador sobre seu subordinado, nivelando por meio da Convenção 158 as práticas volitivas do empregador que deseje dispensar seu subordinado baseado em razões injustificadas.

Para tanto, a OIT textualiza o referido assunto por meio de artigos inseridos na Convenção em apreço. Num primeiro momento, tratar-se-ão de forma genérica as considerações no decorrer dos artigos descritos no documento em tela. Num segundo momento, sendo este de extremo relevo, tratar-se-ão de alguns pontos intrinsecamente ligados ao ponto efervescente e polêmico que levou a Convenção 158 a ser palco de inúmeros debates doutrinários acerca da intervenção da banalização da dispensa sem garantida justificação. Sendo que o texto original do documento em tela encontra-se, acessível no anexo, dessa pesquisa.

Sem pretender esgotar o total do teor da Convenção 158 da OIT, e atentando-se para o que dispõem seus artigos observa-se:

- O artigo 1º trata sobre a aplicabilidade de lei ou qualquer outro instrumento de negociação coletiva. Pretende-se, dessa forma, alcançar o equilíbrio justo de proteção, em que ao mesmo tempo possa se assegurar o emprego respeitando a necessidade de adequação na maneira mais eficiente, do que a imposta por lei, já que o legislador regula o assunto de forma genérica. Assim sendo, faz-se mister revelar que a aplicabilidade da convenção não pode ser exclusividade de negociação coletiva, mas de lei que a defina;

- O artigo 2º demonstra a flexibilidade de adaptação da convenção, acolhendo as áreas de atividade econômica, bem como, todos aqueles que são empregados;

- O artigo 3º trata exclusivamente sobre a questão da despedida. Utiliza-se para tanto o sentido literal da palavra dispensa, no que tange à vontade de despedir do empregador;

- No que se refere ao artigo 4º, convenção determina que haja uma causa, ou motivo que seja realmente relevante, a ponto de dispensa do empregado por seu empregador;

-Concernente ao artigo 5º, este respalda o direito do empregado dispensado defender-se judicialmente e, assim, resguardar-se de possíveis discriminações;

- Trata-se da verossimilhança que corresponde o artigo 6º da convenção, com os artigos 475 e 476 da Consolidação das Leis do Trabalho no que tange ao seguro doença e aposentadoria por invalidez;

- O artigo 7º impede que o contrato do empregado seja imediatamente extinto pela vontade do seu empregador, antes que o dispensado possa exercer o seu direito de defesa judicial;

- O artigo 8º abrange várias possibilidades de julgamento, podendo se dar desde o acesso dos tribunais comuns, passando pelos do trabalho, até a decisão arbitral colegiada ou individual;

- Artigo 9º trata da harmonia necessária que permita conciliar a Convenção 158 com o ordenamento jurídico dos Estados-membros, sempre evitando medidas inflexíveis ou que sejam inibidoras da complementação dos diferentes países que costumam ratificar as Convenções da OIT;

- O artigo 10º expõe que, chegando ao Tribunal do Trabalho a conclusão de que a ação do empregado é reconhecida juridicamente como sendo uma dispensa injusta, o juiz do trabalho deverá imediatamente anular a extinção do contrato e determinar que o empregador readmita o empregado injustiçado. Salvo se não for possível em razão da legislação ou das práticas nacionais, sendo, nestes casos, imposto o pagamento de indenização adequada neste caso;

- O artigo 11º ressalta a obrigatoriedade do aviso prévio, sendo a dispensa justificada por questões de capacidade ou de comportamento do laborante, qual não seja entendido como sendo grave. Destarte, o aviso em tela deverá ser concedido quando o empregador exteriorizar sua vontade em extinguir a relação empregatícia que o une juridicamente patrão e empregado. Ora, é no mínimo razoável, já que, neste caso, o obreiro não contribuiu com a referida dispensa em análise. Caso não ocorra o aviso prévio, o empregado poderá ingressar com reclamação trabalhista e, dessa forma, receber a indenização que lhe é de direito. O referido dispositivo não é inédito no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque a Carta Magna de 1988 já demonstrava tal

obrigação em seu artigo 7º, inciso XXI e coadunamente a CLT também já fazia previsão nos artigos 487 e 491;

- O artigo 12º muito se assemelha com a proposta da legislação trabalhista brasileira. Consiste em tutelar o empregado garantindo-lhe os meios necessários a sua subsistência por ocasião da dispensa. Destarte, prescinde que a empresa efetue o pagamento de indenização (compensatória) coadunado a atuação estatal, contribuindo este último com o benefício do seguro-desemprego;

- O artigo 13 trata da necessidade de dispensa coletiva, em detrimento de razões econômicas, tecnológicas, estruturais ou análogas. Desse modo, o bom funcionamento da empresa é priorizado. Não obstante, é preciso que a dispensa seja devidamente fundamentada em razões que a justifique, sendo do empregador a obrigação de provar a alegação dos fatos;

- O artigo 14º esclarece que o empresário está obrigado a informar à autoridade competente os motivos da dispensa, sendo estes decorrentes de fatores econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos. Segue assim prevendo que o poder público tem o dever de fiscalizar as justificativas da empresa, para que assim seja analisada a veracidade dos fatos da mal grada dispensa. Nesse entendimento, a autoridade pública deverá tomar medidas possíveis na tentativa de minimizar os impactos produzidos pelo aumento do desemprego estrutural que ameaça a promoção da dignidade do trabalhador em estudo.

A parte IV da Convenção 158 da OIT corresponde ao teor da convenção disposto nos artigos 15 a 22, estabelecendo, assim, as disposições finais no que tocam às ratificações dos membros da convenção em apreço.

Após a visão genérica dos dispositivos tratados anteriormente, já se pode detalhar com mais profundidade alguns dos pontos imprescindíveis à elucidação da importância agregada no teor da convenção em baila.

Frise-se que a Convenção em estudo não obsta o poder potestativo que exerce o empregador no momento que entende ser indesejável a continuidade da relação de emprego do seu subordinado. Ou seja, a norma Internacional não possui o condão de vedar a extinção contratual, mas se de estabelecer limites que possam assegurar um pouco mais de dignidade a vida dos obreiros.

Nessa linha, a impossibilidade de despedimento imotivado do trabalhador é, sem dúvida, o ponto central do teor da Convenção 158. Trata-se do disposto no artigo 4º que afirma ser inadmissível a dispensa do obreiro que fuja os argumentos intrínsecos do

referido artigo. Nesse diapasão, é que a tutela do emprego, como instrumento de promoção da dignidade obreira, é alçada por meio da norma internacional (Convenção 158 da OIT). É nítida a preocupação da Organização em estudo de afastar a ideia de extinção do emprego, mormente se o empregado em nada contribuiu para o fato gerador da dispensa.

Rogério Magnus Varela Gonçalves (2003, p. 119) reforça a idéia:

Fica plasmada a idéia de se pretender conferir ao trabalhador um mínimo de constância e continuidade da relação de emprego, mormente porque se ele realizasse os seus afazeres a contento e mantivesse um comportamento dentro dos paradigmas aceitos no cotidiano laboral, dificilmente haveria o rompimento da relação empregatícia.

Em tempos de globalização, onde os novos modos de contratação são influenciados por irreversíveis fatores, dentre estes, o aprimoramento das tecnologias (automação). Coube à Convenção em seu artigo 4º, exigir motivo que realmente traduza a necessidade de dispensa do obreiro. Segundo Maria Áurea Baroni Cecato (2009, p. 92) o referido artigo “exige motivo válido para o rompimento do contrato pelo empregador, motivo esse que deve estar ligado à atitude ou conduta do trabalhador ou fundado nas necessidades do funcionamento da empresa, do estabelecimento ou do serviço”. Informa ainda a autora que a referida Convenção trouxe consigo inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo a dispensa por motivos econômicos e técnicos objeto de regulação até aquele momento desconhecido no ramo jurídico trabalhista nacional (Brasil).

Registre-se que a referida Convenção representa para a classe trabalhadora aquilo que ela mais preza: a continuação da relação de emprego, visto que o teor da Convenção persegue a impossibilidade da dispensa imotivada. Sendo este último real óbice as possibilidades de uma vida digna, que permita ao ser humano ser capaz de exteriorizar o universo da inteligência humana na facilidade que os indivíduos têm de projetar coisas que são valorizadas pela sociedade universal. A Convenção 158 surge para os trabalhadores brasileiros, na carência de dias que alegrasse a sua dor. Como o coelho que sai da cartola ilusionista dos mágicos e que no fim do espetáculo já não se sabe exatamente qual fora o destino daquele que por alguns momentos arrancou aplausos, sorrisos e esperanças. Sendo assim, no tópico seguinte será tratado os acontecimentos em torno da curta vigência da Convenção 158 da OIT no Brasil.

4.2.2 Ratificação e denúncia pelo Estado brasileiro

Diante de tudo que foi estudado até o momento, constata-se que hodiernamente a supressão dos postos de trabalho em ocasião dos fenômenos da globalização vem paulatinamente gerando aos Estados uma simultaneidade de conseqüências desastrosas para toda a comunidade mundial. Em razão disso, observa-se o retrocesso dos Direitos Sociais, mais acentuadamente os direitos que pertencem aos trabalhadores. Isso acontece principalmente em países em desenvolvimento, como ocorre com o Brasil.

O referido país, mesmo tendo uma legislação lastreada por bases democráticas, cujas características inclinam-se a perseverar a dignidade da pessoa humana, transformando-a em direitos e garantias fundamentais, como é o caso dos direitos dos trabalhadores como um todo, não pode se dizer que a legislação nacional esteja seguindo integralmente a regra da proteção em toda a sua íntegra. Destarte, percebe-se nesse cenário que a legislação pátria parece tangenciar alguns aspectos relevantes à manutenção do emprego.

Tal assertiva é facilmente constatada, quando se constata certa dificuldade em receber algumas Convenções ora citadas nesse estudo. Nessa linha, ainda se percebem algumas lacunas referentes à efetivação imediata e concreta no tocante à legislação nacional em torno dos mecanismos que inibem a dispensa imotivada dos trabalhadores com vínculo empregatício, (art. 7, I carece até hoje de lei complementar).

Trata-se de estar-se falando numa via de mão dupla existente entre a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, I e a polêmica Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho. Nesse entendimento, é válido lembrar que a Convenção 158 da OIT é fruto da incansável atuação da referida Organização na busca pela dignidade do trabalhador, sendo esta última possível de ser plenamente conquistada por meio da relação formal de emprego. Nessa direção, a Convenção ora telada, não impede o empregado de ser dispensado involuntariamente. No entanto, preserva a impossibilidade de dispensa imotivada.

Nesse entendimento, foi que o Brasil resolveu ratificar a Convenção 158 da OIT. Este gesto foi uma demonstração de que o Brasil preocupou-se (pelo menos até o momento da ratificação da Convenção 158) em contribuir internacionalmente com a contenção dos índices de desemprego. E destarte, no dia 05.01.1995 a referida

Convenção foi recepcionada pelo Brasil, sendo registrada na Repartição Internacional do Trabalho (RIT) da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Na época, o Presidente da República era o senhor Itamar Franco.

Importa dizer que, para que uma Convenção entre em vigor em determinado país, a regra geral é que haja transcorrido o lapso temporal de 12 (doze) meses, contando a partir da data do registro da ratificação. Nessa linha, a Convenção 158 passou a ser acompanhada e respeitada como norma a ser seguida no ordenamento jurídico interno (Brasil) desde o dia 05.01.1996. A partir daí, todos os preceitos contidos na norma Internacional passam a ser reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, a promulgação da referida Convenção, só foi possível, a partir da publicação do Decreto de n. 1.855, de 10 de Abril de 1996. Infelizmente, depois do referido acontecimento, o Brasil se viu compelido a Denunciar a Convenção 158 da OIT. A pressão dos donos dos modos de produção (empresários) foi no entendimento de que a permanência deste importante documento agregaria ao Brasil considerável desvantagem comercial. Entendiam os investidores que ninguém mais se aventuraria a estabelecer empresas no referido país e que ,se ainda assim arriscassem, seria deveras oneroso investir num local com grandes encargos sociais. Questionava-se, assim, que se tornaria praticamente impossível competir em nível igualdade com Estados não signatários da Convenção em apreço.

Segundo Rogério Magnus Varela Gonçalves (2003, p. 124):

(...) no Brasil ocorreu grande pressão por parte dos empregadores no sentido de que se efetivasse a denúncia, vez que **(eles)** entendiam que a estabilidade empregatícia conferida pelo dispositivo multilateral lhes impossibilitaria de competir, com igualdade de condições, com concorrentes de países que não subscreviam dito diploma legal internacional. Este lobby culminou com a denúncia da Convenção, fato este havido já no dia 20 de Novembro de 1996, por meio do Decreto n. 2.100.

Ora, segundo argumentos alegados pelo autor acima citado, a Convenção em apreço não teria se estabelecido de vez no ordenamento jurídico brasileiro, por forças estranhas. Isso porque paira o entendimento de uma suposta estabilidade que se percebe não fazer sentido algum neste contexto. Ou seja, a idéia de que a Convenção traria consigo garantias de estabilidade, vai de encontro à própria Convenção, sendo que esta última investe no escopo de impedir a dispensa imotivada e que, infelizmente, nada se assemelha à antiga estabilidade decenal brasileira. Sendo assim, os argumentos do

empresariado demonstrados por meio da expressão literal do referido autor, não condizem com o verdadeiro teor da Convenção em estudo.

É o que aduz Octavio Bueno Magano (1996, p. 45) no entendimento de José Alberto Couto Maciel:

Segundo Alberto Couto Maciel, a diferença fundamental entre a Convenção 158 e o que era a estabilidade no sistema anterior brasileiro é que a primeira “admite a demissão. Ela não é uma camisa de força, na qual a empresa se insere em decorrência de uma norma proibitiva de seu direito potestativo de demitir. O que a Convenção 158 proíbe é a demissão arbitrária, mas admite que possa o empregado ser demitido por causa justificada relacionada com sua capacidade, com seu comportamento, ou ainda, admite a demissão do empregado ou empregados desde que comprovada a necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviços, o que evidencia a elasticidade da norma”.

Outro ponto incongruente é a perda do prazo temporal para se efetuar um procedimento tão legítimo, como é o caso da denúncia da convenção realizada pelo Brasil. Sendo que este último não respeitou o prazo decadencial, previsto no parágrafo 1 do art. 17 da Convenção em apreço. E o que torna o contexto ainda pior, não foram sequer respeitados os procedimentos e regras estabelecidas pela política interna nacional. Isso porque, o Poder Executivo não recebeu o referendo do Poder Legislativo para realizar a denúncia.

Esse, também, é o entendimento de Jorge Souto Maior (artigo):

A Convenção só poderia ter sido denunciada até 22 de Novembro de 1996, vez que a Convenção, adotada pela 68 da OIT, em 22 de Junho de 1982, entrou em vigor no âmbito internacional em 23 de Novembro de 1985, após efetivada duas ratificações junto à OIT, conforme previsto no art. 15.2 da Convenção. Assim mesmo considerando o prazo dos dozes meses subsequentes ao decênio de vigência no plano internacional, a denúncia somente poderia ter sido efetivada pelo Brasil até 22 de Novembro de 1996. Mas como se viu o Decreto de denúncia foi publicado em 23 de Novembro, e ainda para produzir efeitos a partir de 20 de Novembro do ano seguinte. ... o ato praticado pelo chefe do Poder Executivo de denunciar, mediante Decreto, a Convenção, extrapolou os limites de sua competência, constitucionalmente fixados. Se é o Congresso quem aprova os tratados internacionais, como pode o Presidente, por ato isolado, denunciá-los.

Toda essa celeuma traduziu-se em convergências doutrinárias, no entendimento que a referida Convenção não poderia ser autoaplicável, caracterizando a referida ser dependente de lei complementar. Outra corrente entende que a Convenção não confronta com a norma Constitucional. Ocorre que o propósito da Convenção é regular a dispensa arbitrária ou sem justa causa, sendo que a Carta Magna de 1988, já dispõe em seu artigo 7º, I sobre essa matéria. No entanto, o referido artigo disserta que este inciso carece de lei complementar que regule essa matéria, tendo o referido dispositivo eficácia contida. Importa dizer que tanto a Convenção quanto o artigo 7º, I tutelam o mesmo assunto, o que caracteriza ambas estarem defendendo os

mesmos interesses. Sendo assim, a denúncia, em estudo, parece ser inconsistente. Vejam-se opiniões divergentes a respeito.

Segundo Saulo Ramos (1996, p. 47):

Tratando-se de matéria expressamente condicionada à edição da mais alta norma infraconstitucional para ter eficácia, somente através de lei complementar poderia a Convenção 158, da Organização Internacional do Trabalho, ser incorporada ao Direito brasileiro, porque regula precisamente a proteção ao emprego de que trata o art. 7 da Carta da República.

No entanto, existe outra corrente que entende o teor da Convenção 158 ser plenamente compatível com a norma brasileira, pois se assemelha ao mesmo assunto da Convenção. Segundo Jorge Luiz Souto Maior (artigo):

Os termos da Convenção são, inegavelmente, constitucionais. A Constituição brasileira, no art. 7º, I veda a dispensa arbitrária e o que faz a Convenção 158 é exatamente isto, demonstrando a nítida compatibilidade entre os dois sistemas.

Nesse entendimento, o que se conclui é que a Convenção 158 indubitavelmente surgiu na imprescindibilidade de maior atuação na tutela do emprego (dificultando assim a dispensa do empregado). Sendo o emprego condição da dignidade humana, esse deverá ser priorizado acima de qualquer conflito, inclusive o de normas. Nessa linha, preserva-se o princípio da continuidade da relação de emprego, sendo este último de maior relevância à garantia dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Ora, se o ordenamento jurídico nacional investe todo o seu contexto na garantia e efetivação dos direitos fundamentais, o que deveria prevalecer antes de tudo é a possibilidade de elevar os indivíduos na valorização da sua força de trabalho. A garantia da escolha jurídica por modelos normativos direcionados ao bem comum, de *per si* já pode ser considerada como a opção mais acertada a ser dignificada. Sendo assim, atualmente o modelo antiético imposto à prática do exercício laboral demonstra a urgência em descartarem-se conflitos de competência no que toca às denúncias e incertezas normativas que não elevam a dignidade do trabalhador de modo algum. E, muito menos, tendem a colaborar com a prosperidade dos direitos sociais. Sendo o vínculo empregatício, lastreado pelo princípio da continuidade da relação de emprego, é que Rubin Zanotelli de Alvarenga (2009, p. 132) nas linhas de Celso Antonio Bandeira de Melo confirma:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico

mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...]

Sendo assim, questões meramente formais, como é o caso da observância da ausência de lei complementar que regule o referido artigo 7º, I da Carta Magna, parece dar demonstração de ausência de vontade política de por um fim a este tema, sendo que deveria regulamentar de uma vez o tratamento adotado pela referida Carta Constitucional do Brasil. A intangibilidade que a Convenção traduz à proteção da relação do vínculo empregatício é direcionamento à conquista do bem comum, sendo que o número de trabalhadores beneficiados com a referida Convenção supera os interesses de uma minoria, como é o caso do empresariado, sendo que os interesses destes últimos não devem prevalecer ao bem-estar das relações sociais internacionalizadas. Ou seja, neste contexto, a prioridade de direitos deve ser priorizada à classe assalariada, é esta quem movimenta toda a dinâmica capitalista, é na força de produção que se abrigam as necessidades formais e substanciais dos indivíduos em sua relação com a sociedade.

Nessa esteira, foi que o governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em 14.02.2008, mais uma vez submeteu a Convenção 158 da Organização internacional do Trabalho ao Congresso Nacional, contudo, a proposição foi derrotada na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional em 02.07.2008. Após esse revés, a mensagem seguiu para a Comissão de trabalho, Administração e serviço público, em 13.08.2009. Lá, recebeu parecer favorável do Relator, em 12.05.2010, mas ainda não foi submetida à apreciação do Plenário. Encontra-se aguardando a realização de audiência pública, requerida por um dos membros da referida Comissão, desde 26.05.2010.

5 EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO: ASPECTOS RELEVANTES NO QUE CONCERNE À TUTELA DO EMPREGO

O objetivo deste capítulo é identificar os aspectos mais relevantes no que concerne aos prejuízos à tutela do emprego e que, portanto, traçam limites à extinção do contrato de trabalho. Esse aspecto é indispensável na compreensão da construção do arcabouço normativo-institucional do modelo brasileiro do contrato de trabalho, no que tange ao término da relação de emprego.

São variadas e complexas as situações que engendram a extinção do vínculo empregatício. Vale destacar que em razão do escopo dessa dissertação, reiteradamente se dará ênfase aos aspectos envolvendo a ruptura do contrato de emprego pelo empregador em prejuízo de seu empregado, coadunado aos instrumentos jurídicos do Direito do Trabalho na proteção e manutenção do posto de emprego.

5.1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Considerando-se que o Direito surgiu para elidir ou pelo menos minimizar os mais variados conflitos existentes nas relações humanas, o Direito do Trabalho, como ramo jurídico autêntico, emergiu da necessidade de se nivelar a relação de desigualdade socioeconômica existente entre empregador e empregado. Os princípios jurídicos que se devem enfatizar nesse contexto são: o princípio da continuidade da relação de emprego e o princípio da norma mais favorável. São princípios muito importantes para o trabalhador, encontram-se diretamente vinculados ao objetivo central do Direito do Trabalho, de preservar e manter a estabilidade do emprego tão necessária e significativa para aqueles que encontram na labuta assalariada a única forma de gerir seu sustento.

Os princípios especiais, ora em estudo, auxiliam ao legislador e ao operador do direito institucionalizado a elaborar (legislador), interpretar ou aplicar a norma que mais se incline em direção a proteger o obreiro em circunstâncias do término da relação de trabalho. Nesse ponto, convém lembrar a opinião de Maurício Godinho Delgado (2001, p.19) de que “os princípios cumprem aqui sem dúvida, sua função mais clássica e

recorrente, como veículo de auxílio à interpretação jurídica”. Outros divergem desse entendimento, acreditando que os princípios aludidos são normas possuidoras de um alcance muito mais elevado do que um simples meio de se alcançar uma melhor interpretação e orientação das normas.

Nesse sentido, Alfredo J. Ruprecht (1995, p. 50):

(...) pensa não acreditar que esses princípios tenham um caráter fundamentalmente interpretativo, como pretende Tissebaum, que os analisa como simples meios de interpretar e desentranhar o sentido e alcance de suas disposições.

Entende-se que os princípios jurídicos trabalhistas em estudo representam a própria norma, buscando alcançar o objetivo precípuo do instituto jurídico em observância.

Conclui-se que os princípios mencionados são muito importantes para o trabalhador e se encontram diretamente vinculados ao sentido maior que reproduz o objetivo central do Direito do Trabalho de preservar e manter a estabilidade dos postos de trabalho, tão necessária para aqueles que encontram na labuta remunerada, o único meio de sustentar suas necessidades básicas.

Nesse capítulo, para uma melhor compreensão sobre o assunto, faz-se necessário salientar cada um dos referidos princípios.

5.1.1 Princípio da continuidade da relação de emprego

O Princípio da Continuidade da Relação de Emprego insere-se perfeitamente nesse viés, já que sua razão precípua é valorizar a manutenção dos postos de trabalho. É que as relações de emprego estão sempre passando por transformações que, inexoravelmente, encontram-se vinculadas ao mundo externo. Tais vinculações podem estar relacionadas a transformações econômicas, culturais, políticas, religiosas, sociais e etc.

Nesse entendimento é válido lembrar que as relações econômicas que antecederam a institucionalização histórica do Direito do Trabalho sempre interferiram diretamente nas relações laborais. Em contrapartida, o princípio em tela surge com mais

força em meados do século XX, acentuando, assim, a necessidade de que o homem trabalhador possua de se sentir confortavelmente seguro em seu posto de trabalho.

Assim sendo, o homem precisa se sentir seguro para que possa ter mais tranquilidade em conduzir sua vida, seja ela social ou laboral. O século XX sem dúvida marcou tal afirmação. A importância que a Carta Magna de 1988 deu a esse princípio é uma das maiores expressões dessa afirmativa. Isso porque o inciso I, do artigo 7º, da referida Constituição vedou expressamente a dispensa arbitrária ou sem justa causa e, ainda assim, nesses casos, quando a mesma ocorrer, deverá o empregador arcar com ônus de indenização razoavelmente elevado de acordo com que está estabelecido em lei.

Não se pode esquecer que, apesar do Constituinte de 1988 ter-se preocupado em dar uma maior atenção ao que tange à dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregador contra seu empregado, fez questão de salientar que a referida matéria deverá ser definida e regulada por lei complementar.

Ocorre que a referida lei complementar até hoje não foi definida. Assim, percebe-se que o legislador de 1988 dispensou um cuidado especial em razão da matéria, ao fortalecer os laços, que vinculam o princípio em tela nos casos de dispensa arbitrária ou sem justa causa, não obstante deixou a desejar quando vinculou a matéria à lei complementar. Ainda, nesse diapasão, é importante suscitar que a relação empregatícia está regulada formalmente por um contrato laboral.

Nessa linha, confere-se a opinião de Américo Plá Rodrigues, (1978, p. 134) ao afirmar que:

(...) Para compreender este princípio devemos partir da base que o contrato de trabalho é um contrato de trato sucessivo, ou seja, que a relação de emprego não se esgota mediante a realização instantânea de certo ato, mas perdura no tempo. A relação empregatícia não é efêmera, mas pressupõe uma vinculação que se prolonga.

Desse modo observa-se que o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego traduz a ideia fundamental do instituto jurídico em estudo, concentrando esforços no sentido de impedir que se interrompa, prematuramente, o que for acordado pelas partes no instante da propositura do vínculo empregatício negociado entre empregado e empregador. Salvo as exceções permitidas em lei, o contrato laboral, assumido pelas partes contratantes, deverá existir de forma continuada no sentido de sempre preservar a estabilidade, bem como melhores condições de trabalho para o obreiro. Hodiernamente e por razões de conveniência econômica patronal, o trabalhador

vem sendo alvo do livre arbítrio e da vontade do empregador em dispensar seu empregado. A ausência de emprego é sinônima de negação de direitos, no instante em que impede a igualdade de oportunidade entre os homens.

Além do que já mencionado sobre a importância que o princípio em exame representa para a manutenção dos postos de trabalho, é certo que seu alcance apresenta pontos muito positivos tanto para o empregado como para seu empregador. Quando o empregado desenvolve seu labor numa mesma empresa durante um largo espaço de tempo, consegue se destacar dos demais, pois o tempo lhe agrega mais experiência e conhecimento naquilo que ele desenvolve dentro da empresa em que atua como colaborador. Isto, com certeza, resulta tempo e economia para o empregador, pois quando este último precisa substituir um obreiro experiente por outro novato, isso requer tempo e maior onerosidade de encargos para o empregador.

Um trabalhador, ao sentir-se seguro na empresa onde realiza suas atividades laborais, costuma fazer planos em longo prazo, pois pressupõe que uma consequente dispensa por parte do seu empregador só aconteceria em casos de justa causa ou motivo de força maior, motivos definidos em lei. Seria um paradoxo e indubitavelmente nada interessante para o obreiro motivar sua dispensa. Destarte, provocar danos a seu empregador vai de encontro às suas perspectivas e, ainda, colocariam em risco seus sonhos de conquistar melhorias patrimoniais. Além do mais, Alfredo Ruprecht (1995, p.55) coloca que “esse princípio opera também em favor da parte patronal. O trabalhador tem mais segurança de continuar em seu emprego e o empregador se beneficia com a experiência e a estabilidade do trabalhador”.

O desejo da maioria das pessoas que trabalha e tem família é possuir sua casa própria, poder custear um bom ensino para si e para seus filhos, conseguir dar-lhes uma vida digna e confortável, para quando a velhice chegar, ter a sensação de dever cumprido. Isso traduz e exalta alguns pontos, lançando luzes sobre a importância do Princípio da Continuidade da Relação de Emprego.

Corroborando este entendimento, Alfredo J. Ruprecht (1995, p. 62) diz que:

A estabilidade no emprego, ou seja, o fato de o trabalhador ter assegurada sua ocupação enquanto dura sua boa conduta, é um dos maiores anelos da classe trabalhadora. É clara a consciência de que a relação de trabalho deve continuar enquanto as partes cumprem suas obrigações e não que, por vontade do empregador, se desfaça esse vínculo sem justa causa.

5.1.2 Princípio da Norma Mais Favorável

Esse princípio mantém vínculo estreito com os fins sociais a que se destina o Direito do Trabalho. Ele orienta os operadores do direito a, sempre que for possível, obstar o rompimento do pacto laboral e assim, diante da complexidade que envolve o caso, ter como dever decidir o conflito entre patrão e empregado, procurando dar mais ênfase à tomada de decisão que atinja um maior grau compensatório e que mais se aproxime da finalidade dos direitos sociais daquele que, no término da relação de trabalho, perde o único meio de suprir suas necessidades materiais. É cediço que o desnível econômico entre empresário e empregado conduz a regra jurídica a se guiar por decisões que mais se aproximem do teor jurídico que pressupõe o princípio em tela.

Mauro Mascaro Nascimento (2009) entende que o referido princípio procura proteger o trabalhador quando ocorre confronto de hierarquia das normas. Nesse caso, dar-se-á prevalência àquela que mais agregar benefícios ao trabalhador. O princípio destina-se, também, a fortalecer os laços pactuais do contrato empregatício, visando à continuidade, por tempo indeterminado, do posto de trabalho do obreiro em prevalência sobre os contratos a termo, - aqueles que já nascem com prazo de término fixado em cláusula contratual, ou seja, predestinados a um curto lapso temporal.

Desse modo, o princípio em tela propõe perseguir o objetivo basilar do ramo jurídico autêntico, que é o Direito do Trabalho, devendo tutelar, proteger e melhorar a vida laboral. Ele fiscaliza e atua para a melhoria das condições impostas ao trabalhador no momento da sua adesão contratual, valorizando o obreiro e procurando caminhos para melhor estabelecer um nivelamento socioeconômico entre as partes contratantes.

Confirmando esse entendimento, Mauricio Godinho Delgado (2010, p. 1026) aduz que “o princípio da norma mais favorável, é um dos que mais proximamente busca tender ao objetivo central do Direito do Trabalho, que é o de elevar as condições de pactuação da força de trabalho no mercado”.

O Princípio da Norma Mais Favorável ao Trabalhador coaduna-se ao Princípio da Proteção, sendo o primeiro um subitem do segundo. Isso se dá porque o Princípio da Proteção foi um dos primeiros a surgir no Direito do Trabalho, servindo como uma espécie de fio condutor para os demais que porventura viessem a surgir no ordenamento jurídico trabalhista. Parece lógico que todo e qualquer princípio integrante do ramo juslaboral sempre irá observar a essência do Princípio protetivo.

Como bem informa Maurício Godinho Delgado (2010, p. 185):

(...) esse princípio que, no processo de aplicação e interpretação do direito, o operador jurídico situado perante um quadro de conflito de regras ou de interpretações consistentes a seu respeito deverá escolher aquela mais favorável ao trabalhador, a que melhor realize o sentido teleológico essencial do Direito do Trabalho.

Tal princípio proporciona meios de manutenção do vínculo laboral (emprego) já que por seu intermédio o obreiro atinge possibilidades concretas da remuneração necessária ao suprimento de suas necessidades e, ao mesmo tempo, consegue se integrar na sociedade.

De fato, o maior objetivo do arcabouço juslaboral sempre perseguirá uma vida melhor para trabalhadores em troca da onerosidade necessária para seu sustento material. Desse modo, o Princípio da Proteção de fato orienta todos os outros princípios visando diminuir a desigualdade existente entre empregado e empregador.

Nesse momento, parece-nos oportuno falar do Princípio da Norma Mais Favorável com mais autonomia. Ficou claro que a aplicação desse princípio demonstra a sua importância no campo trabalhista, ao orientar aquele a quem se destina a aplicação da norma, a optar sempre por uma norma mais favorável ao obreiro. Como já anunciou Nascimento, anteriormente, o referido princípio é uma regra de hierarquia. Partindo desta premissa, é possível dizer que não há uma regra bem definida nesse sentido, o que se pode entender é que a norma que for mais favorável às necessidades do trabalhador será aquela que prevalecerá sobre as demais. Consoante a opinião de Amauri Mascaro Nascimento (2009, p. 341):

(...) De um modo geral é possível dizer que, ao contrário do direito comum, em nosso direito, a pirâmide que entre as normas se forma terá como vértice não a Constituição Federal ou a lei federal ou as convenções coletivas de modo imutável. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma vantajosa ao trabalhador, dentre as diferentes em vigor.

Assim, pode-se perceber que uma norma deve sempre possuir, em sua essência, um mínimo de proteção, ao menos teoricamente é o que se espera dela. Ocorre que nem sempre ela será suficientemente para tutelar as diversas situações do mundo jurídico. Isso explica a necessidade de existir um instituto juslaboral capaz de atenuar as desigualdades existentes entre patrão e empregado. Não poderia a lei dos contratos civis

ser suficiente para orientar a questão, já que pela lei dos contratos civis, as partes pactuantes não são diferenciadas.

Nesse raciocínio, entende-se que várias são as circunstâncias nas quais a norma mais favorável nem sempre será aquela acolhida como a mais benéfica. Mesmo em se tratando de direito individual, pois o alcance da referida norma há de atingir o interesse de toda uma classe. Tomando-se, como exemplo, os infortúnios surgidos ao longo das crises econômicas que podem atingir economicamente o empresário. Essas crises sempre acabam forçando o empregador a reduzir seu quadro de empregados, do contrário poderá colocar em risco seu empreendimento. Nessa linha, a negociação por menores salários é sempre a escolha mais favorável nesses casos. Ocorre que é mais vantajoso para o obreiro manter-se em seu posto de trabalho em contraponto à redução salarial.

A Constituição do Brasil, em seu art. 7º, assim, garante direitos mínimos aos trabalhadores, mas ressalva que diante de casos especiais inerentes à classe trabalhadora, os sindicatos podem negociar e criar acordos no sentido de visar ao que for melhor para a categoria em questão. Trata-se de priorizar e dar mais sentido ao proposto pelo caráter teleológico do ramo jurídico especializado já referido nesse estudo.

Desse modo, assevera Américo Plá Rodriguez (1978, p. 54):

Admite-se, pois a prevalência das cláusulas mais favoráveis de uma convenção coletiva em face de normas de uma lei trabalhista que regule a mesma matéria, assim como a prevalência das cláusulas mais favoráveis de um contrato individual, diante das de uma convenção coletiva e das normas de uma lei.

Ainda, nessa linha, pode-se dizer que, na escolha entre dispensar vários empregados por motivo de dificuldade econômica da empresa, é óbvio que se optará por uma negociação sindical provisória no sentido de reduzir salários e, destarte, resguardar e por a salvo a manutenção do emprego. O que seria pior para um obreiro do que permanecer na espera de uma nova oportunidade de emprego? É preciso avaliar e considerar que o empresário, apesar da vantagem econômica que exerce em relação a seus empregados, também corre riscos no seu negócio, podendo ser afetado por crises econômicas transitórias. Por isso, deve buscar estratégias para manter a sua propriedade e, assim, manter a salvo seu empreendimento, contribuindo assim para que não haja um maior percentual na fila dos desempregados.

Observe-se que, em casos como o exposto acima, o Princípio da Norma Mais Favorável ao trabalhador exerce um papel fundamental no momento de ameaça à ruptura do pacto laboral pelo empregador. O princípio em estudo sempre terá o condão de procurar evitar a referida ameaça e evitar que se encerre de vez a relação de emprego, priorizando dessa maneira a importância da manutenção dos postos de trabalho, dando um viés de tranquilidade jurídica aos direitos do obreiro e sempre orientando naquilo que for melhor para a vida do trabalhador.

5.2 NOÇÃO DE JUSTA CAUSA E HIPÓTESES DE ROMPIMENTO JUSTO DO CONTRATO

Segundo Wagner Giglio (1998, p.12), justa causa seria todo ato faltoso grave, praticado por uma das partes, que autorize a outra a rescindir o contrato, sem ônus para a denunciante.

Trata-se de ato que justifica, legalmente, a ruptura do contrato de trabalho de iniciativa do empregador, por culpa do empregado.

Leciona José Luiz Ferreira Prunes (1995, p.109) que, para a lei, justa causa é a falta legal ou contratual, resultante de culpa, erro, engano, imperfeição, defeito ou transgressão. “É o descaso sobre preceitos legais e regulamentares, de obrigações contratuais, de deveres sociais de diligência, lealdade, etc.” E aduz: “o sujeito passivo da falta é o empregado e o passivo o empregador”.

Embora tenham fundamento legal comum - qual seja a violação, ou descumprimento, pelo empregado de seus deveres legais ou contratuais -, distingue-se a justa causa da falta grave. O critério da distinção consiste no grau do ilícito, ou inadimplemento contratual, cometido pelo obreiro, o qual na falta grave é maior.

O conceito de falta grave aplica-se, propriamente, ao empregado estável, como razão justificadora de sua despedida, que só se efetiva pela Justiça do Trabalho em ação de inquérito ajuizada pelo empregador (art. 494 da CLT). Segundo o art. 493 consolidado, constitui falta grave a prática de qualquer dos fatos a que se refere o art. 482, quando, por sua repetição ou natureza, representem séria violação dos deveres e obrigações do empregado.

A despedida do empregado, com ou sem justa causa, resulta do poder de comando do empregador, de caráter disciplinar, que se traduz pela faculdade de aplicar sanções aos obreiros.

5.2.1 O artigo 482 da CLT: iniciativa do empregador motivado por ato ou omissão do empregado

O contrato de trabalho pode desfazer-se por vontade unilateral de uma das partes, por vontade recíproca das mesmas, por fatores supervenientes que não dependem da vontade de qualquer das partes, ou pelo simples decurso do prazo respectivo.

Assim, são causas de terminação do contrato de trabalho:

1. Mútuo consentimento (distrato);
2. Vontade do empregado:
 - a) saída espontânea - pedido de demissão (art. 477, § 1º, da CLT);
 - b) morte do empregador empresa individual (art. 483, § 2º, da CLT);
 - c) gestante (art. 394 da CLT);
 - d) desempenho de obrigações legais incompatíveis com a continuação do trabalho (art. 483, § 1º, da CLT);
 - e) cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão de contrato por prazo determinado (art. 481 da CLT);
 - f) fechamento de estabelecimento, filial ou agência (art. 498 da CLT);
 - g) saída faltosa - abandono do emprego (art. 482, “i”, da CLT);
3. Vontade do empregador:
 - a) despedida sem justa causa;
 - b) suspensão por mais de 30 dias (art. 474 da CLT);
 - c) despedimento por justa causa (arts. 482, 158, § único, da CLT).
4. Cumprimento do contrato: término do contrato a prazo.

5. Fatores supervenientes:

- a) morte do empregado;
- b) morte do empregador que importe em cessação da atividade da empresa (art. 485 da CLT);
- c) “factum principis” (art. 486 da CLT);
- d) força maior (art. 502 da CLT);
- e) extinção da empresa (art. 497 da CLT);
- f) prisão prolongada;
- g) nulidade absoluta do contrato de trabalho;
- h) falência da empresa.

A rescisão unilateral do contrato de trabalho por justa causa pode ocorrer por iniciativa do empregado, ou do empregador. No primeiro caso, tem-se a justa causa dado pelo empregado; no segundo, a justa causa ensejada pelo empregador. Nessa segunda hipótese se encontram atos, ou omissão, que caracterizam despedida indireta por parte do empregador.

No tocante aos atos ou fatos inerentes ao comportamento do empregado que constituem justa causa para sua despedida, são elencadas no art. 482 da CLT, segundo a doutrina, em “*numerus clausus*”, ou seja, trata-se de uma enumeração taxativa. Entretanto, alguns desses atos ou fatos, como a desídia, a incontinência da conduta e o mau procedimento, propiciam flexibilização, assim como os praticados pelo empregador ou seus prepostos que caracterizam a despedida indireta (art. 483 da CLT).

Seguindo a relação disposta no art. 482 da CLT, passa-se a apreciar cada uma das hipóteses que constituem justa causa para rescisão contrato de trabalho pelo empregador.

a) Ato de improbidade

Configura-se como um atentado contra o patrimônio do empregador, de terceiros ou de companheiros de trabalho. Pressupõe o locupletamento do infrator e o prejuízo da vítima – o dolo específico do *animus furandi*.

Diz que ela se caracteriza, em geral, pela prática do furto, do roubo, do estelionato ou da apropriação indébita. Não implica, necessariamente, atentado contra o patrimônio do empregador. Incorre ainda nessa falta, por exemplo, o empregado que falsifica documento para auferir benefício indevido, pratica suborno.

A improbidade significa um comportamento que, por ato ou omissão, traduz falta de honestidade, caráter, honradez. Revela intenção dolosa, pelo que, praticada uma única vez, é suficiente para quebrar o vínculo e confiança que deve existir entre as partes do contrato de trabalho e, assim, caracteriza, por si só, a falta grave de que trata o art. 493 da CLT.

José Luiz Ferreira Prunes (1995, p.110) entende que o ato de improbidade, de um modo geral, atinge o patrimônio, seja do empregador, seja de terceiros, e pondera, na esteira de Wagner Giglio, que o conceito de improbidade compreende determinados atos de desonestidade, praticados pelo empregado, que constituam atentado ao patrimônio material. E assinala que “é taxa que mancha a reputação do trabalhador, que como empregado, quer como pessoa”, pois acarreta reprovação não somente funcional, mas, em alguns casos, também social. Por isso, o empregador que a invoca deve prová-la cabalmente, sob pena de não ser reconhecida pelo Judiciário.

Wagner Giglio (1996:53 e 54) leciona:

O conceito de ímprobo está na consciência de todos: ímprobo, o que não é probo, aquele que não é honesto; desonesto. A desonestidade, porém, é uma noção moral, que abrange um campo muito extenso. É desonesto quem age com má-fé, fraude, dolo, malícia, simulação etc

Nesse lato sentido ético, a maioria das práticas faltosas do empregado poderia ser classificada como improbidade, pois quase todas contêm em si o elemento desonestidade.

Ora, a se adotar tal conceito, perderia sentido a relação de justas causas da lei

.....
Daí terem a jurisprudência, primeiro, e a doutrina, depois, reservado o conceito trabalhista de improbidade, por exclusão, somente para as manifestações desonestas do empregado que constituam atentado ao patrimônio ou, mais exatamente, bens materiais.

Adiante, em sua conceituada obra, Giglio (1996:59 e 60) acentua que o ato de desonestidade do empregado precisa ser provado, para caracterizar a improbidade. Esta contém um elemento subjetivo, ou seja, a intenção, a qual, entretanto, não pode ser simplesmente presumida; revela-se através de manifestações externas concretas. Não é imprescindível, para configuração da improbidade, que haja um efetivo prejuízo

econômico; mas ela deve resultar de atos do empregado, pois a simples intenção desonesta não é punível.

Aduz Giglio (1996, p.60) que:

a prova da improbidade, em juízo, deve robusta, clara e convincente, a fim de que não dê margem a dúvidas, pois a acusação de desonesto, feita a um empregado, traz efeitos que extravasam as simples relações empregatícias, para repercutir, eventualmente, na vida familiar e social do acusado. Por vezes, coloca em jogo a própria liberdade do empregado, caso sem comportamento seja examinado no juízo criminal. O empregador deve, por isso, ter todo o cuidado na apuração dos fatos e na sua interpretação, antes de fazer acusação de consequências tão graves.

Como se vê, a prova do ato, ou comportamento, caracterizador dessa justa causa há de ser plena, indene de dúvida, posto que ela macula o conceito do empregado, com consequências desastrosas em sua vida privada e profissional.

b) Incontinência de conduta ou mau procedimento

A incontinência de conduta é uma forma de conduta do empregado em face da comunidade em geral. O mau procedimento corresponde a esse tipo de conduta no âmbito e em face do grupo social da empresa. Trata-se de vida funcional anômala, desleal. Configura-se por meio de faltas inerentes ao modo de ser da pessoa, suas relações com terceiros.

Consideram-se incontinência da conduta e mau procedimento atos contrários aos bons costumes que, embora tipifiquem desonestidade, tornam o empregado incompatível com o serviço da empresa. A esse respeito, deve-se ter em conta, especialmente, a classe dos negócios explorados pelo estabelecimento, assim como a qualidade e o nível de educação normalmente exigível do empregado para que desempenhe as respectivas funções.

A figura do mau procedimento é tão ampla, que poderia abranger todas as que não se enquadrem precisamente nas demais tipificadas como justa causa, configurando ato do empregado que, por sua gravidade, impossibilita a continuação do vínculo empregatício.

Para Wagner Giglio (1996, p.77), o mau procedimento é uma justa causa genérica e a incontinência de conduta, uma específica, ou seja, um tipo particular de mau

procedimento. “Assim, o exame do mau procedimento compreende o da incontinência de conduta”.

Giglio (1996, p.79) define o mau procedimento como “todo e qualquer ato faltoso grave, praticado pelo empregado, que torne impossível, ou sobremaneira onerosa, a manutenção do vínculo empregatício, e que não enquadre na definição das demais justas causas.”

E a incontinência de conduta como um tipo de mau procedimento, caracterizado por desregramento de conduta ligado, direta ou indiretamente, à vida sexual. Como desmandos do empregado no seu comportamento sexual, em regra geral, ele cita: as obscenidades, a libertinagem, a pornografia, a falta de respeito ao sexo oposto.

Ao tratar da incontinência de conduta, José Luiz Ferreira Prunes (1995:124 e segs.) relaciona-a com o comportamento anômalo do empregado (desvio de conduta) que possa, em maior ou menor proporção, repercutir negativamente para a empresa a que está vinculado, quer ocorra no seio dela, quer se apresente externamente à mesma. “A atmosfera empresarial deve ficar imune a perturbações comportamentais”

O mau procedimento, segundo Prunes (1995:131 e 132), constitui violação complementar das obrigações do empregado, englobando fatos diversos que signifiquem a prática de atos que tornam intolerável a continuação do contrato de trabalho.

Essas justas causas são avaliadas tendo em conta a categoria e a qualificação profissional do empregado, prestando-se à aplicação do princípio da individualização da pena.

São exemplos de conduta incontinente, dentre outros: a vida escandalosa do empregado, o desregramento de sua conduta em face da comunidade em geral, que podem refletir-se nas relações de emprego, dado o grau de confiança e a qualificação profissional do obreiro. Enquadram-se nesse rol, também, o assédio sexual a colega ou cliente.

A negociação habitual por conta própria ou alheia, não consentida pelo empregador, constitui justa causa, na medida em que caracteriza violação do dever de fidelidade do empregado. Trata-se de negociação de bens produzidos ou comercializados pela empresa, que importe em concorrência com ela e que não tenha sido autorizada pela mesma.

Quando não constitui ato de concorrência à empresa e não interfere nos horários de trabalho e no nível da produção do empregado, não configura a falta em apreço.

Explica Wagner Giglio (1996, p.94) que:

O termo “negociação”, originário da lei comercial, superou os limites rígidos de sua conceituação primitiva, na aplicação trabalhista.

De fato, entende-se hoje que “negociação” significa mais do que o simples ato de comércio, para abranger todas as atividades do empregado, quer sejam industriais, comerciais, rurais, de transportes etc.

Visou a lei, portanto, proibir a atividade do empregado prejudicial ao serviço ou concorrente à empresa.

José Luiz Ferreira Prunes (1995, p.138) elenca os aspectos que concorrem para tipificação dessa figura legal:

1) negociação habitual por conta própria ou alheia em atividade estranha àquela em que o trabalhador desenvolve atividade, não distinguindo a lei, nesse segundo contrato, entre prestação de serviços como empregado e como autônomo. A habitualidade é pressuposto dessa justa causa.

2) Inexistência de permissão do empregador original para essa atividade (a concordância pode ser expressa ou tácita);

3) O trabalho paralelo não pode ser concorrente com a atividade da empresa, pois representaria descumprimento do dever de fidelidade do obreiro em relação ao empregador;

4) A ocorrência de prejuízo ao serviço da empresa, na segunda atividade exercida pelo trabalhador.

d) Condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena

Trata-se da falta cometida, quer no ambiente de trabalho, quer fora dele e quando não haja o *sursis*.

A razão primeira justificativa da rescisão do contrato de trabalho é a impossibilidade de o empregado comparecer ao serviço. Entretanto, se o delito que gerou a condenação é daqueles que incompatibilizam o obreiro para o exercício de seu

cargo, poderá justificar a despedida, ainda que o condenado esteja livre para cumprir sua jornada de trabalho.

Leciona José Luiz Ferreira Prunes (1995, p.141):

Primeiramente é de se afirmar que não se trata de uma falta que diga respeito diretamente à prestação de trabalho ou ao ambiente da empresa. Contudo, diz muito sobre a pessoa do trabalhador e a confiança que nele pode e deve depositar o empregador. Por outro lado, com a condenação criminal, pesa sobre o empregado a reprovação social que, em muitos momentos, também pode se refletir sobre a imagem da própria empresa.

Na análise dos vários aspectos que envolvem esse tipo de justa causa, Wagner Giglio (1996, p.131 e 132) assinala:

a) a decisão criminal repercute no contrato de trabalho enquanto importa na condenação do empregado por atos praticados na empresa ou fora dela;

b) isso, na medida em que tal condenação impeça o obreiro de prestar os serviços, impondo-lhe pena privativa da liberdade ir e vir, eis que, havendo suspensão da execução da pena, não se caracteriza a justa causa, porquanto o empregado pode trabalhar normalmente;

c) assim, não são aptas a configurar essa justa causa as penas corporais, pecuniárias e restritivas da liberdade como medidas de segurança;

d) a detenção para investigação e a prisão preventiva que impeçam por trinta dias ou mais a prestação de serviços, causam a extinção do contrato e trabalho, embora não tipifiquem a justa causa em apreço;

e) para o efeito de autorizar a rescisão do contrato de trabalho não se distinguem crime e contravenção penal, havendo condenação transitada em julgado e não se concedendo suspensão da execução da pena;

f) a justa causa em referência também ocorre, quando é aplicada pena de interdição de direitos de exercício de profissão ou de atividade, se impedir a prestação de serviços, em casos como os de médico, contador, farmacêutico, enfermeiro, etc.

g) a anistia descaracteriza o crime e, se permitir a prestação de serviços, também a justa causa. Mas o indulto, o livramento condicional e a graça não a descaracterizam, porquanto pressupõem condenação e início de execução de pena;

h) também justificam a dispensa do empregado a revogação da suspensão da execução da pena, posto que implica o cumprimento desta e, conseqüentemente, impede a prestação de serviços;

i) durante a suspensão ou interrupção do contrato não se justifica sua rescisão, visto que não é exigível a prestação de serviços nesse período.

e) Desídia no desempenho das respectivas funções

Essa justa causa consiste na violação do dever funcional do empregado, com a prática de atos indicativos de falta da eficiência ou diligência que lhe incumbe. Assim, requer a apreciação de sua conduta, pressupondo, comumente, a repetição de atos dessa natureza. Não se dispensa o elemento subjetivo, ou seja, a intenção.

Exemplificativamente, essa falta revela-se por habitual indolência, preguiça ou desleixo no cumprimento, pelo empregado, de suas obrigações advindas do contrato de trabalho, tal como o constante desperdício de material, o uso inadequado de equipamentos de que resulte prejuízo para a empresa, ainda que sem dolo.

Tendo em vista que um único ato faltoso dessa ordem não caracteriza desídia, a despedida só se justifica se o empregado tiver sido punido, oportunamente, com advertência ou suspensão disciplinar.

Esse conceito de desídia é expresso por Wagner Giglio (1996, p.150) que diz:

Desídia significa desleixo, preguiça, indolência, omissão, descuido, incúria, desatenção, indiferença, desinteresse, relaxamento, falta de cumprimento do dever, má vontade ou falta de vontade. É a justa causa de ocorrência mais comum, na prática, e seu conceito se aproxima bastante do de culpa, no Direito Penal.

Giglio (1996, p.151) esclarece que a desídia ocorre no desempenho das funções do empregado no serviço inerente ao contrato laboral; e que este pressupõe um resultado útil razoável, em termos de quantidade e qualidade, do esforço despendido pelo obreiro em condições normais. Aduz que a diligência normal exigível do empregado varia de acordo com sua qualificação profissional; assim, quanto mais especializada sua função, maior é o grau de diligência que dele se requer. E que uma só falta funcional é insuficiente para caracterizar desídia; porém, quando o ato faltoso se reveste de gravidade, com caráter de dolo – como, por exemplo, no caso de vigia que, por negligência, não detectou início de incêndio nas instalações da empresa, ou no de

motorista que deixou fundir o motor do veículo, apesar de sinais evidentes da causa do acidente -, está presente a desídia.

José Luiz Ferreira Prunes (1995, p.148) expressa, reportando-se a situações pontuais, o conceito de desídia:

O trabalho mal executado ou realizado em quantidade insuficiente pode tipificar a desídia: nesse sentido seria classificado o empregado que não observa os horários de pegada e largada, prestando serviços em quantidade aquém do contratado. No mesmo direcionamento aquele que não segue as normas técnicas, científicas ou artísticas para a execução das tarefas.

f) Embriaguez habitual ou em serviço

A ingestão de bebida que leva à embriaguez, de modo habitual, transfiguram o indivíduo na sua conduta social e, por consequência, no seu comportamento funcional ou profissional. A embriaguez pode resultar, igualmente, do uso de entorpecentes.

Já a embriaguez em serviço, apenas uma vez, é bastante para caracterizar justa causa justificadora da rescisão contratual. O fato deve ser provado de modo convincente e, na avaliação da falta, cumpre observar a individualização da pena segundo a categoria e a qualificação profissional do empregado.

Observa, com propriedade, Wagner Giglio (1996:175 e 176) que o legislador sancionou o efeito, desconsiderando sua causa, pois a lei não pune o ato de beber, mas apenas seus efeitos. Em relação à segunda das hipóteses mencionadas no dispositivo legal em apreço, basta uma só manifestação de embriaguez em serviço para caracterizar a justa causa.

Acrescenta Giglio (1996, p.176) que a embriaguez crônica, apesar de ser considerada doença, também é admitida como justa causa para a demissão do empregado. “Mas a intoxicação involuntária, como a resultante da ingestão não desejada ou acidental de tóxicos ou entorpecentes, não autoriza o despedimento, por ausência do elemento volitivo”.

Como expressa José Luiz Ferreira Prunes (1995, p.170):

Independente de se considerar que a embriaguez seja ou não uma moléstia, que a sociedade deve ou não suportar e tratar o cidadão viciado, o que se pode afirmar é que aquele ébrio contumaz (o que é dependente do álcool ou de tóxicos outros) ou o que se

embriaga em serviço, podem ser despedidos com fundamento no citado art. 482 consolidado. Mas a jurisprudência moderna tem sido tolerante com muitos que são chegados às copas.

g) Violação de segredo da empresa

Trata-se de falta ao dever de fidelidade inerente ao contrato de trabalho. Tais segredos podem referir-se, por exemplo, à fabricação, a patente de invenção, a métodos de execução, a escrita comercial. Sobre esses elementos, dos quais tenha conhecimento pelo exercício de suas funções, o empregado deve manter sigilo em relação a terceiros, sobretudo se forem concorrentes do empregador. Aí tem especial relevo o sigilo bancário.

A violação desse dever, com a revelação dos referidos dados, causando prejuízo à empresa, caracteriza a justa causa. Para isso, não é imprescindível existência de dolo no comportamento do obreiro; basta que proceda culposamente.

Explica Prunes (1995, p.184) que a falta se caracteriza mesmo que não seja transmitido o segredo a terceiros, ou não seja divulgado, desde que o empregado se aproveite dos fatos de que tomou conhecimento em razão de seu ofício, pois a lei reza que a falta consiste na violação do segredo, não mencionando sua divulgação. “Indubitavelmente a observação de segredo por parte do empregado é uma de suas muitas obrigações acessórias ao contrato de trabalho”.

Wagner Giglio (1996, p.201 e 202) aborda os principais aspectos da justa causa em apreço:

- 1) a violação de que se trata não consiste simplesmente em revelar, mas em divulgar ou explorar abusivamente os segredos da empresa, causando prejuízo a ela;
- 2) tal comportamento infringe os deveres de colaboração e de fidelidade do empregado e causa, ou é suscetível de causar, prejuízo ao empregador;
- 3) se o empregado usa o conhecimento do segredo em benefício próprio, mesmo que não o revele, configura-se violação; por outro lado, pode haver revelação sem violação, nos casos em que a comunicação do segredo não for capaz de causar prejuízo à empresa;
- 4) não configura justa causa a revelação de parte do segredo, incapaz de acarretar prejuízo;

5) quando a revelação de segredo ilícito é feita à autoridade competente para sancionar a ilicitude, sem o intuito apenas de prejudicar o empregador, não justifica a despedida do obreiro;

6) se a violação de segredo da empresa ocorre após a extinção do contrato de trabalho, não poderá constituir justa causa, mas poderá configurar crime, conforme as circunstâncias;

7) a revelação de segredo falso, embora demonstre infidelidade do empregado, não caracteriza justa causa, por não acarretar prejuízo;

8) a justa causa em apreço configura-se, via de regra, por uma só falta;

9) a justa causa pode configurar-se mesmo na suspensão ou interrupção do contrato de trabalho.

h) Ato de indisciplina ou de insubordinação

A indisciplina consiste na violação de um dever de obediência a normas genéricas estabelecidas pelo empregador, constantes, por exemplo, de circular, instruções gerais ou no regulamento da empresa. A insubordinação caracteriza-se pela violação ao dever de obediência, em relação a uma ordem específica recebida de superior hierárquico na empresa.

Assim leciona Wagner Giglio (1996, p.228):

Também aqui se acoplaram duas justas causas, semelhantes mas distintas, num só inciso legal: uma genérica, a indisciplina, e outra específica, a insubordinação. Ambas consistem em violação do dever de subordinação do empregado ao empregador. Configura-se a indisciplina quando se descumprem ordens ou determinações gerais; e a insubordinação, quando são descumpridas ordens pessoais e diretas dadas ao empregado.

Segundo Prunes (1995, p.188), a indisciplina se expressa pela desobediência ou desatenção a norma geral que deve ser cumprida por todos os empregados, por muitos deles, ou por qualquer pessoa num certo setor ou estabelecimento. Tal norma pode estar registrada no regulamento da empresa ou em ordem de serviço. A subordinação – diz Prunes (1995, p.193) adiante – implica obediência do empregado a ordens legítimas emanadas do empregador; conseqüentemente, a insubordinação consiste em não submeter-se a ordem desse tipo.

i) Abandono de emprego

Essa espécie de comportamento pressupõe, além do afastamento das atividades, a intenção particular de não mais voltar ao trabalho, a qual se denomina *animus abandonandi*, que é o aspecto subjetivo da falta. Não há, a esse respeito, como fator que a caracterize, apenas o afastamento, sem razão plausível, por mais de trinta dias consecutivos, como ocorre em relação ao servidor público.

Essa intenção, independentemente do prazo decorrido, revela-se, por exemplo, quando o empregado falta ao serviço por haver obtido outro emprego, ou por ter-se transferido para cidade que não possibilite cumprir sua jornada de trabalho.

Leciona Prunes (1995, p.197 e 198) que o abandono não é a ausência eventual ou até mesmo contínua. Caracteriza-se por dois aspectos: abstenção ao trabalho, com faltas continuadas e ininterruptas e ânimo de não continuar vinculado ao empregador.

Giglio (1996, p. 263 e 264) diz que o abandono corresponde a renúncia, desistência, afastamento ou deserção. E explica:

Tecnicamente, o abandono de emprego não constituiria uma justa causa, no sentido de prática de um ato faltoso, mas sim de um fato jurídico que rescinde, de fato, a relação de emprego. Ao empregador cabe apenas declarar, de direito, que o contrato foi rescindido. Em outras palavras, o empregador apenas denuncia o contrato, tornando expressa a rescisão implícita determinada pelo afastamento do empregado.

j) Ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem

k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem

Levam-se em consideração, no tocante a essa falta, as pessoas e o local em que possa ser praticada. O ato dessa natureza envolve os elementos característicos dos crimes contra a honra: difamação, calúnia e injúria. Se praticado no serviço, contra

qualquer pessoa – colega de trabalho, empregador ou terceiro -, configura-se a falta. Se cometido fora do serviço, esta só existe se o atingido for superior hierárquico, o empregador ou preposto deste.

A legítima defesa desconfigura o ato como justa causa.

Observa Giglio (1996: p.290) que as ofensas físicas de que tratam esses dispositivos não se confundem com lesões corporais - figura penal que admite vários graus, conforme os efeitos da agressão. Para o Direito do Trabalho, elas são consideradas de um modo geral, traduzindo-se por brigas, rixas, desforços pessoais, tapas, empurrões, cotoveladas, etc., mesmo que não causem ferimentos, ou, ainda, as meras tentativas.

Ademais, segundo Giglio (1996, p. 290), a expressão “em serviço” não significa no efetivo exercício das funções, considerando-se que a falta se concretiza em serviço se a agressão ocorrer no período compreendido entre o início e o fim da jornada, no local da prestação dos serviços ou em seus arredores.

Prunes (1995, p. 220) observa:

Seguramente a falta trabalhista punível independe da ação penal que possa ser também movida pelo ofendido. Embora os fatos sejam únicos e de tipificação idêntica, havendo a falta trabalhista já há lugar para a plena aplicação do preceito legal.

Adiante Prunes (1995, p. 220) chama a atenção para o fato de que não se trata de falta praticada apenas no estabelecimento ou em serviço, posto que independe de local e hora. “O fato condenável pode ser enquadrado como entre aqueles que fazem naufragar o contrato de trabalho, mesmo fora do estabelecimento ou frente de trabalho, a qualquer tempo”.

l) Prática constante de jogos de azar

É uma forma de comportamento anômalo que pode causar prejuízo ao empregador, sobretudo em se tratando de empregado que exerça função de confiança, visto que o jogo de azar, praticado habitualmente, pode provocar distúrbios na vida funcional.

O objetivo da punição – despedida do empregado – é a prática de jogos que se repetem durante horas, podendo acarretar a perda de importâncias que abalem a situação econômica de quem os pratica.

Explica Giglio (1996, p.341) que a configuração do ilícito nas relações de trabalho pressupõe o objetivo de obter um resultado considerável do ponto de vista econômico. Acrescenta que não caracterizam a justa causa os jogos disputados a título gratuito ou recreativo; e que se requer, para existência do ilícito punível, a prática reiterada, habitual, suscetível de colocar em risco o patrimônio do empregador, ao menos potencialmente, o que atenta contra a confiança indispensável à manutenção do vínculo de emprego.

Nos ensinamentos de Prunes (1995, p.226):

Até os jogos permitidos – corridas de cavalo, loterias estaduais e federal, “loto”, “sena” e “raspadinhas” – todos de azar, podem enquadrar o empregado na falta, desde que praticados com insistência, com a inevitável perda de dinheiro e mormente quando possam se refletir direta ou indiretamente no ambiente de trabalho.

Assim, o legislador “censurou o vício, o desregramento de conduta que leva à obsessão, a compulsão incontida e até a perda de dinheiro que pode levar a atitudes desonestas” PRUNES (1995, p.226).

Parágrafo único do artigo 482 da CLT: Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

Diz Giglio (1996, p.357) que se tratava, na realidade, de “instrumento para coibir manifestações contrárias ao regime militar” e “visava destinatários predeterminados: os trabalhadores na orla marítima”.

Esclarece Giglio (1996, p.357) o procedimento adotado pelo Decreto-lei nº 3/66, nesse caso:

afastamento do empregado a requerimento da autoridade, com a obrigação do empregador de pagar-lhe o salário pelo período de noventa dias, e a abertura de inquérito pela Procuradoria Regional do Trabalho. Concluindo o inquérito pela caracterização de ato atentatório à segurança nacional, ficava o

empregador autorizado a despedir o empregado, sem o ônus da rescisão imotivada.

Prunes (1995, p.228) critica o texto desse dispositivo, considerando-o confuso, ao aludir a inquérito administrativo que é pertinente a servidores públicos e não pode ser confundido com o inquérito judicial para apuração de falta grave de empregado estável. “Numa quadra de nossa História teve uma aplicação indiscutida, mas hoje em dia, embora persistindo no texto consolidado, mostra-se não apenas anacrônico como de total inaplicabilidade”.

No exercício de seu poder disciplinar, o empregador deve pautar-se pelos princípios gerais que regem a aplicação de sanção, que valem tanto para o direito penal, quanto para o direito do trabalho. Dentre eles, destaquem-se os seguintes:

1. A gravidade da falta. Cumpre averiguar esse elemento, para aquilatar o cabimento da punição;

2. A atualidade da punição. É entendimento assente, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência trabalhista, que, se o empregador não toma, oportunamente, posição de desaprovação do ilícito cometido pelo empregado – por exemplo, instaurando contra ele medidas cabíveis no âmbito da empresa, notadamente a demissão -, implicitamente releva a falta, não lhe cabendo, por conseqüência, levá-la em conta depois para punir o obreiro.

3. “Non bis in idem”. É defeso punir alguém, especialmente o empregado, mais de uma vez pela mesma falta.

4. Proporcionalidade da sanção em relação à falta. É regra que atende ao princípio de justiça: a sanção deve ser dosada, ou seja, aplicada na medida do ilícito cometido, pois o objetivo é concorrer para que o apenado se recupere e se torne útil à empresa. Ou, na expressão, comum, fazer com que ele pague estritamente pelo que deve. É o caráter pedagógico da pena.

Tais princípios traduzem a humanização da aplicação da pena, que visa a defender os legítimos interesses da empresa, compatibilizando-os com o respeito à dignidade humana do trabalhador, que constitui o tema central da presente dissertação.

5.2.2 O artigo 483 da CLT: iniciativa do empregado motivada por ato ou omissão do empregador

No item anterior, explorou-se a dispensa por justa causa, conforme o art. 482, da CLT que trata das infrações que permitem o empregador dispensar seu empregado por descumprimento contratual. Nesse momento, dar-se-á ênfase à ruptura do pacto laboral por vontade do empregado contra seu empregador previsto no art. 483, da CLT. Nesse alinhamento, faz-se necessário indagar as demais hipóteses especiais de extinção contratual motivada. No campo individual do ramo jus trabalhista, a rescisão indireta ocorre quando o empregador descumpre as obrigações contratuais pactuadas com seu empregado, ainda que o acordo tenha sido assumido tacitamente, o que para a ordem jurídica entre uma e outra não há acepção.

Assim, importa indagar que, na rescisão indireta, os requisitos utilizados pelo denunciador da conduta maléfica em estudo (empregado) diferem daqueles correlatos aos critérios utilizados pelo empresário que rescinde o contrato do empregado por justa causa obreira. Assim sendo, os requisitos objetivos, subjetivos e circunstanciais da despedida indireta não se assemelham, na íntegra, aos critérios utilizados na rescisão contratual por justa causa do empregador contra o obreiro. Isto por haver entre ambas as modalidades de extinção do vínculo empregatício algumas peculiaridades inerentes à natureza jurídica dos contratos.

Destaca-se, nesse estudo, que os requisitos objetivos e subjetivos da rescisão indireta se assemelham aos critérios de validação da punição por justa causa obreira (art. 482), salvo alguns casos em que os critérios subjetivos da rescisão contratual indireta carecem de adequação. Toma-se, como exemplo, o nexos existente entre a culpa e a superioridade do empregador em assumir todos os riscos do empreendimento vinculados ao contrato de trabalho, isso é o que requer a norma trabalhista que não permite a solidariedade entre os contraentes no que tange ao inadimplemento do cumprimento das obrigações contratuais de encargo do empresário (crises econômicas, falência). Em grau maior é a necessidade de adequação dos requisitos circunstanciais da despedida indireta.

Nesse cenário, Maurício Godinho Delgado (2010) aduz não ser possível, no que tange aos requisitos em tela, o empregado aplicar sanção disciplinar contra seu próprio empregador, isto por um motivo muito óbvio, o obreiro é subordinado ao

empresário sendo este quem garante o assalariado a continuação da prestação de serviço. Nessa perspectiva, seria discrepante o empregado impor regras de conduta à pessoa que emprega e remunera seu labor, proporcionando este sustentar sua família.

Dentre as modalidades de infração patronal, entendem-se todos os tipos jurídicos do art. 483, da CLT, em suas alíneas de “a até g”. É oportuno, nesse momento, delimitar cada um deles.

“a”) Serviços superiores às forças do trabalhador: esta modalidade de despedida indireta ocorre quando o empregador sobrecarrega o empregado e ignora suas limitações físicas, não se preocupando com a sorte do obreiro, viola os limites da boa fé contratual e põe em risco a saúde física, psíquica e emocional aniquilando a autoestima e ultrapassando os limites da dignidade da pessoa humana. Quanto à força física, a norma regula o limite de peso diferenciado entre homens, mulheres e menores da condição de aprendiz, sendo 25 kg o máximo de peso suportado entre estes dois últimos (art. 390 e art. 405 § 5º, CLT) e, no caso dos homens, o limite em estudo é de 60 kg (art. 198, CLT).

“b”) Rigor excessivo no tratamento de seus superiores: refere-se ao excesso de rispidez com o obreiro, podendo-se configurar tanto pelo empregador quanto por seus prepostos que abusando da sua autonomia diretiva extrapolam as prerrogativas inerentes ao poder de mando sobre o empregado, fazendo com que este se sinta humilhado e impotente em detrimento de sua subordinação.

Entende-se que aqueles que são responsáveis em direcionar e fiscalizar as atividades laborais não devem tirar vantagem da potestade que exerce em detrimento do assalariado, devendo os dirigentes respeitar os limites da fronteira da boa-fé característica dos contratos, sendo fundamental ao não comprometimento da relação empregatícia em estudo. Diferente não é o entendimento quando o empregado é forçado a realizar tarefas estranhas ao que foi pactuado aos contraentes, violando, assim, os bons costumes.

“c”) Correr perigo de mal considerável: expor empregado à contaminação, perigo iminente ou outras mazelas que possam causar efeitos irreversíveis a saúde e a integridade física do obreiro. Obviamente que, em algumas profissões, os riscos em tela são inerentes ao próprio exercício profissional, não podendo, nesses casos, o empregado pleitear despedida indireta. O perigo deve configurar os limites exigidos no contrato, é cediço a obrigatoriedade no fornecimento dos equipamentos de proteção individual ao obreiro (EPI) e configura ao empregador infração gravosa no âmbito justabalhista,

permitindo o empregado pleitear indenização quando confirmado o risco inerente ao exercício das atividades laborais, cabendo assim despedida indireta.

“d”) Descumprimento das obrigações contratuais: O empregado pode dar por rescindido o contrato quando o seu empregador não se propuser a cumprir o que foi pactuado, tácita ou expressamente, o que determina o cabimento de rescisão indireta, nesse caso, é a obrigação de dar e fazer negociada entre os pactuantes. O empregado tem a obrigação de prestar o serviço (trabalhar); já, o empregador de remunerar a prestação do labor do empregado (salário), não pode o empregador se escusar do compromisso nem ousar diminuir a quantia avençada no contrato em tela sob pena ao empresário de indenização elevada de acordo com as porcentagens determinadas pela ordem jurídica do trabalho.

“e”) Ato lesivo da honra e boa fama do empregado ou de sua família: essa é questão que afeta diretamente a dignidade do trabalhador. Ninguém sairia moralmente incólume nas circunstâncias em exame, a família é a referência do ser humano como pessoa, é esta quem transmite as primeiras regras de conduta para um bom convívio entre os indivíduos em sociedade, sendo defeso em lei ao empregador bem como os seus prepostos dirigir-se direta ou indiretamente ao empregado com palavras ou atitudes que possam desvalorizar o trabalhador e a estimada família, não devendo apontar ao empregado palavras injuriosas bem como calúnia e difamação sem que se possa prová-las em juízo. A conduta reprovada torna faculto ao empregado a dispensa indireta sobre seu empregador sendo que a possibilidade de retratação só será possível se o ofendido em desonra se dispuser a aceitá-la, ao revés, será rescindido o contrato por ter se tornado insustentável a tolerância amigável entre as partes contraentes.

“f”) Ofensa física contra o trabalhador: o empregador ou quem lhe seja atribuída à função de mando (preposto, superior hierárquico) que extrapolar os limites de sua superioridade patronal chegando vias de fato a agredir fisicamente o empregado (salvo em defesa pessoal ou de outra pessoa que careça da intervenção) será penalizado através de rescisão indireta por infringir regra de conduta inconcebível com os moldes da proteção social dos laborantes. Nesse passo há o entendimento doutrinário de que a defesa pessoal a lume deve ser moderada no sentido de permitir que o ofendido desvie-se da agressão que lhe é direcionada.

“g”) Reduzir o salário em razão de mudança de função: o cabimento de rescisão indireta nesses casos ocorre sempre que o empresário, agindo de má fé substitua a função do empregado por outra que diminua a remuneração do assalariado.

Este tipo de infração vincula-se à vontade do empregador de influenciar o empregado que por se sentir desmotivado acaba comunicando ao empregador que não tem mais interesse em continuar prestando ao contratante o serviço que lhe foi demandado. Nesta linha fica clara a intenção de má fé volitiva do empresário em se ver livre das indenizações, oriundas do término da relação de emprego sem justa causa, o § 3º do art. 483, CLT faculta ao empregado nos casos das alíneas “d” e “g” a prerrogativa de se afastar do emprego pleiteando a rescisão indireta, se assim desejar.

O § 1º do artigo em estudo destina-se a proteger o empregado sempre que o empregador exigir que o mesmo desempenhe tarefas diferentes do certame contratual, no entanto, o subordinado deve cumprir com os serviços aparentes do contrato, devendo este se negar a cumprir tarefas que não lhe foram destinadas. A Consolidação das Leis do Trabalho autoriza a dispensa indireta do empregado em casos como esse.

O § 2º deste mesmo exame dispõe que, no caso de morte do empregador, e em se tratando de empresa individual, é facultado ao empregado decidir pela rescisão indireta do contrato. Salutar é o entendimento que não vê a necessidade de extinção do contrato quando na morte do *de cuius*, seus sucessores manifestarem a intenção em manter a rotina das atividades comerciais da empresa, preservando assim o vínculo com os obreiros e fortalecendo os fins do instituto jurídico laboral em estudo.

Como foi mencionado, no início desse estudo, existem algumas modalidades de extinção contratual, previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, que se diferem das obrigações gerais, estudadas anteriormente, justa causa (art. 482) e dispensa indireta (art. 483, CLT) sendo oportuno, nesse exame o deslinde dessas diferenças em razão das peculiaridades inerentes a algumas modalidades de profissão.

Segundo Delgado (2010, p. 121), o Direito do Trabalho tipifica outros tipos de infrações que podem ocorrer enquanto vigorar o contrato de trabalho e que se diferem daquelas tipificações que estão elencadas no rol do artigo 482, da CLT. O referido autor menciona ainda que esta circunstância diferenciada deve-se em razão de situações especiais atípicas inerentes a certos tipos de categorias de obreiros.

Todo trabalhador que esteja integrado a um contrato individual de trabalho, assume a obrigação de desempenhar suas atividades sob o poder diretivo do seu empregador. Quando o empregado se nega a assumir certas obrigações, que foram acordadas entre patrão e empregado, seja por força de lei, por acordo das partes, pela natureza da atividade, por convenção ou acordo coletivo ou, ainda, por ser sentença normativa ou acordo em dissídio coletivo. Destarte, o obreiro está sujeito a ser

dispensado por justa causa. Nesse diapasão, o empregado tem o dever de não violar suas obrigações comuns a qualquer empregador.

No universo trabalhista, existem vários tipos de atividades laborais e algumas delas merecem tratamento diferenciado em virtude do tipo de prestação de serviço. É o caso que incide sobre os bancários, os menores aprendizes, os marítimos, os ferroviários e os que se encontrem em circunstâncias insalubres ou perigosas. A lei diferencia cada um deles de forma individual e na proporção da gravidade do caso. Registre-se, nesse momento, as possíveis infrações que podem incidir a justa causa aos seguintes trabalhadores:

Bancários: Esta categoria de empregados está sujeita à justa causa não só pelos motivos previstos no artigo 482, da CLT, como também em casos de inadimplência habitual, previstos no artigo 508, da mesma. É oportuno salientar que, tal inadimplência a título de infração, deverá reproduzir efeitos negativos a ponto de comprometer a imagem da empresa que o obreiro em estudo presta serviço. De acordo com o artigo anterior, o bancário que insiste em permanecer inadimplente com suas obrigações financeiras legalmente exigíveis, corre o risco de ser dispensado por justa causa.

Nesse entendimento, José Luiz Prunes (1995, p. 274) confirma:

(...) Não é obrigação especial apenas por determinação legal, pois também podemos afirmar que existe em razão da natureza do serviço e da atividade a que se dedica o empregador, o banco. Isto ocorre em razão de que o bancário, trabalhando num estabelecimento de crédito, precisa – ter bom nome e, em caso contrário, prejudica, inclusive, o bom nome do empregador.

Mauricio Delgado (2010) explica que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou integralmente as infrações do artigo 508, da CLT, por ambas discreparem do mesmo entendimento. O autor complementa dizendo que a Carta Magna, de 1988, entende que a vida econômica do empregado não justifica a incidência de justa causa. Ao contrário, poderá configurar a ordem infraconstitucional à invasão, à privacidade do trabalhador em tela.

Aqui, é oportuno salientar que o Constituinte de 1988 procurou resguardar a intimidade e a dignidade da pessoa humana. Assim, por mais que o instituto laboral em estudo seja reconhecido juridicamente como uma ordem autêntica e consolidada, ainda assim, permanece sendo de ordem infraconstitucional.

Menor Aprendiz: A lei permite que os adolescentes maiores de quatorze anos possam se ocupar de ofício remunerado, desde que, na qualidade de aprendiz. A atividade laboral desses menores está vinculada por circunstâncias legalmente especiais, portanto entende-se que a lei em estudo foi cuidadosamente elaborada em razão de o menor ser civilmente reconhecido como inimputável.

Desse modo, os arts. 424 a 433, da CLT, regulam o contrato de trabalho da categoria em pesquisa. O aprendiz, como qualquer outro trabalhador, está sujeito ao cometimento de falta grave durante o curso de seu contrato laboral, inerente a qualquer tipo de trabalhador com vínculo empregatício. A lei menciona que o empregador poderá reincidir o contrato de trabalho do menor aprendiz antes do prazo firmado entre as partes.

Nesta linha, Delgado (2010, p. 1123) confirma:

(...) Reitere-se que, mesmo no caso do trabalhador aprendiz, a existência dos tipos inflacionais de caráter especial especificados no artigo 433 da CLT não exclui a aplicação sobre estes trabalhadores das infrações estipuladas no rol amplo do art. 482 da CLT, pelo menos no que for compatível.

De acordo com os comentários destacados acima, é oportuno salientar que o menor aprendiz ainda que esteja sob tutela específica em detrimento das circunstâncias, já mencionadas nesse estudo, continua sujeito aos efeitos impostos pelas regras do Direito do Trabalho.

Marítimos: Os trabalhadores que desempenham suas atividades em embarcações estão sujeitos a um tipo peculiar de subordinação, então os procedimentos que regulamentam seu ofício recebam tratamento diferenciado. José Luiz Prunes (1995) destaca o fato de que o curto espaço de tempo que os obreiros em tela permanecem no porto, contribui para que as possíveis divergências oriundas das peculiaridades que este tipo de ofício traduz, não incidam com a mesma proporção que a dos trabalhadores terrestres. Visto que o número de trabalhadores que exercem profissão diferente da mencionada, é indubitavelmente muito maior em termos quantitativos.

Destarte, em detrimento da peculiaridade traduzida pela profissão de marinheiro, é importante esclarecer que infrações, delitos ou crimes, que porventura venham a ser cometidos pelo obreiro, serão anotados em sua carteira de trabalho. Nesse esclarecimento, não se pode esquecer que esse tipo de reprimenda não é permitida em se tratando de outras categorias de trabalhadores reguladas pela CLT. Veja-se que tudo o

que for anotado na caderneta individual de trabalho permanecerá registrado, inexoravelmente, na vida profissional daqueles que necessitam de trabalhar para sobreviver.

A carteira de trabalho é o cartão de visita do trabalhador, e tudo o, que nela é observado, pode contribuir sobremaneira no momento de concorrer à chance de ocupar um novo posto de trabalho. O autor salienta que toda essa complexidade, que cerca a dinâmica laboral do cotidiano dos embarcações, está vinculada à origem da própria história naval que é reconhecida por impor rígidos padrões de comportamento disciplinar.

Ferrovários: Esta profissão diz respeito àqueles que com destreza, trabalham operando trens em grande extensão de linha férrea.

É importante lembrar que as normas da CLT que regulamentam a profissão dos ferroviários estão vinculadas a um período histórico, na qual a categoria gozava da estabilidade decenal.

Nessa senda, Prunes (1995) lembra, ainda, que, nesse período, os trens eram o meio de transporte mais utilizado por todos, principalmente, porque facilitavam a entrada e saída de mercadorias.

O avanço tecnológico chegou, a estabilidade decenal passou (salvo o que estiver expresso em lei) e a norma em observância permanece em vigor. Todas as vezes que haja a necessidade de convocar o ferroviário nas circunstâncias aludidas pelo art. 240 da CLT, este, salvo motivo justificado, não poderá escusar-se do ofício, sob pena de ser dispensado por justa causa do empregador, em detrimento da recusa em estudo, configurando assim a falta grave, Prunes (1995, p. 285) complementa dizendo:

Como a falta praticada por empregado estável (pensamos que também qualquer que seja a origem desta estabilidade, além da decenal) é definida pelo art. 493, como sendo a prática de qualquer dos fatos a que se refere o art. 482, quando por sua repetição ou natureza representem séria violação dos deveres e obrigações do empregado. Na hipótese focada não há necessidade de reiteração.

Saúde e Segurança no trabalho: Existem certos tipos de trabalho que expõem o profissional, inexoravelmente, a riscos inerentes ao exercício da profissão. O aperfeiçoamento das máquinas coadunado ao avanço tecnológico contribuiu sobremaneira com o desenvolvimento econômico na sociedade, não obstante, o referido

avanço não foi capaz de garantir que o trabalhador mantenha-se incólume a acidentes e às doenças que o mesmo possa sofrer em detrimento das peculiaridades em torno da dinâmica e o tipo de profissão que exerce.

Nesse universo, o Direito do Trabalho mediante o rigor do art. 158 da CLT, impôs a rigidez necessária para obrigar empresários e empregados a obedecerem ao uso indispensável de equipamentos de proteção individual do trabalhador (EPIs). O descuido quanto ao seu uso, quando negligenciado pelo empregador em prejuízo do seu empregado pode lhe ocasionar sanções, como multa em forma de pecúnia. No caso de desobediência do empregado em relação ao seu patrão, poderá lhe custar uma possível demissão por justa causa.

A rigidez na aplicação das sanções justifica-se pela importância do caso em questão e por ser comum patrões e empregados negligenciarem a devida atenção no que tange às observâncias expressas em lei quanto à obrigatoriedade do uso de EPIs. Confirma J.L. Prunes (1995, p. 292), ao dizer que:

Registra a Consolidação das Leis do Trabalho uma passagem que tem sido pouco observada, havendo um descaso injustificado tanto dos empregados (que pouco se importam com sua própria saúde), como dos empregadores (que revelam a falta com perdão tácito...ou silêncio censurável).

Entende-se, no entanto, ser necessário o rigor por ser uma forma de tentar prevenir e minimizar tanto os acidentes, como possíveis contaminações provenientes dos riscos inerentes ao exercício da profissão. Não se pode olvidar que os objetivos em torno da rapidez e do lucro da produção, em momento algum, devem vilipendiar a vida humana, sendo dever de o Estado fiscalizar as condições e o uso dos equipamentos de proteção utilizados pelos obreiros em tela.

5.3 VERBAS RESCISÓRIAS E AUXÍLIO-DESEMPREGO COMO FORMAS INDIRETAS DE TUTELA DO EMPREGO

A extinção do contrato de trabalho significa o término do vínculo empregatício e com ele o fim das obrigações para os contratantes. O legislador, conhecedor do significado que o emprego representa na vida do assalariado, procurou estabelecer um

número razoável de obrigações ao empregador na hipótese de dispensa sem justa causa. Já que a legislação brasileira não reserva o direito ao trabalhador de ter estabilidade no emprego, procurou-se encontrar um modo de compensá-lo em nome do princípio da continuidade do emprego. Algumas indenizações não estão vinculadas diretamente ao término do contrato em razão de sua específica natureza jurídica como é o caso das férias e do 13º salário. Também há algumas indenizações que se encontram restringidas em razão dos motivos que incidem a cessação do contrato, sendo a dispensa sem justa causa o tipo que agrega um maior número de indenizações. Isso porque o ordenamento jurídico nacional abriu mão da estabilidade, tendo o empregado tão somente o direito a uma indenização compensatória pelo ato injustificado do empregador.

Tal entendimento foi concebido pela Constituição Federal, de 1988, que estabeleceu que a relação empregatícia deve ser protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos (art. 7º, I). Não se pode esquecer que a referida lei mantém-se indefinida, portanto, em razão de sua inexistência permanece, na dispensa sem justa causa, o que está previsto no art. 10, inciso, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que assegura o pagamento de 40% sobre o FGTS devido ao empregado. Portanto, na dispensa arbitrária ou sem justa causa, o empregado terá direito de receber:

- a) ao saldo de salários;
- b) à indenização de 40% do FGTS;
- c) ao saque do FGTS
- d) ao aviso prévio;
- e) ao 13º salário proporcional;
- f) às férias vencidas, se houver;
- g) às férias proporcionais, ainda que com menos de um ano de prestação de serviço ao mesmo tomador;
- h) ao seguro-desemprego (caso atenda aos requisitos estabelecidos em lei)

O emprego é uma necessidade social, meio de assegurar condições mínimas e necessárias a obtenção de uma existência digna, para tanto, foi reconhecido como sendo um direito fundamental do indivíduo. Assim pensando, a Constituinte de 1988 (art. 201, IV, CF/1988) preocupou-se em garantir o Seguro-Desemprego como um benefício social obrigatório com a finalidade precípua garantir a assistência financeira temporária ao trabalhador com vínculo empregatício (salvo o que for estabelecido em lei)

dispensado sem justa causa, inclusive a dispensa indireta, e ao trabalhador comprovadamente retirado de trabalho escravo. O Seguro-Desemprego além de amenizar as dificuldades do trabalhador, auxilia-o na busca de um novo emprego. Também possui outros objetivos, como o caráter preventivo ao buscar amparar o trabalhador, garantindo-lhe os meios básicos ao alcance da subsistência com um mínimo de dignidade. Simm (2005) ressalta que o homem, desde seu nascimento, corre o risco de eventos danosos ao seu patrimônio, à sua saúde e a sua vida. Por isso, o autor entende que certas ações preventivas podem evitar e minimizar sua incidência, mas não eliminar a maioria deles.

O Seguro-Desemprego é um benefício de inconfundível relevância na proteção social do sujeito trabalhador, sua natureza transcende à esfera individual, uma vez que o indivíduo se encontra impossibilitado de suprir suas necessidades básicas. Nesse passo, Simm (2005) aduz que as necessidades individuais não atendidas repercutem sobre os demais indivíduos e, em última análise, sobre a sociedade.

Nesse contexto é importante salientar que o benefício em análise é medida paliativa e não resolve o problema da falta de postos de trabalho, em face de que esta ajuda de custo tem prazo para encerrar-se, independente do obreiro ter encontrado novo trabalho ou não. É apenas um meio do trabalhador dispensado permanecer durante alguns meses suprindo algumas necessidades mínimas. Por outro lado, há que se considerar que o emprego não é, para o empregado, apenas o meio de prover suas necessidades materiais. É também relevante como forma de estar inserido no ambiente em que vive. Evidentemente, esta lacuna, o seguro desemprego não preenche.

Nesta linha, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) é um sistema criado na década de 1960, direcionado a categorias de trabalhadores brasileiros com vínculo empregatício. Foi criado por meio da revogada Lei 5.107/1966 (atualmente substituído pela Lei 8.036/90) e surgiu como opção paralela à indenização por tempo de serviço pertencente aos empregados da antiga estabilidade decenal, estudada em capítulo anterior. Assim sendo, sabe-se que os empregados com vínculo empregatício deverão fazer jus ao recebimento do fundo no momento do término da relação de emprego (dispensa arbitrária ou sem justa causa) na medida percentual prevista na referida Lei e ainda sob o manto da Carta Constitucional de 1988, segundo o art. 7º, III.

Portanto, sempre que extinta a mencionada relação por intermédio da dispensa sem justa causa obreira, o trabalhador terá direito a sacar os depósitos do FGTS que são depositados compulsória e periodicamente na sua conta por seu empregador enquanto

perdurar o exercício do contrato laboral. Os depósitos serão efetuados todos os meses, nas agências da Caixa Econômica Federal, vinculados a uma conta particular em nome do beneficiado (obreiro). Frise-se que os depósitos só poderão ser sacados pelo empregado quando da dispensa sem justa causa.

Diferente é o entendimento quando houver dispensa por justa causa (art. 482, CLT), que quando ocorre, impede o trabalhador de fazer o saque do montante, mas o valor permanecerá no Fundo, sob o comando de futuros empregadores. A lei também prevê hipóteses em que o empregado poderá se beneficiar do referido depósito.

Amauri Mascaro Nascimento (2009) explica que o comentário anterior é possível sempre que a despedida for sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior (Lei n. 8036, de 1990, art. 18), podendo assim sacar a pecúnia depositada pelo empresário que o dispensou, tendo este que depositar um acréscimo de indenização (de dispensa sem justa causa, correspondente a 40% da conta, mais juros e correção monetária, além da contribuição social na alíquota de 10% sobre o montante de todos os depósitos devidos durante todo o tempo resultante do contrato de emprego (LC n. 110, de 2001, art. 1º), que será recolhida pela empresa à Caixa Econômica Federal (art. 3º), contribuição social que será debitada na conta vinculada do empregado, contando que este, mediante Termo de adesão (art. 6º), concorde com a redução do complemento de atualização monetária resultante da atualização da sua conta.

Não se pode esquecer que sendo a dispensa fundada em razão de culpa recíproca ou de força maior, o acréscimo indenizatório é reduzido para 20% segundo a Lei n. 8036, de 1990, art. 18, §2º). Nessa situação, terá o trabalhador direito de sacar o Fundo. Também o terá quando se aposentar pela Previdência Social. O Fundo pode ser ainda liberado em algumas situações, como: por parte de seus dependentes no caso de seu falecimento; em situações de extinção da empresa empregadora por motivo de falência; por morte do empregador quando o empregado manifestar desejo de ter rescindido o contrato; para pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional; liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, observadas condições estabelecidas pelo Conselho Curador; pagamento total ou parcial do preço da aquisição de moradia própria, observadas a condições previstas pela lei; término do contrato a prazo, inclusive dos trabalhadores temporários regidos pela Lei n. 6019, de 1979; suspensão do trabalho do avulso por no mínimo noventa dias; quando o trabalhador ou qualquer dos seus

dependentes for acometido de neoplasia maligna; aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, em que se permite a utilização máxima de 50% do saldo existente na conta vinculada, e, finalmente, quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos, a partir de 1º de Junho de 1990, fora do regime do FGTS, poderá efetuar o saque a partir do mês do aniversário do titular da conta.

6 CONCLUSÃO

A pesquisa de que resultou a presente dissertação teve como objetivo investigar a tutela do emprego como instrumento de promoção da dignidade do trabalhador numa conjuntura de mercado globalizado.

Em primeiro lugar, a pesquisa bibliográfica realizada demonstrou que as discussões em torno do tema refletem a fenômenos globais negativos que precarizam as relações de trabalho e dificultam a promoção da dignidade obreira. Estudos filosóficos salientados nessa pesquisa constataram que o labor é imprescindível à vida em sociedade e que sem trabalho o homem se sente incapaz de interagir com os outros indivíduos.

Nesse diapasão, a pesquisa em tela foi resultado não somente do interesse e do reconhecimento da dimensão social que exerce o labor na vida em sociedade, como também a necessidade premente de contextualizar os desafios ora enfrentados no que toca às questões do trabalho que se desenvolve na dinâmica capitalista hodierna.

Destarte, é que a tutela do emprego promotora da dignidade do trabalhador merece lugar de destaque e atenção dos estudiosos que se empenham em debater alguns dos muitos conflitos de interesses entre empregadores e empregados.

Nesse entendimento, ressalte-se que a pesquisa em estudo é de considerável contribuição, visto que reconhece em todos os capítulos a importância da proteção do labor, sendo este último instrumento maior de valorização da dignidade humana. Sendo assim, faz-se mister que o Direito do Trabalho incline-se constantemente a estender os mecanismos de tutela do emprego reconhecidos em todo o ordenamento jurídico nacional. Tal entendimento deve-se à peculiaridade engendrada na dinâmica empresarial interferente nos modos de produção capitalista confrontantes com o Estado Democrático de Direito.

Pesquisar sobre o trabalho é oportunizar o olhar individualizado pertencente à capacidade que cada indivíduo possui de exteriorizar suas próprias convicções, ainda que esta última seja resultado da compilação de vários conceitos em torno do tema investigado. O importante é que o referido olhar encontre seu verdadeiro fundamento, ao reconhecer o Direito do Trabalho como algo carente de sistemática transformação.

Baseou-se nesse aspecto, a conclusão que a sobreposição do capital sobre o trabalho modifica a dinâmica política e cultural que orientam os Estados na maneira de conduzir a tutela jurisdicional da proteção do emprego.

Constata-se que o Brasil apesar de seguir a diretriz democrática no sentido de constitucionalização dos Direitos e Garantias fundamentais do indivíduo, segue, de certa maneira, a influência ideológica neoliberal imposta aos Estados que desejam permanecer competitivos economicamente entre si. Identifica-se tal assertiva porque a Constituição Federal de 1988 apesar de ter generalizado o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), sepultou de vez a antiga estabilidade decenal do trabalhador.

Por outro lado, é inegável o avanço da referida Constituição facilmente identificada pela condução com que os dispositivos constitucionais brasileiros entenderam a promover a dignificação humana.

Nessa linha, a Organização Internacional do Trabalho como universalizadora de normas no sentido de humanizar e unificar os Estados a aplicar efetivamente os direitos sociais, lança por meio da Convenção 158 da OIT sua atuação no entendimento de dificultar a dispensa do empregador em detrimento de seu subordinado. Dessa forma, o Brasil que normalmente adere aos documentos da OIT, recebeu a referida Convenção. Porém, infelizmente tempo depois, por motivos obscuros, voltou atrás, efetivou a denúncia da mesma, por entender que a Convenção em apreço, conflitava com o arcabouço jurídico nacional no que toca à dispensa arbitrária ou sem justa causa obreira.

Nessa esteira, deve-se perseguir a verdadeira identificação do compromisso do ramo jurídico laboral autêntico (Direito do Trabalho) na promoção da dignidade humana, sendo que a medida de sua atuação deve combater as forças do livre mercado (globalização econômica) empenhadas na exploração do homem pela acumulação do capital.

É o Direito do Trabalho juntamente com toda a sociedade que deve possibilitar o debate no que se refere à alteração da estrutura jurídica condicionada na atualidade. Não se pode aceitar que o homem seja instrumentalizado por interesses capitalistas.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O Direito do Trabalho como Dimensão dos Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2009.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho**: ensaios sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho. Ed. Cortez, 2010

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, 4^a. reimpressão, Rio de Janeiro: ed.Campus, 1992.

BRASIL, **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**. 11. Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo. RT, 2010.

CARRION, Valentin. **Trabalho e Doutrina: Processo e Jurisprudência**. Ed. Saraiva, 1996.

CECATO, Maria Aurea Baroni. **Considerações acerca da dignidade do trabalhador ante os reflexos da automatização**. Verba Juris: Anuário da pós-graduação em Direito, João Pessoa, ano 4, n. 4, 2005.

CECATO, Maria Aurea Baroni. **Constitucionalismo Social: O papel dos sindicatos e da jurisdição na realização dos direitos sociais**. ed.Verbo Jurídico, 2008.

CECATO, Maria Aurea Baroni. **Direito Social na União Européia e Mercosul: Emprego e inserção sociolaboral**. Unipê, 2009.

CECATO, Maria Aurea Baroni. **Trabalho, Constituição e Cidadania: Reflexos acerca do papel do constitucionalismo na ordem democrática**. ed.Verbo Jurídico, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9^a ed, São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Gabriele Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **O Estado de Bem – Estar Social no Século XXI**. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 2. ed São Paulo: LTr, 2001.

DINIZ, José Janguê Bezerra, **O Direito e a Justiça do Trabalho diante da Globalização**. ed. São Paulo: LTr, 1999.

ESTEVEZ, José B. Acosta. **El Sistema Jurídico de La Organización Internacional Del Trabajo y El Derecho Español**. Ed. Cedecs Editorial S. L., 1997.

GANDRA, Ives. **Para Ministro Ives Gandra, do TST, Constituição Alimentou Informalidade**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/172227/para-ministro-ives-gandra-do-tst-constituicao-alimentou-informalidade>>. Acesso em 20 mar. 2011.

GOMES, Dinaura G. Pimentel. **Direito do Trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas**. São Paulo: LTr, 2005.

GOMES, Orlando. **Convenção Coletivo de Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Direito Constitucional do Trabalho: aspectos controversos da automatização**. Porto Alegre: Ed. Do Advogado, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

IAMAMOTO, Marilda Villela. **Trabalho e indivíduo social**. 2ª, ed. Cortez, São Paulo, 2006.

JUNIOR, Antonio Ferreira Cesarino. **Direito Social**. São Paulo: LTr, 1980.

LUNO, Antonio Enrique Perez. **Dimensiones De La Igualdad**. ed. Dykinson, 2005.

LUNO, Antonio Enrique Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 9ª ed., Editorial Tecnos, 2007.

MACIEL, José Alberto Couto. **Desempregado ou Supérfluo**, São Paulo: LTr, 1998.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Convenção 158 da OIT. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5820>>. Acesso em: 30 mar. 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24ª, ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho**. Ed. Malheiros, 1998.

NETO, Pedro Vidal. **Curso de Direito do Trabalho**. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 82ª reunión, 1995, Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo: PROTECCION CONTRA EL DESPEDIDO INJUSTIFICADO- INFORME (PARTE 4B), 1995.

PAIVA Paulo. **A Denúncia da Convenção 158**. In: Revista LTr. São Paulo, LTr. Legislação do Trabalho. São Paulo: LTr, vol. 60, n. 12, Dezembro de, 1996, 1592 – 1595.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. Ed. Saraiva, 2006.

Potobsky, Geraldo W. Von. **La Organización Internacional del Trabajo**. Prólogo de José Maria Arruda, Editorial Astrea, 1990

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Justa Causa e Despedida Indireta**. Curitiba: Juruá Editora 1994.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: 1978.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. LTr, 1995

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O Direito Do Trabalho E O Desemprego**. Ed. LTr, 1999.

SARAGOSSÁ, Josep Vicent. **Derecho Del Exempleo**. Ed. Tirant lo Blanch, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7ª ed.rev. e atual. Porto Alegre:Livraria do Advogado Ed., 2009.

SEN, Amartya. **O desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

SIMM, Zeno. **Os Direitos fundamentais e a seguridade social**. São Paulo: LTr, 2005.

SIMM, Zeno, “Os Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho”, In: Revista LTr. São Paulo, LTr. **Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, vol. 69, n. 11, Novembro de 2005, 1287-1291

SINGER, Paul. **A Cidadania Para Todos**. “A cidadania para todos”, In: Pinsk, Jaime; Pinsk Carla B. (Org.) História da Cidadania, São Paulo, Contexto, 2003, 190-263.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3ª, ed. São Paulo: LTr, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado Trindade. **A humanização do Direito Internacional**. Del Rey: 2006.