

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL UNIDADE
UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA
CURSO DE DIREITO**

Luísa Teixeira de Assis

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E A
DESPEDIDA ARBITRÁRIA**

PARANAÍBA/MS

2016

LUÍSA TEIXEIRA DE ASSIS

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E A
DESPEDIDA ARBITRÁRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, unidade de Paranaíba, como exigência parcial para bacharelado do curso de Direito, no período matutino, sob orientação do Professor Me. Christiano Francisco da Silva Vitagliano.

PARANAÍBA/MS

2016

A866c Assis, Luísa Teixeira de

A constituição do direito do trabalho e a despedida/ Luísa Teixeira de Assis. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2016.
54f.; 30 cm.

Orientador: Prof. Me Christiano Francisco da Silva Vitagliano.

Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Direito Constitucional do Trabalho. I. Assis, Luísa Teixeira de. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 344.01

LUÍSA TEIXEIRA DE ASSIS

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E A
DESPEDIDA ARBITRÁRIA**

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do título de bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado em/...../.....

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Christiano Francisco da Silva Vitagliano (Orientador)
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Profa. Me. Denise Corrêa da Costa Machado Bezerra
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Profa. Dra. Sidinea Cândida Faria
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Aos meus pais, por serem sempre a base do meu caminhar e a mão firme que me guiou.
Às minhas irmãs, Ana Carolina e Marina, por serem a melhor parte de mim, em qualquer circunstância.
Aos meus avós, por estarem presentes em todas as minhas vitórias, ainda que longe, e por se orgulharem de cada passo meu.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por ter me concedido a vida, ter feito de mim quem eu sou e estar por eu exatamente onde estou. E por ter permitido que eu vivesse cada sonho de uma forma única.

Agradeço aos meus pais, Gilson e Dionice, por guiarem meus passos com amor, por me ensinarem a lutar pelos meus objetivos e nunca desistir. Sem vocês eu não seria quem eu sou, e, com toda certeza, não teria chegado até aqui. A vocês, amor, oração, e gratidão eterna.

Às minhas irmãs, Ana Carolina e Marina, que, entre tapas e beijos, sempre estiveram presentes em todos os momentos. Obrigada por serem meu porto seguro e por me darem a certeza de que, independentemente de qualquer coisa, sempre estaremos juntas.

Aos meus avós, Dioniz, Maria Lúcia, Neusa e Odilon, por serem a base da nossa família e por ter nos ensinado sobre o amor e a união.

Aos meus tios, com quem sempre pude contar e sempre demonstraram amor de forma incondicional.

Aos meus primos, que fizeram da minha infância a melhor que ela poderia ser, e por me acompanharem até hoje, perto ou longe, também estaremos juntos.

Agradeço a todos os professores que tive na UEMS, por terem contribuído para a minha formação acadêmica e, mais que isso, por terem me feito uma pessoa melhor. Em especial à Denise, pela atenção na realização deste trabalho e por estar presente todas as vezes que precisei. Agradeço também ao Robertinho, pelo suporte durante o curso, e por ter nos dado sempre mais do que merecíamos, por ser professor e amigo. Ao professor Isael, por estar presente desde o primeiro ano, por ter me ajudado nos momentos de angústia, dentro e fora da faculdade. Agradeço ao professor Djalma, pelo carinho que sempre demonstrou ter e por toda a atenção.

Agradeço também, ao meu professor e orientador Christiano, por todos os ensinamentos e pela ajuda na conclusão desse trabalho. Saiba que o admiro muito como profissional e pessoa que é.

A melhor família que Paranaíba poderia ter me dado: meus amigos. Eu nunca vou ter palavras suficientes para expressar o quanto eu amo vocês, e o quanto sou grata por cada momento que passamos.

A minha segunda casa, meu haras, pela cumplicidade, irmandade. Obrigada Halissa, Mileny, Matheus, Raiane e Rumena. Por estarmos sempre juntos, um pelo outro, com todo o sentimento do mundo.

As minhas advogatas, Maria Eduarda, Monique, Carol, Isadora, Adriana, Ivana e Aylana, por me fazerem perceber que nunca estive sozinha, e por terem feito parte das melhores lembranças que eu tenho em Paranaíba. Vai time!

Ao Sean, por ser meu exilado político preferido, e por mostrar que a distância em nada diminuiu o que se constrói verdadeiramente.

Ao Wallace, por todo amor e paciência dedicados a mim. Por me incentivar a fazer o que eu amo, e por me encorajar a seguir meus sonhos.

Aos amigos que a vida me deu, e permitiu que neles eu tivesse mais uma família: eu jamais saberia dizer a falta que vocês me fazem, e o quanto sou feliz por saber que, mesmo longe, estamos juntos e torcendo um pelo outro, como sempre foi. Em especial a Ana Beatriz, Maria Olivia, Raquel, Beatriz, Fabinho, George, Francinne, Amanda, Tássia e Thaysa. A vocês todo o meu amor, e a minha saudade também.

A todos que fizeram parte dessa fase tão importante pra mim, obrigada por tudo!

Desistir... Eu já pensei seriamente nisso, mas nunca me levei realmente a sério; é que tem mais chão nos meus olhos do que o cansaço nas minhas pernas, mais esperança nos meus passos, do que tristeza nos meus ombros, mais estrada no meu coração do que medo na minha cabeça.

Cora Coralina

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade discutir acerca da Constitucionalização do Direito do Trabalho em face da despedida arbitrária. O artigo 7º, I, da Constituição Federal, traz que é direito do trabalhador a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. Ocorre que, mesmo aos 28 anos de vigência da atual Constituição, a lei a que se refere o dispositivo inexistente. Dessa forma, cabe analisar e estudar a eficácia de uma norma constitucional definidora de direito individual ainda não regulamentada, e seus efeitos frente ao ordenamento jurídico. Para tanto, a pesquisa será embasada por renomados juristas e doutrinadores da área, como Mauricio Godinho Delgado, Sérgio Pinto Martins, Carlos Henrique Bezerra Leite, Alexandre de Moraes, José Afonso da Silva, entre outros. A finalidade é discutir sobre a proteção a relação de emprego da parte hipossuficiente. Analisase também os casos já regulamentados pelo art.10, II do ADPF, que garante estabilidade de emprego aos membros da Cipa e às gestantes. Logo, é necessário dar um alcance maior a norma, uma vez que o próprio texto constitucional dispôs ser um direito fundamental de todo e qualquer trabalhador.

Palavras-chave: Direito Constitucional do Trabalho. Despedida arbitrária. Estabilidade de emprego.

ABSTRACT

This study aims to discuss the Constitutionalisation of the Labor Law in the face of arbitrary dismissal. Article 7, I, of the Federal Constitution provides that it is a right of the worker the employment relationship protected against arbitrary dismissal or without a cause, in terms of a supplementary law which shall establish severance-pay, among other rights. It happens that even after 28 years of operation of the current Constitution, the law referred to it does not exist. Thus, it is interesting to analyse and study the effectiveness of a defining constitutional rule of individual rights not regulated yet, and its effects on the legal system. Therefore, the research will be grounded by renowned jurists and scholars of the area, as Mauricio Godinho Delgado, Sergio Pinto Martins, Carlos Henrique Bezerra Leite, Alexandre de Moraes, José Afonso da Silva, among others. The purpose is to discuss the protection of employment relationship of the disadvantaged part. It also discusses the cases already regulated by article 10, II of the ADPF, which guarantees job security to members of CIPA and pregnant women. Therefore, it is necessary to give greater reach to the norm, since the constitutional text itself says it is a fundamental right of any worker.

Keywords: Constitutional Labor Law. arbitrary dismissal. employment stability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O CONSTITUCIONALISMO	14
1.1 A constitucionalização no mundo	14
1.2 A constitucionalização do Brasil	16
1.2.1A Constituição de 1824	17
1.2.2A Constituição de 1891	17
1.2.3A Constituição de 1934	18
1.2.4 A Constituição de 1946	Erro! Indicador não definido.
1.2.5A Constituição de 1988	Erro! Indicador não definido.
1.3 A constitucionalização do Direito do Trabalho	21
1.4 A constituição e a restrição à despedida arbitrária ou sem justa causa	Erro! Indicador não definido.
2 A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	Erro! Indicador não definido.
2.1 A eficácia dos preceitos constitucionais elencados no artigo 7º, inciso I	Erro! Indicador não definido.
2.2 Os institutos protetivos da parte hipossuficiente da relação de trabalho.....	Erro! Indicador não definido.
2.2.1 O princípio da Unidade da Constituição frente ao princípio da proteção	Erro! Indicador não definido.
2.2.2 Princípio da Continuidade da Relação de Emprego	Erro! Indicador não definido.
2.2.3 Estabilidade e garantia de emprego	Erro! Indicador não definido.
2.2.3.1 Estabilidade	Erro! Indicador não definido.
2.2.3.2 Estabilidade Celetista	30
2.2.3.3 Estabilidade do art. 19 do ADCT da Constituição de 1988 e do art. 41 da Constituição Federal	Erro! Indicador não definido.
2.2.3.4 Estabilidade advinda de ato empresarial	Erro! Indicador não definido.
2.2.3.5 Garantia de emprego.....	Erro! Indicador não definido.
2.2.4 A convenção nº 158 da OIT (Organização Internacional do Trabalho)	Erro! Indicador não definido.
2.2.5 A proteção da relação de emprego em face da despedida arbitrária .	Erro! Indicador não definido.
2.3 O direito do empregador de dispensar	Erro! Indicador não definido.

3 A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL E A APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS Erro! Indicador não definido.

3.1 Os casos de despedida arbitrária regulamentadosErro! Indicador não definido.

3.1.1 Membro da CIPAErro! Indicador não definido.

3.1.2 GestanteErro! Indicador não definido.

3.2 Aplicabilidade direta da proteção contra a despedida arbitrária..Erro! Indicador não definido.

CONCLUSÃO.....Erro! Indicador não definido.

REFERÊNCIAS.....53

INTRODUÇÃO

O objeto desse estudo é a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária, proteção esta que se encontra disposta no art. 7º, I da Constituição Federal. O referido artigo da Constituição Federal traz que é direito do empregado a “relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória dentre outros direitos”.

Ocorre que a lei trazida pelo dispositivo constitucional é inexistente. Cabe abordar, portanto, os casos já regulamentados pelo art. 10, II, e, observar, a eficácia de uma norma constitucional não regulamentada e garantidora de direito fundamental.

O estudo será feito por pesquisa bibliográfica, analisando as obras dos principais juristas e doutrinadores da área, tais como Alexandre de Moraes, Mauricio Godinho Delgado, Sérgio Pinto Martins, José Afonso da Silva, entre outros renomados.

O tema será abordado ao longo de 3 capítulos. Sendo o primeiro uma evolução do constitucionalismo no mundo, passando pelas principais Constituições, como a dos Estados Unidos da América, a Francesa, Alemã e a Mexicana. Faz-se também uma análise do constitucionalismo pátrio, realizando uma evolução até a Constituição de 1988, vigente e a chamada Constituição Cidadã, uma vez que traz elencados em seus dispositivos os direitos fundamentais, respeitados na relação dos particulares com o Estado e na relação entre os particulares.

Ainda no primeiro capítulo, realiza-se também uma observação acerca da Constitucionalização do Direito do Trabalho, uma vez que, como já dito, a Constituição de 1988 trouxe normatizados os direitos fundamentais e, dessa forma, serviu de diretriz para as normas de Direito do Trabalho. Isso se dá porque os princípios e normas do Direito do Trabalho tem por finalidade regulamentar a relação empregatícia, ou seja, a relação entre empregado e empregador. Para tanto, o Direito do Trabalho busca equilibrar essa relação, estabelecendo medidas protetivas a parte hipossuficiente, o empregado, baseando-se nos direitos e garantias fundamentais da Carta Magna de 1988.

Expõe-se também, no primeiro capítulo, a despedida arbitrária como direito fundamental elencada no art. 7º, I da Constituição.

Já o segundo capítulo traz a problemática da eficácia das normas constitucionais, sejam normas de eficácia plena, contida, limitada, absoluta ou as normas programáticas. Há também a análise a eficácia do art. 7º, I da Constituição Federal, que, como norma constitucional ainda

não regulamentada, ainda que garantidora de direito fundamental, produz efeito apenas no sentido de não permitir que uma norma infraconstitucional seja criada de forma contrária a ela.

O segundo capítulo também traz os institutos protetivos do empregado, parte hipossuficiente da relação empregatícia, trazendo o princípio trabalhista da proteção ao empregado, princípio da continuidade da relação de emprego, e a estabilidade e garantia de emprego como vantagens para a manutenção do vínculo empregatício.

O terceiro capítulo, por sua vez, trata da não regulamentação do dispositivo constitucional do art. 7º, I e a sua aplicabilidade e eficácia. Traz, portanto, que mesmo não regulamentado, tal artigo é um direito fundamental, e deve irradiar seus efeitos como tal. Discute também os casos já regulamentados pelo art. 10, II do ADPF, que concede proteção a despedida arbitrária aos membros da Cipa e às gestantes.

Dessa forma, o objetivo do presente trabalho é discutir acerca da necessidade de aplicação do art. 7º, I da Constituição Federal, como direito fundamental, e respeitados a todos os empregados, como o próprio texto constitucional trouxe.

1 O CONSTITUCIONALISMO

1.1 A constitucionalização no mundo

Constitucionalismo é o movimento pelo qual as Constituições do mundo foram se formando. A sua origem está amplamente ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, e da França, em 1791, apresentando dois traços marcantes: organização do estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais.

José Joaquim Gomes Canotilho identifica o constitucionalismo como “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.” (CANOTILHO, 2003, p. 51). Canotilho ainda dispõe que não há apenas um constitucionalismo, mas vários, na medida em que o movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno possui várias raízes localizadas em espaços históricos geográficos e culturais distintos. (CANOTILHO, 2003, p. 51).

Acerca do tema, Bruna Carvalho Simões (2014):

Após a Segunda Guerra, se percebeu que o positivismo e a legalidade estrita poderiam justificar atos bárbaros e arbitrariedades, já que não havia uma preocupação com o conteúdo do direito, mas sim a sua forma. Até esse período, a Constituição era vista muito mais como um documento político do que propriamente como um documento jurídico/vinculante/obrigatório.

O constitucionalismo contemporâneo é marcado pela ascensão institucional do Poder Judiciário. A ‘judicialização’ e o ativismo judicial são temas que atualmente mobilizam não apenas a comunidade jurídica, como a sociedade em geral.

Por constitucionalização entende-se o fenômeno de irradiação das normas constitucionais aos outros ramos do Direito. Dessa forma, a Constituição se dá como um sistema de valores, sendo uma orientação para os demais ramos do Direito, tendo como principal ponto os direitos fundamentais. (VITAGLIANO, 2015, p. 64).

A constitucionalização é, portanto, um evento que assegura aos particulares a eficácia dos direitos fundamentais, não apenas em face do Estado, mas também em relação à outro particular. Dessa forma, a constitucionalização contempla a harmonia do sistema de valores constitucionais, advindos do plano internacional em favor da dignidade da pessoa humana. (VITAGLIANO, 2015, p. 65)

O Direito Constitucional é um ramo do Direito Público de extrema importância por ser fundamental à organização e ao funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política. (MORAES. 2005. P.1)

A constituição dos Estados Unidos da América, em 1787, após a Independência das 13 colônias, e a Constituição da França, em 1791, após a Revolução Francesa estão relacionadas à origem formal do constitucionalismo. Isso se dá pois apresentam dois pontos marcante: a organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais. (MORAES, 2005, p.1).

Para Jorge de Miranda (1990, p.138):

O Direito Constitucional norte-americano não começa apenas nesse ano. Sem esquecer os textos da época colonial (antes de mais, as *Fundamental orders of connecticut* de 1639), integram-no, desde logo, no nível de princípios e valores ou símbolos a Declaração de Independência, a Declaração de Virgínia e outras Declarações de direitos dos primeiros Estados.

Com a revolução francesa, o poder constituinte é formado como um poder de caráter supremo, com um titular, o povo ou a nação, que passa a possuir um poder constituinte permitindo querer e criar uma nova ordem econômica e social. Ordem essa dirigida ao futuro, mas rompendo com o antigo regime. A constituição Francesa de 1791 instituiu um sistema normativo fundado na supremacia do legislativo, enquanto o executivo dispunha sobre os meios aptos à aplicação da lei. (SIMÕES, 2006).

Ainda há o que se falar no que se refere à Constituição do México, de 1917, sendo a primeira Constituição a incluir os direitos sociais no seu texto. A Carta não se limitava apenas a consagrar em suas normas reivindicações no sentido do contexto histórico em que estava inserida (Revolução Mexicana), levando em consideração as determinações de índole social, em seu Capítulo I (direitos e garantias individuais). (PINHEIRO. 2006)

É de grande importância para o constitucionalismo do mundo a chamada Constituição de Weimar, de 1919. A Constituição de Weimar instituiu a Primeira República alemã, e é fruto da Pós-Primeira Guerra Mundial, e, foi um marco da consagração dos direitos sociais na medida em que instituiu, no seu livro II, direitos e garantias de ordem social. Foram utilizadas técnicas de hermenêutica para possibilitar que os direitos fundamentais elencados nos dispositivos desse capítulo ao povo alemão pudessem alcançar um nível mais elevado de concretização. (PINHEIRO. 2006)

A constituição alemã era composta por 165 artigos, divididos em dois livros. Houve discussão que a Carta Maior alemã possuía uma contradição entre seus dois livros. Isso porque sustentavam que seus livros estabeleciam uma organização liberal de Estado, de um lado, e possuíam direitos socialistas, de outro. (PINHEIRO. 2006)

No entanto, ao sistematizar os direitos sociais em seu livro II, a Constituição alemã, garantindo liberdades públicas como prerrogativas de índole social, fez destacar-se o seu Texto Maior, inspirando textos constitucionais por tudo mundo, inclusive no Brasil, com a Constituição de 1934.

1.2 A constitucionalização do Brasil

José Afonso da Silva narra que com a chegada de D. João VI ao Brasil, em 1808, inicia-se a fase monárquica, sendo instalada a corte no Rio de Janeiro. Em 1815, pela lei de 16 de dezembro, o Brasil é elevado à categoria de Reino Unido a Portugal, colocando fim ao Sistema Colonial, e monopólio da metrópole. (SILVA. 2000, p.74)

Com a transferência da Família Real para o Rio de Janeiro, fez-se necessário que fossem instaladas algumas repartições, tribunais, e comodidades inerentes à organização do governo, com o objetivo de estabelecer a ordem, a justiça superior, os órgãos administrativos que não existiam na colônia. Dessa forma, foram criados o Conselho de Estado, a Intendência Geral de Polícia, o Conselho da Fazenda, o Conselho Militar, o Banco do Brasil, a Academia de Marinha, a Casa da Moeda, entre outros, além de abrirem os portos, decretar-se a liberdade da indústria, possibilitar a expansão comercial. (SILVA. 2000, p.75)

Já estava constituída uma nobreza brasileira, bem como uma aristocracia intelectual graduada, em sua maioria, pelas universidades europeias, que vem de encontro ao Rei, domina o Paço, influenciando na formação política dessa época, coincidindo com um novo modificador da estrutura política advindo das novas teorias políticas que renovavam o mundo europeu: o Liberalismo, o Parlamentarismo, o Constitucionalismo, o Federalismo, a Democracia, a República. Todos esses fatores justificam o aparecimento do movimento constitucional no Brasil. Refletiu-se aqui sobre a ideia de instituir a própria constituição elaborada pelas Cortes portuguesas, chamada Constituição do Porto. (SILVA. 2000, p.75)

Com a proclamação da independência, em 7 de setembro de 1822, era necessário tratar na unidade nacional, onde seria preciso implantar um poder centralizador e uma organização

nacional que colocassem fim nos poderes regionais e locais dominantes no país, sem deixar de adotar alguns dos princípios básicos da teoria política em moda na época. (SILVA. 2000, p.76)

Era, portanto, o Constitucionalismo um princípio fundamental dessa teoria, e seria realizado por meio de uma constituição escrita, com base no liberalismo, assegurado por uma declaração constitucional dos direitos dos homens e um mecanismo de divisão dos poderes, baseado no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, dispondo que não tem constituição a sociedade onde não é assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes. (SILVA. 2000, p.76)

1.2.1 A Constituição de 1824

Com a Constituição de 1824, foi criado um mecanismo centralizador necessário à época. De acordo com José Afonso da Silva (2000, p.76):

O sistema foi estruturado pela Constituição Política do Império do Brasil em 25.3.1824. Declara, de início, que o Império do Brasil é a associação política de todos os cidadãos brasileiros, que formam uma nação livre e independente que não admite, com qualquer outro, laço de união ou federação, que se oponha à sua independência (art. 1º). O território do Império foi dividido em províncias nas quais foram transformadas as capitanias então existentes (art. 2º). Seu governo era monárquico hereditário, constitucional e representativo (art 3º).

Ainda é necessário destacar que na Constituição de 1824 o Poder Legislativo era exercido pela assembleia geral, formada pela câmara dos deputados e dos senadores. A eleição era indireta e censitária e o Poder Moderador era exercido privativamente pelo Imperador. O Poder Executivo era exercido pelos ministros de Estado, e tinha como chefe o Imperador. O Poder Judiciário era composto por juízes e jurados (SILVA. 2000, p.77)

O artigo 179 da Constituição de 1824 trazia uma declaração de direitos individuais e garantias, que permaneceu, em seus fundamentos, nas constituições posteriores.

1.2.2 A Constituição de 1891

José Afonso da Silva relata que a Constituição da República federativa do Brasil foi promulgada em 24.2.1891, estabelecendo que a Nação adotava como forma de governo a República Federativa e era formada por uma união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brasil. (SILVA. 2000, p.80)

Ainda narra que cada uma das antigas províncias formava um Estado e o antigo Município neutro se transformara no Distrito Federal, capital da União. Adotou-se o regime representativo, e optou-se pelo presidencialismo à moda norte-americana. Foi firmada a autonomia dos Estados. (SILVA. 2000, p.80)

1.2.3 A Constituição de 1934

José Afonso da Silva relata que a Constituição de 1934 não era tão bem estruturada como a primeira. Foram mantidos os princípios formais fundamentais: a república, a federação, a divisão dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si), o presidencialismo, o regime representativo. (SILVA. 2000, p.83)

No âmbito da ordem econômica e social, ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social, e outro sobre a família, a educação e a cultura, sendo a maioria de normas programáticas sob a influência da Constituição alemã de Weimar. (SILVA. 2000, p.84)

1.2.4 A Constituição de 1946

Com o fim da II Guerra Mundial, onde o Brasil participou ao lado dos Aliados contra as ditaduras nazi-fascistas, originaram-se os movimentos no sentido da redemocratização do país. Além disso, havia no mundo pós-guerra uma recomposição dos princípios constitucionais, reformulando constituições existentes ou promulgando outras, como Itália, França, Alemanha, entre outras que, dessa forma, influenciaram na reconstitucionalização do Brasil. (SILVA. 2000, p.85)

José Afonso da Silva expõe que o Presidente da República tomou medidas necessárias à recomposição do quadro constitucional brasileiro. Para tanto, expediu a Lei Constitucional 9, de 28.2.45, modificando vários artigos da Carta vigente, a fim de propiciar a pretensão, por meio da eleição direta do Presidente da República e do parlamento. (SILVA. 2000, p.86) A Lei Constitucional 9 de 1945 dispõe que o parlamento a ser eleito teria função ordinária, não sendo cogitado convocar uma Assembleia Constituinte. O parlamento, se julgasse cabível, era quem

faria durante a legislatura, as modificações na Constituição. O artigo 4º da referida lei instituía a fixação da data das eleições e estabelecia os princípios a serem seguidos no processo eleitoral. (SILVA. 2000, p.86)

A convocação das eleições para Presidente da República, Governadores de Estado, Parlamentos e Assembleias Legislativas Estaduais foi marcada para o dia 2 de dezembro de 1945. Anteriormente à data fixada, havia uma evolução, ainda que incerta, para a eleição de uma assembleia constituinte. (SILVA. 2000, p.86)

A Assembleia Constituinte aconteceu no dia 2.2.46, contando com a representação de várias correntes de opinião: direita, conservadora, centro-democrático, progressistas, socialistas e comunistas, predominando a opinião conservadora. Era notório que as correntes de opinião tinham a preocupação de determinar os princípios do sistema representativo, além de revisar o quadro esquemático da declaração de direitos e garantias individuais, o tratado do campo econômico e social, onde seriam construídos os mais legítimos postulados constitucionais. (SILVA. 2000, p.87)

As normas da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18.9.1946, traduziram os aspectos então discutidos, por meio de uma Carta que, ao contrário das outras, não foi elaborada com base em um projeto preordenado. Utilizou-se, na sua formação, das Constituições de 1891 e 1934, voltando-se para as fontes formais do passado, que não mais traduziam a história real, constituindo o maior erro da então vigente Carta Magna, nascendo sem contemplar o futuro e revivendo os regimes anteriores. Ainda assim, a Constituição de 1946 não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, possibilitando condições para o desenvolvimento do país durante os seus 20 anos de vigência. (SILVA. 2000, p.87)

1.2.5 A Constituição de 1988

Após a inserção do golpe de 1964, e, mais especificamente, após o AI 5, a luta pela normalização democrática e pelo Estado Democrático de Direito começou. As ruas foram tomadas com o início das eleições dos Governadores de 1982, e, fortaleceu-se no início de 1984, quando a população em multidão participaram de forma significativa dos comícios para a eleição direta do Presidente da República, buscando para a Nação o reequilíbrio da vida nacional. Essa busca só poderia ser saciada mediante uma nova ordem constitucional que renovasse o pacto político-social, o que não ocorreu. (SILVA. 2000. P.90).

As forças democráticas lançaram a candidatura de Tancredo Neves, que teve o apoio do povo para a execução de seu programa de construção da Nova República, após a derrubada das forças autoritárias que regeram o país durante vinte anos (1964 a 1984). Sua eleição, em 15.1.85 foi reconhecida como a origem de uma nova época na história das instituições políticas brasileiras, que seria democrática e social, sendo fundada pela Constituição que seria elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, que ele colocaria em prática assim que assumisse a Presidência da República. (SILVA. 2000. P.90).

Sua morte, antes de tomada a Presidência, chocou o país. Assumiu seu vice, José Sarney, e, cumprindo uma fase dos compromissos assumidos por Tancredo Neves, enviou ao Congresso Nacional proposta de emenda constitucional convocando a Assembleia Nacional Constituinte. A emenda foi aprovada como EC n.6, promulgada em 27.11.85, convocando a Câmara dos Deputados e o Senado Federal para se juntarem, em Assembleia Nacional Constituinte, no dia 1.2.87, na sede do Congresso Nacional. Dessa forma, foi firmado que a Constituição seria promulgada após a aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão, pela maioria absoluta dos membros da Assembleia Nacional Constituinte. E assim foi feito. (SILVA. P. 91).

O novo texto constitucional é um texto moderno, com reformas de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial.

Na lição de José Afonso da Silva, (2000, p. 91):

Sua estrutura difere as constituições anteriores. Compreende nove títulos, que cuidaram: (1) dos princípios fundamentais; (2) dos direitos e garantias fundamentais, segundo uma perspectiva moderna e abrangente dos direitos individuais e coletivos, dos direitos sociais dos trabalhadores, da nacionalidade, dos direitos políticos e dos partidos políticos; (3) da organização do Estado, em que estrutura a federação com seus componentes; (4) da organização dos poderes: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, com a manutenção do sistema presidencialista, derrotado o parlamentarismo, seguindo-se um capítulo sobre as funções essenciais à justiça, como o ministério público, advocacia pública; (5) da defesa do Estado e das instituições democráticas, com mecanismos do estado de defesa, do estado de sítio e da segurança pública; (6) da tributação e do orçamento; (7) da ordem econômica e financeira; (8) da ordem social; (9) das disposições gerais. Finalmente, vem o Ato das Disposições Transitórias. Esse conteúdo distribuiu-se por 245 artigos na parte permanente, e mais 73 artigos na parte transitória, reunidos em capítulos, seções e subseções.

Foi formada, assim, a Constituição Cidadã, nas palavras de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, uma vez que teve uma participação popular significativa em sua elaboração e porque se volta para a realização completa da cidadania.

É possível afirmar que, pela primeira vez na história do constitucionalismo do Brasil, a matéria que se refere aos direitos fundamentais foi tratada com a importância devida.

(SARLET. 2006, p.75)

É necessário dizer que o processo de elaboração da Constituição de 1988 passou por uma ampla discussão para a redemocratização do país após 20 anos de ditadura militar. Dessa forma, faz-se referência a imposição dos direitos fundamentais agora elencados na Carta Magna e o contexto social e histórico no qual a mesma foi elaborada. (SARLET. 2006, p.75)

1.3 A constitucionalização do Direito do Trabalho

O Direito Constitucional é campo de extrema importância no que se refere a introdução trabalhista no ramo do Direito de forma geral. Isso se dá pois, ao surgir da ação de constitucionalização do ramo laborativo, com as Constituições de 1917 no México, 1919, na Alemanha, e 1934 no Brasil, as relações entre as duas áreas estreitaram-se de forma notável. (DELGADO. 2013. P.73)

Foi após a Segunda Guerra Mundial que as novas Constituições promulgadas em alguns importantes países europeus inseriram um contexto de constitucionalização justralhista. Isso se dá pela inserção de princípios jurídicos, alguns associados ao Direito do Trabalho, nos Textos Magnos. Trata-se do princípio da dignidade humana, da valorização sociojurídica do trabalho e do emprego, da subordinação da propriedade privada à sua função social, da justiça social. (DELGADO. 2013. P.73)

No Brasil, essa constitucionalização iniciou-se com a Carta Magna de 1934, mas, foi com a Constituição de 1988, que teve um novo status. Isso se dá porque a atual Constituição estabeleceu princípios que são bases para a ordem jurídica, o Estado e a sociedade, princípios estes que também evidenciaram o trabalho e o emprego, assim como o pós-guerra europeu. Além disso, a Constituição da república estabeleceu o conceito e estrutura normativos de Estado Democrático de Direito, ocupando posições importantes a pessoa humana e sua dignidade, e a valorização do trabalho. (DELGADO. 2013. P.73)

A nova Constituição trouxe uma maior participação dos grupos sociais na formação nas normas jurídicas que regulam o universo normativo brasileiro. Isso se dá já em seu Preâmbulo, onde a Carta Magna fala em exercício de direitos sociais e individuais, refere-se a uma sociedade pluralista e, ainda, defende a solução pacífica dos conflitos. Igualmente nos Princípios Fundamentais, a Constituição Brasileira faz menção a valores sociais do trabalho e da livre

iniciativa, a uma sociedade livre, justa e solidária, confirmando a noção de solução pacífica dos conflitos. (DELGADO. 2013. p.117)

Além disso, a Constituição de 1988 inova perante os textos anteriores na medida em que estabelece que todo poder emana do povo, que o exercerá por meio de seus representantes eleitos ou diretamente.

É no capítulo II, do Título II, nos artigos 7º até o 11º, que a Constituição de 1988 trouxe suas normas no âmbito trabalhista. Acerca do tema, dispõe uma restrição à dispensa arbitrária ou sem justa causa no artigo 7º, I, dispondo sobre a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

É bem verdade que o Direito do Trabalho destaca-se pelo conjunto de normas da Constituição sobre o trabalho, uma vez que a Constituição Federal tem como fundamento os valores sociais do trabalho e a ordem econômica pela valorização do trabalho. Tudo isso leva ao reconhecimento do direito social do trabalho como condição da efetividade da existência digna e da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil. (DELGADO. 2013. P. 1151)

Para Sérgio Pinto Martins (2014, p.29):

A relação do Direito do Trabalho com o Direito Constitucional é muito estreita, pois a Constituição estabelece uma série de Direitos aos trabalhadores de modo geral, principalmente nos artigos 7 ao 11. Mais especificamente no artigo 7, a Lei Maior garante direitos mínimos aos trabalhadores urbanos e rurais, especificando-os em 34 incisos. O empregado doméstico tem direitos reconhecidos no parágrafo único do artigo 7. Mesmo o trabalhador avulso tem assegurados seus direitos no inciso XXXIV do artigo 7 da Lei Fundamental, que prevê igualdade com os direitos dos trabalhadores com vínculo empregatício permanente. O artigo 8 da Lei Magna trata do direito de greve. O art 6 da Lei Maior prevê o que são direitos sociais: o trabalho.

Dessa forma, observa-se que, sendo a Constituição Federal uma constituição social, o Direito do Trabalho tem suas normas e princípios vindo das diretrizes constitucionais, uma vez que a Carta Magna estabeleceu ser o trabalho um direito social e elemento da dignificação do homem.

1.4 A constituição e a restrição à despedida arbitrária ou sem justa causa

A regra disposta no artigo 7º, inciso I, na Constituição Federal de 1988, estipula ser “direto dos trabalhadores a garantia contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Até o momento, essa lei complementar a que se refere o artigo 7º, I, da Constituição Federal inexistente.

Na lição de Alexandre de Moraes, (2005, p.178):

O conceito de despedida arbitrária funda-se na motivação disciplinar, técnica, econômica ou financeira. Dessa forma, por motivo disciplinar deve ser entendida a relação do empregado, no cumprimento de suas obrigações, com o empregador, estando compreendidas as figuras da justa causa previstas na legislação ordinária e não apenas o descumprimento de ordens gerais de serviço.

Por sua vez, o motivo técnico é aquele que se relaciona com a organização e a atividade empresarial, como a supressão necessária de seção ou de estabelecimento, e motivo econômico ou financeiro coincide com a ocorrência de força maior que atinge a empresa, tornando-a insolvente em suas obrigações sociais.

Sérgio Pinto Martins dispõe que “o ato arbitrário é praticado pelo empregador, ao dispensar o empregado sem justificativa. A justa causa é praticada pelo empregado”.

A justa causa está elencada no artigo 482 da CLT, dispondo:

Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- 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 e boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único: Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada, em inquérito administrativo, de atos atentatórios contra a segurança nacional.

Restrição à despedida arbitrária ou sem justa causa é a proteção à relação de emprego. O trabalhador, assim como goza do direito ao emprego, tem direito à permanência no emprego. Isso ocorre porque o direito moderno inclina-se a recusar ao empregador o direito de livremente despedir o empregado, considerando a função social do emprego. (FERREIRA

FILHO. 1997. P. 89)

Para o trabalhador, a estabilidade tem por função a garantia contra a ameaça de desemprego. No entanto, sob a perspectiva do empregador, a mesma não oferece vantagens. Isso ocorre porque limita, por exemplo, o poder de comando da empresa, pois perde a possibilidade de despedir os trabalhadores que não estão atendendo às necessidades da empresa, e, assim, perde a oportunidade de contratar trabalhadores mais aptos ao exercício da profissão. Pode-se demonstrar também que o empregado estável tende a produzir menos pela convicção que passa a ter que produzindo mais ou menos, preservará seu lugar. (FERREIRA

FILHO. 1996. P. 89)

Acerca do tema, dispõe o inciso II, do artigo 10, do ADCT que:

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

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

- a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;
- b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Dessa forma, nota-se que a Constituição Brasileira não dá ao trabalhador uma estabilidade absoluta, mas sim uma proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

Entende-se por despedida arbitrária aquela que não encontra nenhuma justificativa, apenas a vontade do empregador. Já a expressão “sem justa causa”, é aquela que não encontra sustentação reconhecido por lei (no caso, complementar). (FERREIRA FILHO. 1996. P.90)

Ainda é necessário salientar que a despedida arbitrária ou sem justa causa tem por consequência ao empregador a responsabilidade patrimonial pelo dano causado com a rescisão unilateral da relação de emprego. Dessa forma, há uma indenização por parte do empregador ao empregado, em razão do dano causado por despedida arbitrária. (CRETILLA JÚNIOR. 1994. P.908).

2 A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

As normas constitucionais podem ter sua aplicabilidade de forma plena, contida e limitada. As normas de eficácia plena são aquelas que produzem efeito, ou tem a possibilidade de produzir, desde a entrada e vigor da Constituição Federal. Elas produzem todos os efeitos essenciais que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. Como exemplo, temos os remédios constitucionais. (MORAES. 2005, p.7)

Já as normas constitucionais de eficácia contida são aquelas em que o legislador constituinte regulou os interesses de uma determinada matéria, no entanto deixou uma atuação restritiva por parte da competência do poder público, em termos de lei ou nos termos de conceitos nela enunciado. Como o art.5º, XIII- é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. (MORAES. 2005, p.7)

As normas de eficácia limitada, por sua vez, são aquelas que apresentam uma aplicabilidade indireta, mediata e reduzida. Isso se dá porque somente incidem sobre a matéria regulada após uma normatividade ulterior que dê a ela aplicabilidade. A título exemplificativo temos o art. 37, VII- o direito de greve será exercido nos termos e limites definidos em lei específica. (MORAES. 2005, p.7)

Ainda há o que se falar no que se refere às normas de eficácia absoluta. São normas que também produzem efeito desde a entrada em vigor da Constituição. Estas se diferem das normas de eficácia plena pois contra elas não há o poder de emendar. Como exemplo, temos os textos constitucionais que amparam a federação (art.1º), o voto direto, secreto, universal e periódico (art.2º). (MORAES. 2005, p.8)

Há também as chamadas normas programáticas, que são de aplicação diferida, e não de aplicação imediata. São comandos-regras que tem como destinatário principal o legislador. As normas programáticas não regulam diretamente interesses ou direitos, mas traçam preceitos a serem cumpridos pelo Poder Público. Como exemplo temos o artigo 205- A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (MORAES. 2005, p.9)

2.1 A eficácia dos preceitos constitucionais elencados no artigo 7º, inciso I

A doutrina e a jurisprudência após 5.10.1988 entendem que as regras dos incisos I e XXI do artigo 7º da Constituição Federal (proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa e aviso-prévio) não teriam o condão de produzir efeitos imediatos, uma vez que são normas programáticas. No entanto, mesmo com esse entendimento acerca dos preceitos constitucionais tratados, é necessário salientar que a nova Constituição buscou efetivar o princípio da continuidade da relação empregatícia em patamar de relevância jurídica. Dessa forma, a Carta Magna repele a dispensa arbitrária, elencada no artigo 7º, I, que é aquela que ocorre sem o suporte em uma fundamentação relevante. (DELGADO. 2013, p.1282).

A constituição Federal de 1988 normatizou a regra da “relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (art. 7º, I, CF/88), além de instituir, no art. 7º, XXI, “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço”, reforçando a proteção à prática de ruptura arbitrária ao contrato empregatício. Mesmo que as interpretações feitas de tais disposições tenham negado a eficácia imediata das mesmas, e inegável que a sua existência provoca um redirecionamento na cultura potestativa dominante nas décadas mais recentes. (DELGADIO. 2013, p.1282).

A teoria constitucional moderna, melhor adaptada à interpretação de novas constituições, inclina-se a conceder certa eficácia às normas constitucionais, ainda que tendo uma diferenciação em intensidade, a eficácia de uma e outra norma constitucional. Sendo assim, a norma trazida pelo art. 7º, I, em análise, pode ser caracterizado como norma de eficácia contida, produzindo efeito jurídico básico, invalidando dispensas fundamentadas na simples ação potestativa da vontade empresarial, sem justificativa socioeconômica ou técnica, em face do trabalhador envolvido. (DELGADO. 2013, p.1283).

Sendo assim, independente da eficácia que se atribua à Constituição de 1988, está nítido que a Carta Magna estabeleceu uma fase de transição jurídica no que se refere ao tratamento dado à ruptura contratual no Direito brasileiro.

2.2 Os institutos protetivos da parte hipossuficiente da relação de trabalho

2.2.1 O princípio da Unidade da Constituição frente ao princípio da proteção

O princípio da Unidade da Constituição dispõe que o interprete deve considerar as normas constitucionais não como normas isoladas, mas como preceitos de um sistema unitário de normas e princípios. Dessa forma, a interpretação constitucional deve ocorrer de modo a evitar contradições entre suas normas. (CANOTILHO)

Levando em consideração a realidade social em que a Constituição de 1988 foi elaborada, podemos observar que o forte movimento social, resguardado da sua normatização, nos remete a uma interpretação do artigo 7º, I que protege aos trabalhadores e sua garantia de emprego.

Na lição de Maurício Godinho Delgado (2013 p.190):

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao constituir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não de justificaria histórica e cientificamente.

O Princípio trabalhista da proteção busca proteger a parte hipossuficiente da relação de emprego, visando atenuar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente presente no contrato de trabalho. (DELGADO. 2013, p.190)

2.2.2 Princípio da Continuidade da Relação de Emprego

Tal princípio dispõe que é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, pois, apenas mediante tal permanência e integração a ordem justralhista poderia cumprir com satisfação o objetivo de assegurar melhores condições, para o empregado, de pactuação e gerenciamento da força de trabalho. (DELGADO. 2013, p.200)

A permanência da relação de emprego provoca três correntes de repercussões favoráveis ao empregado envolvido.

A primeira corrente se dá na tendencial elevação dos direitos trabalhistas, pelo avanço da legislação ou negociação coletiva, ou pelas conquistas contratuais alcançadas pelo empregado em vista das vantagens agregadas ao desenvolvimento de seu tempo de serviço ou promoções recebidas. (DELGADO. 2013, p.200)

A segunda corrente se dá no investimento educacional e profissional que presta o empregador a realizar nos trabalhos associados a longos contratos. Quanto mais se paga à força de trabalho, mais o empresário se verá estimulado a investir na educação e no aperfeiçoamento profissional do obreiro, elevando sua produção e compensando o custo trabalhista ocorrido. (DELGADO. 2013, p.201)

A terceira corrente de repercussões favoráveis da longa continuidade da relação de emprego se dá pela afirmação social do indivíduo beneficiado por esse longo contrato. Aquele que depende apenas de seu trabalho, tem nele um decisivo instrumento de afirmação na sociedade. Dessa forma, se se está submetido a um contrato de trabalho precário, de curta duração, fica impedido de se impor no plano de suas demais relações econômicas na sociedade. (DELGADO. 2013, p.201)

A constituição de 1988, em suas diretrizes, elevou o princípio da continuidade da relação empregatícia, colocando-o em relevância jurídica. Para tanto, distanciou a não compatibilidade do instituto do FGTS com qualquer sistema de garantia jurídica de permanência do trabalhador no emprego, entendendo o Fundo a todo e qualquer empregado (art.7º, III, CF/88: exceto o doméstico). Ademais, estabeleceu a regra da “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (art.7º, I, CF/88). Também inseriu a ideia de “aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, nos termos da lei” (art.7º, XXI, CF/88), reforçando a não aceitação da ruptura desmotivada do contrato de trabalho. (DELGADO.. 2013, p.201)

O princípio da continuidade da relação de emprego gera, ainda, condições favoráveis ao trabalhador. Isso se verifica, por exemplo na súmula 212 do TST, trazendo que “o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”.

Dessa forma, a ruptura contratual mais benéfica ao empregador, ou seja, dispensa injusta, evidenciado o rompimento do vínculo, tem por consequência para a defesa, a prova de modalidade menos onerosa da ruptura do contrato (pedido de demissão ou dispensa por justa causa, por exemplo). (DELGADO. 2013, p.202).

Tal princípio também coloca como regra o contrato de trabalho por tempo indeterminado, já que este é o que melhor se enquadra pelas diretrizes do princípio da continuidade da relação empregatícia.

2.2.3 Estabilidade e garantia de emprego

A estabilidade e a garantia de emprego também são institutos de proteção ao trabalhador, parte hipossuficiente da relação de emprego. Isso porque, são garantidores do vínculo empregatício e limitam o ato potestativo do empregado de dispensar sem justa causa, ou seja, sem motivo técnico, disciplinar ou econômico.

2.2.3.1 Estabilidade

A estabilidade, para Amauri Mascaro Nascimento (2009, p.981):

Há duas acepções da palavra estabilidade. Primeira, a de estabilidade do emprego, fruto de uma política geral que se caracteriza pelo conjunto de medidas do Governo destinadas a fazer com que não falte trabalho na sociedade. Sendo um dever social, o trabalho deve merecer posição especial nos programas estatais, com a abertura de frentes de trabalho, serviços públicos de emprego, assistência pecuniária ao desempregado etc.. É a estabilidade no sentido econômico. Segunda, a de estabilidade no emprego, assim considerado o direito do empregado de manter o emprego mesmo contra a vontade do empregador, salvo causas previstas em lei. É a estabilidade no sentido jurídico.

Estabilidade é, portanto vantagem jurídica permanente dada ao empregado, assegurando a manutenção indefinida do vínculo empregatício, independente da vontade do empregador. (DELGADO. 2013, p.1285)

O artigo 492 da CLT, revogado pelo artigo 7º, I da Constituição Federal de 1988, dispõe que “o empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço da mesma empresa não poderá ser despedido, senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas”. O texto legal oferece dois aspectos: o primeiro pelo direito do empregado de não ser demitido, senão por falta grave, e o segundo pela proibição do empregado de despedir de forma arbitrária, imotivada, sem justa causa. Esse artigo da CLT foi revogado pelo dispositivo 7º, I, da Constituição Federal, pois tratava de um limite muito extremo para o empregador dispensar o empregado.

Neste contexto, restaram apenas três tipos de estabilidade: a dos antigos contratos regidos pela CTL, anteriores à Constituição Federal de 1988, a dos contratos de servidores públicos celetistas com cinco anos no emprego ao tempo da Constituição (logo, desde 5.10.1983), situação elencada no art. 19 do ADCT da Constituição, e a celetista concursado, nos moldes do art. 41 da Carta Magna. (DELGADO. 2013, p.1285)

2.2.3.2 Estabilidade Celetista

Segundo a CLT, o trabalhador que adquirisse a estabilidade pelos 10 anos e um dia de serviços prestados ao empregador, não poderia ser dispensado senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovada. (DELGADO. 2013, p.1285)

Já o artigo 494 da CLT dispõe que “o empregado acusado de falta grave poderá ser suspenso de suas funções, mas a sua despedida só se tornará efetiva após o inquérito em que se verifique a procedência da acusação”.

Sendo assim, o ordenamento jurídico dava ao empregador duas alternativas, caso fosse a falta grave entendida: a primeira, era proposta a ação de inquérito sem retirar o empregado do trabalho, aguardando a sentença judicial. Sendo procedente, a data do fim do contrato seria fixada na sentença, e se improcedente, o contrato de trabalho seria mantido. (DELGADO. 2013, p.1285)

Na segunda alternativa, o empregador poderia suspender, como prevenção, o obreiro estável, propondo o prazo decadencial de 30 dias, a respectiva ação de inquérito. Se procedente, a data do fim do contrato também seria fixada na sentença, mas respeitando a suspensão preventiva ocorrida (art.494, parágrafo único, da CLT). Se improcedente, seria mantido válido o contrato empregatício, recolocando o empregado em seu serviço, e, sendo garantidas a ele, todas as parcelas contratuais pelo tempo que ficou afastado. (DELGADO.2013, p.1286)

A estabilidade é regulada pela CLT em seus artigos 492 a 500, podendo favorecer quase todo empregado urbano e rural, submetidos a contratos por tempo indeterminado. Essa estabilidade não se aplicava aos domésticos, e alguns poucos empregados, em geral caracterizados pela presença de intensa fidúcia em seus contratos, são eles obreiros que trabalhavam em “consultórios ou escritórios de profissionais liberais” (art. 507, CLT), além dos empregados de alta confiança (art. 499, caput, e §2º, combinado com art. 62 da CLT). (DELGADO.2013, p.1286)

Essa forte proteção jurídica teve sua origem no Direito com o advento da lei do FGTS (nº. 5.107, de 1966), criando um regime jurídico alternativo ao da CLT, e que iriam concorrer até 1988. Com a promulgação da Constituição de 1988, colocou-se fim a dualidade de regimes jurídicos, generalizando o Fundo de Garantia para os empregados do país (art. 7º, III, CF), exceto o doméstico, revogando também o velho sistema de estabilidade da CLT (art. 7º, I, CF e 10, I, ADCT/CF-88) . (DELGADO 2013, p.1286)

Sendo assim, a limitação da estabilidade do art. 492 da CLT somente favorece os antigos empregados, resguardados no direito adquirido ao período anterior a Constituição de 1988.

2.2.3.3 Estabilidade do art. 19 do ADCT da Constituição de 1988 e do art. 41 da Constituição Federal

Ainda que a Constituição de 1988 tenha colocado fim na estabilidade da CLT, a mesma criou normas específicas de estabilidade, normas estas que favorecem os servidores públicos. Duas destas normas interessam ao Direito do Trabalho: art. 19 do ADCT/CF-88, e a do art. 41, da Constituição Federal.

A estabilidade que trata o artigo 19 do ADCT refere-se aos servidores públicos civis em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, que não tenham sido admitidos por meio de concursos públicos. Já os servidores públicos concursados, estes já seriam estáveis, na data da Constituição, como dispõe o artigo 41 da Carta Magna, “são estáveis após 3 (três) anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”. (DELGADO. 2013, p.1287)

2.2.3.4 Estabilidade advinda de ato empresarial

A estabilidade no ordenamento brasileiro tem sido tipificada nas normas, seja por lei (ou decretos-lei), seja por disposições constitucionais. No entanto, ainda há o que se considerar no tocante a estabilidade concedida pela vontade unilateral do empregador, ou ajustada por acordo bilateral entre as partes. O Direito do Trabalho admite determinações que sejam mais favoráveis ao empregado, seja elas de origem da vontade bilateral, ou unilateral, pelo empregador. É o que trata o art. 444 da CLT, dispondo sobre a condição mais benéfica. (DELGADO. 2013, p.1290)

2.2.3.5 Garantia de emprego

Garantia de emprego é a vantagem jurídica de caráter transitório dado ao empregado por uma situação contratual ou pessoal obreira de caráter especial. Dessa forma, assegura o vínculo empregatício por um tempo definido, independentemente da vontade do empregador. Essas garantias podem ser chamadas também de temporárias ou estabilidades provisórias.

(DELGADO. 2013, p.1291)

Na lição de Maurício Godinho Delgado (2013, p. 1291):

As figuras da estabilidade no emprego e das estabilidades provisórias são extremamente próximas, como se percebe, já que ambas restringem as alternativas de extinção do contrato de trabalho. Ambas voltam-se, de modo essencial, contrariamente ao exercício unilateral do poder empregatício pelo empregador, inviabilizando a ruptura contratual por sua vontade meramente arbitrária, isto é, a dissolução do contrato sem motivo considerado relevante pelo Direito.

Garantia de emprego é, portanto, uma estabilidade provisória dada ao empregador por uma situação transitória, seja por um acontecimento pessoal ou até mesmo contratual.

2.2.4 A convenção nº 158 da OIT (Organização Internacional do Trabalho)

A convenção nº 158, de 1982, foi adotada pela OIT, versando sobre a cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregado. O Brasil, por sua vez, aprovou essa norma por meio do decreto legislativo nº 68, de 1992. O decreto nº 1.855, de 10.4.96, promulgou tal norma.

Em seu art.4º, a Convenção nº 158 da OIT dispôs que não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista uma causa justificada, referente ao seu comportamento ou capacidade, ou ainda pautada nas necessidades de funcionamento da empresa, serviço ou estabelecimento. Não pode ser considerada causa para dispensa: a filiação a um sindicato ou participação em atividades sindicais; a candidatura a representante dos empregados; a apresentação de queixa ou a participação em um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou o fato de um trabalhador recorrer perante as autoridades administrativas competentes; a raça, a cor, sexo, estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, opiniões políticas, origem social; e a ausência do trabalho durante a licença-maternidade. (MARTINS. 2914, p.399)

A Convenção nº 158 da OIT ainda traz, em seu artigo 7º, que para o trabalhador ser dispensado, deve ser anteriormente avisado do motivo do término do contrato de trabalho, podendo se defender das acusações e até mesmo recorrer a um tribunal do trabalho. (MARTINS. 2914, p.399)

Em seu artigo 10, a referida Convenção estabelece que os examinadores da dispensa do trabalhador “chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é injustificado e se, em virtude da legislação e prática nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar

ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada”. Relata Sérgio Pinto Martins (2014, p.400):

A Convenção nº. 158 da OIT não proíbe a dispensa do trabalhador; apenas garante que ele não pode sofrer dispensa em motivação, não assegurando, portanto, estabilidade absoluta, como prevê a CLT para quem tem mais de 10 anos de empresa e não é optante do FGTS.

O trabalhador poderá recorrer a um organismo neutro, como o Judiciário, para discutir sobre a forma injustificada em que houve o término do contrato de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais e análogos.

Os principais elementos da Convenção nº 158 da OIT são:

Parte II

Normas de Aplicação Geral SEÇÃO

A Justificação do Término

Artigo 4

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

Artigo 5

Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes:

- a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento de empregador, durante as horas de trabalho;
- b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade;
- c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes;
- d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou a origem social; e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

Artigo 6 A ausência temporal do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificada de término da relação de trabalho. A definição do que constitui uma ausência temporal do trabalho, a medida na qual será exigido um certificado médico e as possíveis limitações à aplicação do parágrafo 1 do presente artigo serão determinadas em conformidade com os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção.

SEÇÃO B Procedimentos Prévios ao Término por Ocasão do Mesmo Artigo

7

Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade.

Artigo 8 - Recurso Contra o Término

1. O trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer contra o mesmo perante um organismo neutro, como, por exemplo, um tribunal, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro.
2. Se uma autoridade competente tiver autorizado o término, a aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá variar em conformidade com a legislação e a práticas nacionais.

3. Poder-se-á considerar que o trabalhador renunciou a seu direito de recorrer contra o término de sua relação de trabalho se não tiver exercido tal direito dentro de um prazo razoável após o término. Artigo 9

1. Os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção estarão habilitados para examinarem as causas alegadas para justificar o término da relação de trabalho e todas as demais circunstâncias relacionadas com o caso, e para se pronunciar sobre o término ser ou não justificado. 2. A fim do trabalhador não estar obrigado a assumir por si só o peso da prova de que seu término foi injustificado, os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção deverão prever uma ou outra das seguintes possibilidades, ou ambas:

- a) caberá ao empregador o peso da prova da existência de uma causa justificada para o término, tal como foi definido no artigo 4 da presente Convenção;
- b) os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção estarão habilitados para decidir acerca das causas alegadas para justificar o término, levando em conta as provas apresentadas pelas partes e em conformidade com os procedimentos estabelecidos pela legislação e a prática nacionais. 3. Nos casos em que forem alegadas, para o término da relação de trabalho, razões baseadas em necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção estarão habilitados para verificar se o término foi devido realmente a essas razões, mas a medida em que esses organismos estarão habilitados também para decidirem se tais razões seriam suficientes para justificar o término deverá ser determinada pelos métodos de aplicação mencionados no artigo 1 desta Convenção.

Artigo 10

Se os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é justificado e se, em virtude da legislação e prática nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada.

Nota-se, assim, que a Convenção nº 158 da OIT não proíbe que o empregado seja dispensado, mas garante que a dispensa não seja feita por ação potestativa e arbitrária do empregador. Ou seja, impede, em suas normas, que ocorra a dispensa imotivada, não pautada em motivo técnico, disciplinar ou financeiro.

2.2.5 A proteção da relação de emprego em face da despedida arbitrária

O art. 7º, I, da Constituição Federal estabelece que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social: I- relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Ocorre que a lei complementar a que se refere o dispositivo, inexistente até os dias atuais. Diante dessa omissão do legislador, é preciso perceber que a dispensa imotivada por ato

unilateral do empregador não pode ser levada um ato potestativo do mesmo, uma vez que o próprio texto constitucional veda tal ação.

Para isso, as regras e institutos que regem o Direito do Trabalho se dão de maneira a proteger a parte hipossuficiente da relação empregatícia, ou seja, o empregado. A proteção ao empregado tem por base a desigualdade notória entre ele e seu empregador, oferecendo riscos à sua atividade profissional, e até mesmo à sua dignidade humana.

Traz o art. 8º da CLT que:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse da classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Na ausência de norma que regulamente a ação potestativa do empregador em dispensar o obreiro de forma imotivada, sem justa causa, arbitrária, o empregado não pode ficar às margens de tal imposição, uma vez que os princípios e normas trabalhistas tendem a fortalecê-lo dentro da relação empregatícia.

Em relação inexistência de lei complementar que regulamente o dispositivo, trouxe art. 10 do ADCT que :

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

I- Fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, caput e §1 da Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966; II- Fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

- a) Do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;
- b) Da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto

2.3 O direito do empregador de dispensar

Há também uma defesa por parte do empregador, uma vez que não se pode a dispensa como um direito unicamente potestativo do empregador. O restringimento da vontade em empregador está presente em toda a história do Direito do Trabalho: no contrato de trabalho no Direito Individual, no reforço da proteção do hipossuficiente e, do Direito Coletivo, pelo estabelecimento da igualdade nas condições de trabalho entre os Sindicatos. Dessa forma, durante toda a formação do Direito do Trabalho, houve restrições da vontade do empregador

para que, desta forma, por atos unilaterais, o mesmo não criasse situações definitivas. (SUZUKI, Fábio Hiroshi)

Há uma oposição por parte do ordenamento jurídico brasileiro, em face ao direito potestativo do empregador, pois a dispensa sem motivos realizada por ele encontra limitações legais, condenando o empregador, se ocorrer tal dispensa imotivada, ao pagamento de indenização ao empregado. (SUZUKI)

É possível dizer que as restrições à ação do empregador por meio de seu direito potestativo de dispensar o empregado de forma arbitrária, ou seja, sem justa causa, imotivada, representam a evolução do Direito do Trabalho ao longo do tempo. A dignidade do trabalhador e o resultado social da empresa, levaram uma nova ideia de emprego e empresa, que se baseiam nos interesses econômicos e lucrativos do empregador. (SUZUKI)

Não se pode considerar que o direito de dispensar do empregador é inteiramente potestativo, uma vez o mesmo encontra respaldo e restrições legais. Dessa forma, só é possuidor de um direito potestativo aquele que desfruta do mesmo com toda a sua plenitude, sem barreiras ou restrições. (SUZUKI)

Há também o poder de direção do empregador. Uma vez que o empregado é um trabalhador subordinado, está sujeito ao poder de direção do empregador.

O poder de direção pode ser considerado um poder postestativo. No entanto, o mesmo também não é ilimitado, uma vez que a própria lei determina as limitações do poder de direção do empregador. O empregado, portanto, não é obrigado a cumprir ordens ilegais.

(MARTINS. 2014, p.232)

O poder de direção não compreende apenas o de organizar as atividades dos empregador, mas também controlar, disciplinar o trabalho, de acordo com os fins da empresa.

(MARTINS. 2014, p.232)

3 A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL E A APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Sustenta Miguel Reale que a Constituição Federal de 1988 foi quem consagrou o Estado Democrático de Direito, colocando o trabalho não apenas como instrumento de dignificação do homem ou até mesmo inclusão social, mas também um instrumento de desenvolvimento da nação. Usando o adjetivo “democrático” entende-se que a Constituição quis passar de um Estado de direito, meramente formal, a um Estado de Direito e Justiça Social.

Há muito o que se falar no tocante a aplicabilidade do dispositivo do art. 7º, I, da Constituição Federal, seja como direito fundamental, seja como norma constitucional.

A inexistência da legislação que se refere o artigo 7º, I da Constituição Federal de 1988 em nada afasta a ideia de que é preciso sim motivar a dispensa do empregado. Ora, se assim fosse, o próprio Texto Constitucional não traria tal restrição, e o mesmo trouxe, de forma expressa e como direito fundamental, relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária.

A regulamentação de que se trata não se refere a um aprimoramento do dispositivo, vez que o mesmo já se basta, e nem mesmo das limitações em que a determinada norma deve atuar, no sentido de não permitir que uma nova norma infraconstitucional possa surgir contrária a norma constitucional até então não regulamentada. O que se refere à essa regulamentação se dá pela normatização necessária para que este dispositivo possa irradiar seus efeitos de aplicação. Sendo assim, para que algumas normas possam gerar seus efeitos constitucionais, é necessário que haja intervenção do Poder Público, e, assim, tem-se a regulamentação da norma constitucional. (SÉRGIO AMARAL e WELLINGTON TEBAR apud DIRCEU SIQUEIRA e TEÓFILO LEÃO JR., 2011, p. 332)

A regulamentação é, portanto, o modo pelo qual serão instrumentalizados os efeitos de aplicação das normas constitucionais, permitindo que a mesma atue no caso concreto. (AMARAL e TEBAR APUD SIQUEIRA e LEÃO JR., 2011, p.332)

A questão a que se deve atenção é se as normas constitucionais de direitos sociais que não são regulamentadas, como é o caso do artigo 7º, I, produzem efeitos jurídicos. Em geral, as normas, assim como as normas constitucionais, produzem três tipos de efeitos jurídicos: os efeitos que decorrem do plano de existência, os que decorrem do plano de validade, e os efeitos de aplicação. Dessa forma, todas as figuras normativas produzem efeitos, no entanto, estes efeitos são diferentes entre si e não dependem um do outro. (AMARAL e TEBAR APUD SIQUEIRA e LEÃO JR., 2011, p.333)

Os efeitos jurídicos que decorrem do plano da existência tem seus efeitos, principalmente, inter-normativos, onde o principal exemplo é a revogação. Portanto, as normas regulamentadas formadoras da Constituição como um todo tem, ao menos, o efeito de revogar a ordem constitucional anterior a qual substituiu. (AMARAL e TEBAR APUD SIQUEIRA e LEÃO JR., 2011, P.333)

Quando entra em vigor uma nova Constituição, esta é pressuposto de validade de todo ordenamento jurídico, tornando ineficaz toda e qualquer norma, seja posterior ou ulterior, que seja com ela incompatível. Ou seja, qualquer norma que a contrarie seus dispositivos, regulamentados ou não, será inválida. (AMARAL e TEBAR APUD SIQUEIRA e LEÃO JR., 2011, p.333)

Uma norma jurídica pode ou não, por si só, produzir efeitos jurídicos, permitindo que a mesma seja efetivamente aplicada. Regulamentando a vida em sociedade, espera-se que os efeitos jurídicos possam ser aplicados corretamente e de forma a modificar a realidade. Este é o efeito jurídico que está diretamente ligado à aplicabilidade da norma, vez que é o efeito que permite sua aplicação no caso concreto. (AMARAL e TEBAR APUD SIQUEIRA e LEÃO JR., 2011, p.334)

Norma regulamentadora é aquela que é necessária aos efeitos de aplicação de determinada norma constitucional que, por si só, não produz efeito. Ocorre que o Poder Público, em grande número de vezes, acaba por ficar inerte, descumprindo o dever de regulamentar tal norma constitucional, relevando o fenômeno da omissão constitucional. Neste caso, é de grande importância o papel do Poder Judiciário em promover a efetivação dessas normas constitucionais que não possuem totalmente sua eficácia, principalmente em relação aos direitos fundamentais. (AMARAL e TEBAR APUD SIQUEIRA e LEÃO JR., 2011, p.335)

Uma vez direito fundamental, é necessária a distinção da sua eficácia, que pode ser vertical ou horizontal.

Quando se fala em eficácia horizontal ou vertical, busca-se falar na distinção entre a eficácia dos direitos fundamentais sobre o Poder Público e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

Por eficácia vertical entende-se a limitação imposta ao ordenamento jurídico à atuação dos governantes em relação aos governados, reconhecendo que entre eles há uma relação vertical de poder, ou seja, um lado mais forte (Estado) e um mais fraco (particular). (LEITE, online, p.2)

A eficácia vertical está, portanto, relacionada à evolução do Estado Absoluto ao Estado Liberal, cabendo ao Estado Liberal o dever de respeitar e assegurar os direitos fundamentais de primeira dimensão, chamados de direitos civis e políticos. (LEITE, online, p.2)

Com a inserção dos direitos sociais nas Constituições, surge o Estado Social e, com ele, a teoria do status positivo, segundo o qual o Estado além de proteger os direitos individuais deve atuar

de forma a realizar os direitos sociais, seja intervindo nas relações entre os particulares, seja atuando por meio de prestações estatais positivas. (LEITE, online, p.3)

Sendo assim, a eficácia vertical está estritamente relacionada à relação entre os particulares e o Estado, preservando, entretanto, os direitos fundamentais nessa relação, uma vez caracterizado o Estado Social com a integração de direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988.

Percebe-se então, que o ordenamento jurídico passa a permitir que o indivíduo possa exigir do Estado uma atuação positiva, além do dever perante os direitos de primeira dimensão, afim de assegurar a realização de um direito de segunda dimensão. (LEITE, online, p.3)

Além da eficácia vertical, surge a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também chamada de eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros ou de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, surge do reconhecimento de que a desigualdade estruturantes não estão apenas nas relações entre particulares e Estado, mas também nas relações apenas entre os particulares, o que passa a dar uma atenção à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. (LEITE, online, p.3)

No que se refere à relação de trabalho, é de extrema importância a observância da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, uma vez que se configura a relação empregatícia, que dá ao empregador deveres fundamentais em relação aos seus empregados. (LEITE, online, p.4)

A relação de emprego envolvendo empregador e empregado é, portanto, caracterizadora da teoria da eficácia horizontal nas normas de direitos e garantias individuais.

Isso porque regula a relação entre particulares, ou seja, empregado e empregador. Como já dito, configurada a relação empregatícia, deve o empregador zelar pela manutenção das garantias e direitos fundamentais de seus empregados.

Dessa forma, uma vez elencado no rol de direitos fundamentais, o art. 7º, I da Constituição Federal, tem sua eficácia representada nas relações empregatícias, seja por eficácia horizontal, seja por norma constitucional que, mesmo não regulamentada, produz efeitos no sentido de não permitir que normas e condutas contrárias a ela sejam aplicáveis. (LEITE, online, p.4).

3.1 Os casos de despedida arbitrária regulamentados

Dispõe o inciso II, do artigo 10, do ADCT que:

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

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

- c) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;
- d) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

3.1.1 Membro da CIPA

Antes de 1977, não era obrigatório que as empresas possuíssem Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), que funcionava de forma facultativa, como se fosse “comissão de fábrica”. A instalação da Cipa foi determinada pela lei n. 6514, de 22.12.77, dando nova redação à Seção III (“Dos órgãos de Segurança e Medicina do Trabalho nas Empresas”), Capítulo V (“Da Segurança e da Medicina do Trabalho”), do Título II (“Das Normas Gerais da Tutela do Trabalho”) da CLT, em seu artigo 163. (MARTINS. 2014, p.471) Dispõe o artigo 165 da CLT que os titulares da representação dos empregados da Cipa não poderão sofrer despedida arbitrária.

O objetivo ao garantir a estabilidade de emprego do cipeiro é que o empregador não possa dispensar ou prejudicar o empregado pelo fato de o mesmo estar cuidado de interesses de prevenção de acidentes na empresa. (MARTINS. 2014, p.471)

Ainda traz o artigo 165 da CLT que a garantia de emprego do cipeiro é destinada apenas ao titular da representação dos empregados na Cipa, não fazendo menção ao suplente.

Traz Sérgio Pinto Martins, 2014, p.471 que:

A Constituição de 1988 prevê estabilidade para o empregado “eleito para cargo de direção” da Cipa, “até que seja promulgada lei complementar a que se refere o art. 7, I” da Lei Maior (art.10, II, a, do ADCT). Esta estabilidade é assegurada desde o registro da candidatura ao cargo de dirigente da Cipa até um ano após o final de seu mandato. A constituição delimitou, inclusive, o interregno de tempo de estabilidade para o cipeiro, que não era feito pelo artigo 165 da CLT, equiparando aquela hipótese ao inciso VIII do art. 8 da CLT, quanto ao respectivo tempo.

É vedada ao cipeiro a dispensa sem justa causa. No entanto, é possível que o mesmo seja dispensado com justa causa (artigo 482 da CLT). Considera-se despedida arbitrária aquela imotivada, que não se basear em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, como trata o artigo 165 da CLT. A justa causa, por sua vez, está elencada, como já disposto, no artigo 482 da CLT, trazendo:

Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- m) ato de improbidade;
- n) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- o) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- p) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- q) desídia no desempenho das respectivas funções;
- r) embriaguez habitual ou em serviço;
- s) violação de segredo da empresa;
- t) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- u) abandono de emprego;
- v) 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;
- w) ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- x) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único: Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada, em inquérito administrativo, de atos atentatórios contra a segurança nacional.

A estabilidade de emprego trazida pelo art. 10, II, do ADCT não remete distinção entre membro titular e suplente da Cipa. Assim, na parte em que o legislador não diferenciou, não cabe ao intérprete fazê-lo. Sendo assim, não houve uma não recepção do art. 165 da CLT pela Constituição, uma vez que o art. 10, II do ADCT é uma norma transitória, uma vez que promulgada a lei complementar que se refere o art. 7º, II da Constituição, tal comando perderá sua vigência. (MARTINS. 2014, p.471)

O suplente goza de estabilidade quando está no exercício esporádico ou continuado da função de cipeiro, uma vez que na ausência do titular, irá substituí-lo. É necessário garantir o emprego do cipeiro nessas condições para evitar represálias ao cipeiro suplente por parte do empregador. (MARTINS. 2014, p. 471)

A eleição do titular e do suplente da Cipa passa pelo mesmo processo, uma vez que não há distinção no §2º, do art. 164 da CLT. Uma vez chamado o suplente, o mesmo irá exercer cargo de direção. Dessa forma, a Constituição só faz menção à necessidade do empregado ter sido eleito para cargo de direção, e não dispõe sobre a necessidade do empregado ser titular ou suplente da Cipa. (MARTINS. 2014, p. 471)

Entende-se, portanto, que uma vez exercido cargo dentro da Cipa, o obreiro goza de estabilidade, seja suplente ou titular, já que de qualquer forma exercem cargo de direção, e, na falta do titular, o suplente exerce os mesmos encargos que faria o titular.

Todos os membros da Cipa possuem cargos. A questão da direção deve ser observada no sentido de que a Cipa é um colegiado em que todos possuem cargo de direção. Há eleição, uma vez que os cargos não são escolhidos, e apenas a condução de alguns trabalhos é determinada ao presidente da Cipa. Os demais trabalhos são fiscalizados pelos demais empregados, com o intuito de prevenir acidentes de trabalho. O cargo de vice-presidente da Cipa é meramente decorativo, uma vez que ele não assume a presidência caso o Presidente seja dispensado da empresa, pois, nesse caso, o presidente deve ser novamente indicado pelo empregador (art.164, §5º da CLT). Percebe-se assim, que todos tem poder de direção.

(MARTINS. 2014, p. 472)

Sergio Pinto Martins ainda traz (2014, p.472):

O que o legislador constituinte pretendeu coibir foi a dispensa imotivada do empregado eleito para cargo da Cipa, pois o despedimento faz cessar o mandato do cipeiro e o empregado deve ter maiores condições de exercê-lo, livre de pressões ou represálias do empregador, para zelar pela diminuição de acidentes de trabalho na empresa. Na verdade, a lei Magna tem o escopo de assegurar a garantia do mandato, para que o empregado dirigente da Cipa possa melhor desempenhar suas funções naquele órgão.

O TST entendeu, em sua súmula 339, I, que o “suplente da Cipa goza da garantia de emprego prevista no art. 10, inciso II, alínea a, do ADCT da Constituição da República de 1988”. O mesmo entendeu o STF, na súmula 676.

O representante do empregador, por sua vez, não precisa de garantia de emprego, uma vez que representa o empregador. No entanto, a garantia de emprego do cipeiro se estende ao representante do empregador, desde que ele tenha sido eleito para cargo de direção da Cipa.

Se ocorrer a dispensa do trabalhador que goza de estabilidade, e, no caso de ação trabalhista, deve o empregador provar que a dispensa não foi de forma arbitrária, sob pena de ser obrigado a reintegrar o empregado ao trabalho (art. 165, parágrafo único da CLT). Se, no entanto, a estabilidade já tiver se findado ou não for compatível a reintegração, a determinação legal converte-se de obrigação de fazer em obrigação de pagar indenização das verbas correspondentes ao período de estabilidade. (MARTINS. 2014, p. 472) Traz a jurisprudência sobre o assunto:

MEMBRO DA CIPA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DEMISSÃO EM RAZÃO DE CRISE ECONÔMICA SEM EXTINÇÃO DO ESTABELECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

“CIPA. SUPLENTE. GARANTIA DE EMPREGO. CF/1988. I - O suplente da CIPA goza da garantia de emprego prevista no art. 10, II,

‘a’, do ADCT a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. II - A estabilidade provisória do cipeiro não constitui vantagem pessoal, mas garantia para as atividades dos membros da CIPA, que somente tem razão de ser quando em atividade a empresa. Extinto o estabelecimento, não se verifica a despedida arbitrária, sendo impossível a reintegração e indevida a indenização do período estável”.

Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento.

TRT-10 - RECURSO ORDINARIO RO 524200600910007 DF
00524-2006-009-10-00-7 (TRT-10)

Data de publicação: 13/07/2007

Ementa: ESTABILIDADE

PROVISÓRIA. **MEMBRO DA CIPA. DEMISSÃO. DANO MORAL.** O empregado indicado pelo empregador como seu representante para integrar a **CIPA**, não goza da estabilidade provisória prevista no art. 10, II, a da ADCT. Em consequência, não há dano moral decorrente de sua **demissão**. **HORAS EXTRAS. PROVA** - O ônus da prova incumbe às partes na conformidade do artigo 818 da CLT c/c artigo 333 , incisos I e II , do CPC . Em se tratando de horas extraordinárias, cumpre ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito, inclusive no referente a pretensas diferenças em razão de pagamentos diminutos. No presente caso, não provado o cumprimento de sobrejornada superior àquelas já satisfeitas, consignadas nos recibos de pagamento colacionados com a defesa, afigura-se inviável o deferimento das diferenças de horas extras pugnadas. (DISTRITO FEDERAL, 2007).

TRF-1 - APELAÇÃO CIVEL AC 2419 BA 1997.01.00.002419-3
(TRF-1).

Data de publicação: 28/11/2002

Ementa: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. MEMBRO DA CIPA DEMISSÃO. READMISSÃO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 19, ADCT.

POSSIBILIDADE. 1. A reintegração ao serviço público de servidor celetista demitido sem justa causa, por motivação política, posteriormente readmitido, enseja o reconhecimento da estabilidade prevista no art. 19, do ADCT. 2. A estabilidade provisória de **membro** da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - **CIPA** é assegurada pelo art. 10, II, b, do ADCT da Constituição Federal , dispositivo constitucional de meridiana clareza ao vedar a dispensa do empregado, nessas condições, se inexistente justa causa. Na mesma linha, o art. 165 da CLT assevera que, ocorrendo a despedida do titular da representação dos empregados na **CIPA**, caberá ao empregador, se acionado na Justiça do Trabalho, comprovar a existência da justa causa. 3. Juros de mora fixados em 0,5% ao mês. 5. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

TRT-10 - Recurso Ordinário RO 723201001710006 DF
007232010-017-10-00-6 RO (TRT-10)

Data de publicação: 05/10/2012

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO. INTEMPESTIVIDADE. Não enseja conhecimento, por intempestividade, o recurso ordinário interposto fora do prazo previsto no artigo 895, da CLT. **MEMBRO DE CIPA. DEMISSÃO IMOTIVADA. GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO. REPARAÇÃO PECUNIÁRIA.**

REPERCUSSÕES. O constituinte objetivou, com o disposto no art.

10, II, “a”, do ADCT, garantir ao **membro de CIPA** a manutenção no emprego, com vistas à proteção contra despedida arbitrária ou eventual perseguição, retaliação ou ato discriminatório. Na situação sob análise, incidem as parcelas pertinentes na rescisão contratual por prazo indeterminado (arts. 496 e 497 da CLT). Observado o deferimento das parcelas de natureza salarial, bem como a regularidade dos depósitos do FGTS e incidência da multa de 40%, considerando-se a integração do período da garantia de emprego, não há de se falar em outros reflexos, sob pena de configuração de bis in idem. **PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS.**

EXERCÍCIO 2008. A vinculação da não concessão da parcela à ausência de atingimento de metas constitui fato impeditivo do direito vindicado, remetendo ao reclamado o encargo probatório (art. 818 da CLT c/c o art. 333, II, do CPC), do qual não se desincumbiu. Impõe-se, pois, o deferimento da parcela ao autor. Recurso ordinário da reclamada não conhecido por intempestivo; recurso ordinário do reclamante conhecido e parcialmente provido.

Observa-se, portanto que a jurisprudência concede ao membro da Cipa a estabilidade que dispõe o artigo 10 do ADCT, regulamentando o artigo 7º da Constituição Federal. Garante estabilidade a todos que exerçam cargos na Cipa, suplente ou titular, uma vez que ambos exercem cargo de direção, e, portanto, não podem sofrer a dispensa imotivada, sem justa causa, não baseada em motivo técnico, disciplinar ou econômico.

3.1.2 Gestante

Uma vez que gravidez não é uma doença, não se pode tratar a gestante como uma doente um incapaz. Em relação à garantia de emprego, a mesma é justificada pois no período que a empregada esteja grávida, ou no período pós-parto, não seria possível que ela encontrasse outro serviço nesse lapso de tempo. Além da proteção ao nascituro, para que possa se recuperar do parto e cuidar da criança nos primeiros meses de vida. (MARTINS. 2014, p.473)

Traz o art. 10 do ADCT, II, b que, até que seja promulgada lei complementar, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Dessa forma, a partir de 5.10.88, gestante tem seu emprego garantido por até 150 dias depois do parto. (MARTINS. 2014, p.473)

Existem várias teorias que informam e justificam a garantia de emprego da gestante, tendo destaque as teorias da responsabilidade objetiva e subjetiva.

A teoria da responsabilidade objetiva dispõe que o importante é a confirmação da gravidez para a empregada, e não para o empregador. Partindo desse ponto, a garantia de emprego da gestante não depende da comprovação da gravidez perante o empregador, mas sim da sua confirmação, sendo responsabilidade objetiva do empregador, visando garantir o nascituro. O STF já entendeu que a responsabilidade é objetiva. (MARTINS. 2014, p. 473) Existe jurisprudência pacífica do TST no sentido de que a empregada não precisa confirmar sua gravidez perante o empregador, basta haver a sua confirmação.

Súmula nº 244 do TST:

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT). II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Já a teoria da responsabilidade subjetiva diz que a empregada deve comprovar a gravidez perante o empregador.

Acerca do tema, traz Sérgio Pinto Martins, (2014, p.473):

A palavra "confirmação" deve ser entendida no sentido de a empregada demonstrar a gravidez para o empregador, deve confirma-la perante o empregador. A trabalhadora precisa dar ciência ao empregador de que está grávida, o que é feito pela apresentação do atestado médico ou exame laboratorial, quer dizer por ato formal, até cientificando por escrito que está grávida. Somente a partir do momento em que a empregada demonstrar a gravidez ao empregador é que estará protegida. A empregada tanto poderá apresentar atestado médico, como também será possível constatar seu estado físico externo, demonstrado pela gravidez.

Desconhecendo a empregada a sua gravidez quando da dispensa, menos ainda teria condições de saber o empregador

Por essa teoria entende-se também que o empregador não tem como ser responsabilizado se a empregada não o comunica de que está grávida. E, sendo assim, não se pode imputar a

alguém uma consequência a qual não deu causa. Dessa forma, não houve dispensa arbitrária que prejudique a garantia de emprego da gestante.

Dispõe o §1º do art. 487 da CLT que o aviso-prévio integra o tempo de serviço do empregado para todos os fins. Ainda traz o §6º do mesmo artigo que se o reajustamento salarial coletivo for concedido no curso do aviso-prévio, ainda que indenizado, o empregado tem direito ao referido benefício. O TST trouxe, por meio as súmula 182 que o tempo do aviso-prévio, ainda que indenizado, conta-se para efeito da indenização adicional do art. 9 da Lei 6.708/79.

Uma vez que o aviso-prévio indenizado produz efeitos no contrato de trabalho por mais 30 dias, para todos os fins, é necessário observar essa regra para a comprovação da gravidez no aviso-prévio indenizado, já que o trabalho é pago sob forma de salário. (MARTINS. 2014, p. 474).

Traz o artigo 391-A da CLT que a confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo de aviso-prévio trabalhado ou indenizado, garante a empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art.10 do ADCT.

Portanto, a confirmação da gravidez deve vir durante a vigência do contrato de trabalho ou do aviso-prévio, pois o empregado não teria ciência de outra forma no ato de dispensar. Uma vez provada a gravidez durante o aviso-prévio, mesmo recebendo avisoprévio indenizado, terá a mesma o direito de gozar da garantia de emprego, pois o contrato de trabalho só termina no último dia do aviso-prévio indenizado. (MARTINS. 2014, p.474)

Sergio Pinto Martins entende que ocorrendo a gestação durante o aviso-prévio, ainda que indenizado, mas a empregada não comprova perante o empregador, não há direito a referida garantia de emprego, uma vez que o empregador desconhecia a gravidez da empregada quando a dispensou. (MARTINS. 2014, p.474)

A mãe de aluguel também terá direito à garantia de emprego, já que houve gestação. A que forneceu o óvulo, por sua vez, não terá direito à garantia de emprego, uma vez que não houve gestação por parte dela. Se houve parto, mas a criança nasceu morta, há garantia de emprego. Entende-se que a mãe também precisa recuperar seu corpo, assim como teria que cuidar de seu filho. (MARTINS. 2014, p.474)

A Constituição Federal traz, em seu art.7º, XVIII, uma segurança ao emprego da gestante, e não uma indenização como é costumeiro pedir. Se a gestante pede indenização, entende-se que ela não tem a intenção de retornar ao serviço, relevando que não tem direito a garantia de emprego. (MARTINS. 2014, p.474)

Se não for mais possível a reintegração pelo término da garantia de emprego, a indenização é devida, e desde que a empresa tenha ciência da gravidez da empregada. Há casos em que a empregada ajuíza a ação depois de expirado o prazo da garantia de emprego, e ainda faz jus a esse direito, já que o prazo prescricional é de dois anos a contar da cessação do contrato de trabalho, conforme o art. 7º, XXIX, a, da Constituição Federal. (MARTINS. 2014, p.474)

Traz a súmula 244 do TST que “a garantia de emprego da gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.”

No contrato de trabalho por tempo determinado as partes sabem exatamente, e desde o início, quando o contrato irá terminar. O TST, no entanto, admite que a empregada gestante tem direito a garantia de emprego até mesmo nos contratos de trabalho por tempo determinado, de acordo com a súmula 244, III.

É também devida a garantia de emprego por parte da empregada doméstica gestante, desde a confirmação até cinco meses após o parto, de acordo com o art. 4-A da Lei nº. 5.859/72.

O art. 2 da CLT dispõe que o fechamento da empresa não prejudica a garantia de emprego da gestante, pois a norma visa tutelar a gestante e o nascituro. O risco do empreendimento é do empregador, e não pode causar prejuízos à criança e a mãe. (MARTINS. p.474)

Em relação às normas coletivas, traz Sergio Pinto Martins (2014, p.476):

Há certas normas coletivas que estendem a garantia de emprego à gestante por mais 60 dias após o término da previsão constitucional. Nesse caso, a norma coletiva é mais benéfica para a empregada, devendo ser observada.

Algumas normas coletivas estabelecem que a empregada tem de comunicar ao empregador dentro do período de 30 dias após o término do contrato de trabalho, para ter direito ao emprego. Decorrido o referido prazo, há a perda do direito. Essa determinação da norma coletiva não viola a Constituição, que não é clara sobre o significado da palavra “confirmação”, que pode, portanto, ser interpretada e complementada pela via negocial.

No caso de aborto, não há previsão de garantia de emprego, uma vez que a proteção ao nascituro não existe. A mulher tem direito apenas a duas semanas de licença remunerada, conforme o art. 395 da CLT. Também não há garantia de emprego à adotante, uma vez que o art. 10, II, a, do ADCT dispõe que a garantia de emprego se dá desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. No caso da adotante, não houve gestação, logo, não há garantia de emprego. (MARTINS. 2014, p.476)

Traz a jurisprudência sobre o tema:

**TST - EMBARGOS DECLARATORIOS ED-ARR
1132009320085050016 (TST)**

Data de publicação: 22/03/2016

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO DE REVISTA. **ESTABILIDADE PROVISÓRIA - GESTANTE.**

Embargos de declaração acolhidos , apenas para prestar esclarecimentos quanto à data da dispensa da reclamante, sem, contudo, imprimir efeito modificativo ao julgado.

TST - RECURSO DE REVISTA RR 1011008320055020020 (TST)

Data de publicação: 21/08/2015

Ementa: RECURSO DE REVISTA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. **ESTABILIDADE DE GESTANTE** . Nos termos da nova redação da Súmula nº 244, III, desta Corte Superior, a empregada **gestante** tem direito à **estabilidade** provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado. Recurso de revista de que não se conhece.

TST - RECURSO DE REVISTA RR 8128520135150085 (TST)

Data de publicação: 18/09/2015

Ementa: RECURSO DE REVISTA. **ESTABILIDADE PROVISÓRIA - GESTANTE - CONTRATO DE EXPERIÊNCIA.** "A empregada **gestante** tem direito à **estabilidade** provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea ' b' , do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado" (Súmula/TST nº 244, III). Recurso de revista conhecido e provido.

TST - RECURSO DE REVISTA RR 1986520115200003 (TST)

Data de publicação: 27/02/2015

Ementa: RECURSO DE REVISTA. **ESTABILIDADE DA GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA.** A jurisprudência desta Corte, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, inclinou-se no sentido de reconhecer a **estabilidade e** provisória decorrente de gestação no curso dos contratos por prazo determinado, fato que culminou na nova redação do item III da Súmula nº 244 do TST, in verbis: "III - A empregada **gestante** tem direito à **estabilidade** provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea ' b' , do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado" . Recurso de revista conhecido por violação do art. 10, II, b, do ADCT e provido.

TST - RECURSO DE REVISTA RR 7710620135020013 (TST)

Data de publicação: 13/11/2015

Ementa: RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO

SUMARÍSSIMO. ESTABILIDADE DA GESTANTE. I. De acordo com o entendimento consagrado na Súmula nº 244, I, do TST e com a jurisprudência desta Corte Superior, o desconhecimento do estado gravídico pela empregada e pelo empregador não afasta o direito à **estabilidade** prevista no art. 10, II, "b", do ADCT. II. Ademais, a demora no ajuizamento da reclamação trabalhista (ajuizamento após o transcurso do período relativo à **estabilidade** provisória) não prejudica a garantia de emprego da **gestante**. Nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 399 da SBDI-I desta Corte Superior, desde que observado o prazo prescricional previsto no art. 7º, XXIX, da CF/88, não configura abuso no exercício do direito de ação nem mesmo o ajuizamento da reclamação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego. III. Recurso de revista de que se conhece, por contrariedade à Súmula nº 244, I, do TST, e a que se dá provimento.

Sendo assim, a jurisprudência concede à gestante o direito à garantia de emprego disposta no artigo 7º, I, da Constituição Federal, regulamentada, enquanto não promulgada e a legislação a que se refere o dispositivo, pelo art. 10 do ADCT, II, alínea b. Concede, ainda, a estabilidade nos casos de contrato por tempo determinado, seja por contrato de experiência ou outro tipo, e também garante a indenização devida no caso de não integração da gestante no serviço da empresa.

3.2 Aplicabilidade direta da proteção contra a despedida arbitrária

Observa-se que, embora haja casos já regulamentados acerca da proteção contra a despedida arbitrária, como os já trazidos nos tópicos anteriores, é importante retomar que se trata de um direito fundamental de todo empregado.

Sendo assim, uma vez direito fundamental, e, considerando a constitucionalização que trouxe ao Direito do Trabalho princípios, normas e regras garantidoras dos direitos sociais, o ordenamento jurídico não pode se esquivar de tal direito fundamental frente à classe trabalhadora do país. Garantindo, portanto, que o art. 7º, I da Constituição Federal possa irradiar todos os seus efeitos.

CONCLUSÃO

Observa-se que a garantia contra a despedida arbitrária encontra-se normatizada na Constituição Federal, e, ainda, possui um amplo rol de princípios que favorecem tal disposição, como a Convenção nº 158 da OIT, os direitos e garantias fundamentais, os princípios trabalhistas de proteção ao empregador. Isso nos mostra que a tendência é de motivar a despedida, contra todo e qualquer trabalhador, no entanto, a jurisprudência e o ordenamento ainda vão contra a isso.

A resistência à motivação da despedida se dá pelo fato de que não há lei complementar que regule a disposição. São regulamentados apenas os casos previstos no art. 10, II do ADCT, trazendo proteção contra a despedida arbitrária aos membros da Cipa, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato, e das gestantes, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Embora haja os casos acima trazidos de garantia à relação de emprego, o ordenamento jurídico, pela constitucionalização dos direitos fundamentais, deve aplicar a norma constitucional de forma direta, garantindo a todos a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária.

Isso porque, uma vez direito fundamental, a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária assegura o empregado no sentido da manutenção do vínculo empregatício pela ação potestativa do empregador.

Considerando ainda que o trabalho é um direito fundamental e elemento formador da dignidade da pessoa humana, a proteção à relação de emprego deve ter sua norma aplicada de forma direta.

Cabe também, para a efetivação desse direito a regulamentação do dispositivo, por meio de lei complementar, para que, dessa forma, não haja dúvidas e nem lacunas para a aplicação da norma constitucional.

Tem-se, portanto, que o direito do trabalhador de proteção à relação de emprego contra a despedida arbitrária não pode ser desconsiderado pelo fato de não haver regulamentação, uma vez que é paradoxal uma norma constitucional não irradiar totalmente seus efeitos pela falta de lei complementar.

É contraditório, também, considerando a Constituição Federal, em seu âmbito social, que um direito fundamental tenha sua eficácia limitada e, por isso, possa deixar de cumprir sua função de garantidora de direitos fundamentais, sociais e individuais.

Conclui-se, portanto, que é de extrema importância a observância dos direitos fundamentais e sua eficácia, respeitando os ditames constitucionais e sua total eficácia, já que a intenção do legislador era proteger o direito social do trabalho. Sendo assim, a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária é um direito constitucional e fundamental, e deve, portanto, ser sua eficácia imediata frente aos problemas sociais.

Considera-se, também, que uma vez direito social e objeto de dignificação do homem, o trabalho é elemento fundamental para a inserção do homem na sociedade, deve, portanto, como direito fundamental, ser protegido e garantido a todos.

REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 1934. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Relação de emprego. Disponível em:
http://www.amatra20.org.br/amatravi/arquivos/EFICACIA_VERTICAL_E_HORIZONTAL.doc. Acesso em 10 out 2016.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. **Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo, Atlas, 2014.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro, 1932. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas no direito do trabalho**. 24. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais:. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9014>>. Acesso em: 05 out. 2016.
- REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e os conflitos das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.
- SIMÕES, Bruna Carvalho Alves. **A evolução do constitucionalismo**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 13 mar. 2014. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47359&seo=1>>. Acesso em: 05 out. 2016.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. (Org.). **Direitos sociais**: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos: a Constituição de 1988 e suas previsões sociais. Birigui: Editora Boreal, 2011.

SUZUKI, Fábio Hiroshi. Proteção Contra a Despedida Imotivada no Direito do Trabalho Brasileiro: uma análise da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

Disponível em: <http://ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1165. Acesso em 10 out 2016

VITAGLIANO, Christiano Francisco da Silva. **Terceirização e trabalho no setor canavieiro em Paranaíba-MS**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.