

## INTRODUÇÃO

Aliadas às sucessivas transformações vivenciadas na categoria jurídica *trabalho*, a ideia originária desta investigação surgiu a partir de um interesse em compreender a evolução das relações que se instauraram sobre o capital e o trabalho, tendo como base precípua a compreensão das práticas jurídicas hoje atualmente sedimentadas para o trabalho, a ocupação e o emprego, e tem por objeto a construção de Tese que afirma o *Direito ao Trabalho, como garantia fundamental, e com direta relação com a proteção jurídica contra a dispensa imotivada*, não havendo ainda dicotomia entre esta garantia e os princípios de justiça social consagrados no ordenamento constitucional. Sua definição também recebeu influência nos sucessivos debates doutrinários e acadêmicos que circundam a chamada constitucionalização do patrimônio de trabalhadores, e cuja ênfase sobre medidas efetivas na ordem jurídica se tornam prioritárias no centro das agendas sociais e políticas, e na busca por medidas exigíveis e efetivas que resgatem a figura do trabalho como condição e essência do ser humano, explorando teias e labirintos expostos pelo Direito do Trabalho e Direito Constitucional, hoje elementos indissociáveis que interessam a Filosofia Laboral e a Sociologia Jurídica Trabalhista.

Estes aspectos de condição e essência, por sua vez, conduzem também o estudo para uma inserção na Teoria de Marx sobre o Trabalho. Toda a teoria de Marx gira em torno do velho conhecimento de que o trabalhador, antes de tudo, reproduz sua própria vida ao produzir os meios de subsistência. Em seus primeiros escritos Marx delineava que os homens começam a distinguir-se dos animais quando começam a produzir seus meios de subsistência. Este é o próprio conteúdo da definição do homem como *animal laborans*.

Tendo como um dos objetivos gerais superar uma compreensão jurídica de que a dispensa imotivada compreende um direito inscrito, e de superioridade, no direito de propriedade e na preservação de garantias econômicas, esta tese submete a análise da questão sob a ótica das normas e princípios já disponíveis no ordenamento jurídico constitucional e trabalhista. Trata a investigação da dispensa imotivada como abusividade que obstaculiza o exercício de uma garantia fundamental, e agride as demais liberdades fundamentais asseguradas aos cidadãos e ao cidadão-trabalhador. Uma liberdade que tem vinculação direta com o exercício de direitos fundamentais sociais.

Diante da constatação da inflexibilidade, e de uma tradição que estagna o artigo 7º, I, da Constituição Federal, ao longo de mais de vinte anos, a tese parte de questionamentos

essenciais que configuram seus objetivos específicos, e que se materializam nas seguintes formulações: como superar e romper a resistência no entendimento de que a Constituição Federal enumera como *Direito* a proteção jurídica contra a dispensa imotivada, e que esta regra é passível de aplicabilidade imediata? Como estabelecer os elementos jurídicos de reconhecimento, que tornam o artigo 7º, I, da Constituição Federal, pleno de eficácia imediata, e através de normas teóricas referenciais, já disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, e com ele intercambiável? Como romper com as consciências clássicas, que respeitadamente sábias, ainda permanecem atreladas a um entendimento jurídico de repercussão social superado e ineficaz, e com promessas incompletas semelhantes?

Neste cenário de formulações, os questionamentos delineados também se aliam aos que foram apresentados por Norberto Bobbio, na Era dos Direitos, e que também se enquadram no delineamento de respostas que a tese propõe: será que já nos perguntamos, alguma vez, que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez, que gêneros de direitos são esses que tais normas definem? Um direito, cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção é adiada *sine die*, além de confinados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o programa é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de *direito*?

Esta tese propõe e constitui a ruptura com a inércia legislativa, ao longo de anos, sobre o artigo 7º, I, da Constituição Federal, vinculando direito fundamental e princípios de justiça social, insculpidos no próprio texto constitucional, em seu artigo 170, e tem como marco teórico a integração da Teoria do Abuso do Direito, de Louis Josserand, sobre a proteção jurídica contra a dispensa imotivada. Evidencia a irrelevância da omissão legislativa preconizada para a regulamentação da dispensa imotivada, em face de argumentos teóricos com essência de princípios, e que conferem a eficiência inegociável da afirmação da garantia do *direito ao trabalho*.

A busca pela quebra da cristalização oficial, e por longo definitiva, que repousa sobre a proteção contra a dispensa imotivada, a partir da afirmação da garantia fundamental do *Direito ao Trabalho*, pressupõe o elemento central desta tese, que traça novos caminhos jurídicos disponíveis que deverão ser aplicados sobre as rescisões e comportamentos que terminam os contratos de trabalho. Constitui esta investigação uma contribuição para o pensamento jurídico, para reflexão doutrinária e para novas posturas jurisdicionais, consubstanciando uma reflexão que tem no corte epistemológico um

objetivo específico de vislumbrar o direito com sua autonomia e sem uma vinculação temporária econômico-social.

Propomos na pesquisa, e ao longo do estudo, a fixação dos parâmetros jurídicos que respaldam a dispensa imotivada, aleatória e injustificada, como ato enquadrado no abuso do direito, mas sem a subjetivação de preconceitos e de definições pré-estabelecidas, senão oriundos da própria ciência jurídica como elemento que respalda novas definições. A garantia fundamental do *direito ao trabalho* tem relação direta e indissociável com a *proteção jurídica contra a dispensa imotivada*, e tem eficácia no direito do trabalho através da teoria do abuso do direito e pelos princípios de justiça social inscritos no artigo 170, da Constituição Federal. Subsiste para o direito brasileiro desde os documentos históricos, e foi pronunciada de forma intransponível e historicamente representada na Constituição Federal brasileira.

A tese tem base, ainda, na exigência e adoção de novos paradigmas jurídicos pelo Direito do Trabalho, envoltos na preservação do potencial humano de trabalho individual como meio de sobrevivência, bem como no afastamento do cerceamento e das barreiras estabelecidas ao exercício do *direito de trabalhar* na perspectiva de garantia fundamental, em cujo cenário socioeconômico, como ressalta Ericson Crivelli, se vislumbra desconexão entre fato/valor/norma e posicionamento jurisdicional.

Diante de novas morfologias sobre o trabalho e o emprego, a investigação se alia aos conceitos de relevância sócio-jurídicos na busca de equações para as perspectivas da regulamentação no trabalho contemporâneo, e ao grande questionamento de como enfrentar esta questão diante da consolidação de comportamentos que já não se adequam ao momento de sociedade. Direciona sua abordagem ao plano de investigação de uma realidade adotada no direito do trabalho diante dos valores da ordem fundamental, buscando a construção de uma racionalidade jurídica dentro do *Direito* que preserve uma garantia fundamental estabelecida com base e ao longo da história em premissas de Direito Social.

A Constituição Brasileira ao preconizar o *direito ao trabalho* substancia esta garantia de forma conjunta com outros direitos fundamentais sociais, mas não contempla a inter-relação deste direito, nem estabelece os mecanismos para compensação das desigualdades pela ausência/afirmação deste direito. Não contempla ainda os caminhos para um equilíbrio e igualdade material que necessitam de confirmação através de condutas ativas por parte do Estado, inclusive pela via da prestação jurisdicional. Esta investigação é

também resultado da problematização de conhecimento e efetividade do *direito ao trabalho* e o alcance do seu conteúdo.

As perspectivas para ocupação e trabalho, desde anos finais do último milênio, e início deste, se encontram num campo cada vez mais restritivo, onde um elevado número de postos formais de trabalho desapareceu por completo na mesma velocidade com que se impuseram as mudanças ditadas pela revolução tecnológica e informacional. Restam ainda desoladas, e cada vez mais agravadas, as esperanças de inclusão de muitos que se encontram inseridos no crônico problema da pobreza e da miséria, e que passaram a conviver e sofrer com um novo incremento por terem sido lançados seja no desemprego aberto e real, seja no desemprego oculto pela situação de trabalho precário e degradante. É também crescente, sob a ótica do trabalho, o universo de despossuídos de tudo. De direitos elementares, de participação social, de reconhecimento cidadão, e muito mais de qualquer possibilidade de inclusão pela força própria do trabalho já que a miserabilidade e a inacessibilidade aos sistemas de proteção e mínima participação social os afastam naturalmente.

Se ao setor de políticas públicas é dada a inaptidão para a realização de investimentos indispensáveis em setores essenciais de desenvolvimento, ou de manutenção do mínimo abrangente em educação, saúde e habitação, muito mais imperceptível e grave se tornou esta situação no campo do trabalho, cujos avanços e exigências, com interferência da ciência e das tecnologias, trouxeram como resultado a necessidade de novas posturas jurídicas e jurisdicionais. E este processo é cada vez mais discriminatório e excludente, o que não prescinde seja a questão hoje objeto de aprofundamento investigatório onde a inserção, permanência e participação social constituem premissas essenciais das sociedades.

Alie-se, ainda, a tais aspectos de conhecimento sobre esta postura jurídico-legal e jurisdicional, outro ponto de extrema significação e de desregramento social com repercussões no seio familiar. A ausência de mecanismos que restrinjam, e que possibilitem a proteção da permanência de *trabalhadores*, gera estratégias danosas de sobrevivência das famílias, o que se dá pelo engajamento precoce de seus membros à população economicamente ativa, agravando o ciclo vicioso onde se concentra trabalho de baixa qualidade, baixa produtividade e remuneração, e distanciamento educacional pela evasão escolar que resulta numa constante precariedade de qualificação profissional.

Pretende esta investigação analisar a definição de trabalho em sua gênese histórica, social e política de categoria fundante, situando a questão na compreensão de um direito

que sofreu impactos em sua afirmação diante das novas formas instituídas com o advento de uma economia sem fronteiras, e onde os conceitos de *trabalho* e *desemprego*, a noção de *mercado de trabalho*, e as relações entre *trabalho e cidadania*, se tornam essenciais para qualquer entendimento do *direito ao trabalho* como garantia fundamental. Busca ainda explorar este *direito ao trabalho* como direito social exigível perante o *Direito do Trabalho*, o que, inevitavelmente, leva a uma interferência sobre a atuação do Estado, inclusive no tratamento jurisdicional desta garantia fundamental.

Em seus aspectos práticos, visa este estudo uma contribuição para as relações jurídicas que envolvem o capital e o trabalho, mantendo ciente percepção do plano econômico e social vigente, e nas exigências que se impõem sobre a participação do *Estado* e do *Privado* em suas obrigações sociais e de cumprimento de direitos exigíveis e inegociáveis de conteúdo fundamental, num cenário onde a *sociedade e trabalho* sofreram modificações profundas e passam a exigir condições mínimas intransponíveis.

Se já não temos respostas minimamente favoráveis para mudanças de conteúdo e abrangência mais significativas na paisagem social e jurídica que se impõe sobre a realidade das políticas de preservação e geração de ocupação, e ainda que o futuro da categoria *trabalho* nos coloque inúmeros questionamentos, e sobre eles não tenhamos ainda a capacidade para respostas mais efetivas no plano legislativo, pelo menos temos a evidência de que esse futuro poderá ser compreendido e pensado, a partir de um arcabouço jurídico já disponível, sem perder de vista a harmonia no papel instituído aos Poderes da República, e cientes de que nos concentramos em uma sociedade cercada por debilidades e constatações que aviltam a nossa realidade, e que necessitam urgentemente de ações e respostas jurídicas e jurisdicionais validamente despretensiosas, porém eficazmente indispensáveis.

Partindo para o plano metodológico de investigação, adotamos os parâmetros estabelecidos por Gustin e Dias (2006)<sup>1</sup>, que referenciam como sendo três os elementos de grande importância que condicionam a escolha dos procedimentos científicos para a pesquisa jurídica a ser desenvolvida. O primeiro elemento é a ideia de que a realidade jurídica está condicionada pela trama das relações de natureza econômica, política, ética e ideológica. Este elemento aponta que o Direito, como fenômeno jurídico, é também social e cultural. O segundo elemento constitui na necessidade de questionar os institutos já positivados no ordenamento jurídico nacional e que praticamente desconhecem as

---

<sup>1</sup> **(Re)pensando a Pesquisa Jurídica:** teoria e prática. Del Rey: Belo Horizonte, 2006.

demandas de transformação das realidades mais abrangentes. O terceiro elemento refere-se ao fato de que a escolha da metodologia significa a adoção de uma postura político-ideológica perante a realidade.

Caracteristicamente inserida na Teoria Geral do Direito do Trabalho, e vinculada à linha jurídica que aborda *garantias jusfundamentais*, esta tese tem sua linha teórico/metodológica centrada na vertente jurídica que traz em sua essência a análise do *direito ao trabalho e da proteção jurídica contra a dispensa imotivada*, a partir do seu sentido de eficácia e eficiência, sua relação com a sociedade, seu campo dentro do direito do trabalho, além de seus aspectos de contradição e ambiguidade com o campo político, econômico, e com o campo da afirmação jurisdicional. Centra, ainda, sua linha de exploração na investigação concreta dos objetivos propostos para estas garantias, propondo-se a compreender o fenômeno jurídico em face das demandas sociais e de sua adequação aos institutos jurídicos em mãos.

Partindo-se de uma concepção de planejamento, traçada em razão do seu objeto e dos seus objetivos, a tese traça a investigação em três dimensões: histórico-jurídica, jurídico-exploratória e jurídico-propositiva.

Em sua primeira dimensão histórico-jurídica a investigação aborda a conceituação de elementos básicos indispensáveis, ou melhor, conceitos de *trabalho, surgimento de direitos fundamentais, do direito ao trabalho, e da proteção jurídica*, entrando ainda como fator de importância referencial os documentos históricos onde se destacam a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, e as normas relativas aos princípios e aos direitos fundamentais no trabalho, da Organização Internacional do Trabalho.

Seguindo o planejamento desta dimensão histórico-jurídica, o primeiro capítulo aborda a categoria *trabalho* em suas composições e antecedentes históricos situando significações conceituais desde as premissas traçadas para o Direito Social até o surgimento do Direito do Trabalho. No segundo capítulo a exploração do tema envereda pelas mudanças instituídas sobre o trabalho ao longo do desenrolar da sociedade capitalista, o que vem acompanhando do contexto sobre os novos paradigmas que se estabeleceram sobre a atividade de trabalhar e sobre os espaços de trabalho, além das novas feições sobre empresas e economia, e sobre as alterações vivenciadas em todo o sistema fabril e produtivo. Segue ainda no segundo capítulo uma abordagem sobre o cenário da regulamentação jurídica. Fruto de aportes buscados no intercâmbio com a

Sociologia, o estudo sobre o mercado de trabalho foi inserido como mecanismo de conhecimento do comportamento deste cenário recebedor, e intimamente relacionado, com o pacote de direitos sedimentados através do direito do trabalho. Uma dinâmica onde se encontram atores sociais distintos e desiguais, comportamentos diversos, oportunidades diferenciadas, meios e relações sociais comumente não referenciais para as ciências jurídicas. Finaliza o segundo capítulo a abordagem e discussão do papel e da autonomia do direito no contexto de sociedade econômica.

A segunda dimensão traçada, denominada jurídico-exploratória, visa à análise da constituição dos direitos e da formação e da instituição da prática jurídica brasileira na afirmação e tratamento do *direito ao trabalho e da proteção jurídica contra a dispensa imotivada*. Dando corpo e forma a esta segunda dimensão metodológica jurídico-exploratória foram traçados os capítulos três e quatro com seus subtítulos. No capítulo três a investigação foca abordagem sobre a categoria dos direitos fundamentais em sua essência e peculiaridades, dando seguimento sobre a abordagem do *direito ao trabalho* como garantia fundamental social, e sua direta inclusão na categoria dos direitos humanos. Inclui ainda o plano de conceituação da exclusão social vivenciada no campo do trabalho, e o déficit na afirmação e na efetivação de direitos sociais fundamentais. O capítulo quatro explora a garantia fundamental deste direito ao trabalho e sua implicação e relação direta com a proteção jurídica contra a dispensa imotivada, o que é feito abordando a questão dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e situando a proteção jurídica sobre a dispensa desde sua concepção na elaboração da Constituição Federal de 1988, em elementos históricos políticos, sociais e econômicos do processo constituinte.

Por fim, a terceira dimensão do tipo de investigação, a dimensão jurídico-propositiva, tem vinculação com os seus aspectos práticos e de contribuição à ciência jurídica. Retoma a discussão sobre a garantia fundamental do *direito ao trabalho* e sua relação direta com a *proteção jurídica contra a dispensa imotivada*, incluindo e situando a dispensa aleatória e injustificada dentro da Teoria do Abuso do Direito, e em face da violação dos princípios constitucionais de justiça social.

Neste percurso de abordagem, esta terceira dimensão metodológica jurídico-propositiva foi estabelecida através dos capítulos cinco e seis. No capítulo cinco a tese centra sua abordagem no artigo 7º, I, da Constituição Federal, e na exploração da dispensa imotivada como abuso do direito, elevando a conexão e o intercâmbio jurídico desta garantia com os princípios de justiça social insculpidos na Carta constitucional, e onde se destacam a dignidade e a igualdade. No capítulo seis, a tese faz sua abordagem final e suas

proposições de comportamento jurídico e novas perspectivas de atuação, emergidas a partir de todo o cenário traçado na pesquisa, estabelecendo a discussão dos padrões jurídicos indispensáveis para o direito do trabalho perante o mundo do trabalho, e através de proposições de posicionamento e atuação jurídica que resultem na adoção imediata de novos caminhos de efetividade para a garantia fundamental do *direito ao trabalho através da vertente de proteção jurídica contra a dispensa imotivada*, o que se consuma dentro do panorama jurídico disponível, seja no plano constitucional brasileiro, seja no âmbito do direito do trabalho, ou através do intercâmbio com os demais ramos da ciência jurídica.



## **1 TRABALHO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. SIGNIFICAÇÕES CONCEITUAIS. O DIREITO SOCIAL E O SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO.**

Remonta aos primórdios da humanidade o interesse de homens por agrupamentos na busca de defesa de interesses espirituais e materiais, tratados e discutidos de forma individual, ou coletivamente, e voltados essencialmente ao desenvolvimento de suas aptidões e qualificações pessoais. A tribo, o clã, a cúria foram exemplos organizacionais que sucederam a um imaginário período de horda, ao nomadismo da caça e da pesca e à promiscuidade sexual. Ressalta Jean Gaudemet (1982) que “desde a alta antiguidade, as culturas mais adiantadas criavam organizações para manutenção de privilégios, que surgiam em razão das diferenças de classes na Mesopotâmia, no Egito e entre os Hebreus”.<sup>2</sup>

No direito desenvolvido em Roma evidenciaram-se agrupamentos sociais e profissionais dotados de interesses próprios que se reuniam em sociedades, colegiados e corporações. Na Idade Média predominaram as corporações de arte e ofício, que objetivavam a defesa de artesãos e profissionais, prestando assistência aos que elas integravam e aos seus dependentes. Constituíram-se em organismos fechados compostos por mestres, companheiros e aprendizes, e retratavam o surgimento do que seria, no decorrer da história, o exemplo de agrupamentos coletivos com interesses comuns.

Battaglia (1958)<sup>3</sup> afirma que o trabalho tem sua importância nas mais variadas vertentes, sejam elas jurídicas, econômicas, sociais ou religiosas, e dele há uma apropriação de sentido com importância a compreensão da vida humana. A forma como as sociedades passaram a enxergar o trabalho sofreu modificações acentuadas ao longo da história, e tratá-lo como merecedor de uma proteção social foi um processo evolutivo que obteve valorações distintas entre as civilizações. Jorge Souto Maior (2012)<sup>4</sup> ressalta que a desigualdade na relação de trabalho é histórica pela ausência de um aparato de proteção: ausência de previdência, ausência de sindicatos, falta de regras de proteção, inexistência de um mecanismo de luta coletiva. Trata-se de um processo evolutivo histórico complexo e onde os trabalhadores passam a tomar consciência da necessidade de luta em face dos

---

<sup>2</sup> *In: Institutions de L'Antiquité*. Paris: Sirey, 1982, p. 45.

<sup>3</sup> **Filosofia do Trabalho**. Tradução Luis Washington Vita e Antonio Delia, São Paulo: Saraiva, 1958, p. 82.

<sup>4</sup> Registros de aula da Disciplina Teoria Geral do Direito do Trabalho. Pós-Graduação da Universidade de São Paulo – USP – primeiro semestre 2012.

acidentes de trabalho. Essa consciência de luta inicial pressupõe o surgimento da ideia de *classe*.

Como marco para qualquer imersão na complexidade do tema *trabalho*, e todas as suas pretensões voltadas à questão de compreensão do *direito ao trabalho* como mecanismo afirmativo e indissociável das garantias fundamentais sociais mínimas, é preciso um retrospecto e um retorno sobre a compreensão dos conceitos de *trabalho* em suas variadas acepções. É preciso percorrer caminhos conceituais e históricos que mudaram a feição desta categoria tratada anteriormente como castigo, pena e fadiga para objeto de desejo e direito fundamental. Isto ressalta ainda uma necessária abordagem e compreensão de como se deram e se formaram os aparatos e conjuntos normativos que hoje tratam e disciplinam, no campo do direito, as relações de trabalho e suas especificidades e variações.

Um retrospecto sobre a construção jurídica decorrente de projetos e planos sociais, que não necessariamente alcançaram êxito, mas resultaram de uma constante dinâmica de reivindicação e conflitos entre os que detinham o controle econômico e os que se lançavam ao trabalho sem garantias sequer mínimas para questões elementares de saúde e segurança. Esta perspectiva visa tão somente uma sequência de exploração da questão a fim de que seja possível uma delimitação do tema de forma lógica, desde o surgimento de um Direito do Trabalho remanescente de um projeto de Direito Social, e com vistas a um maior aprofundamento no trato de conceitos e delimitações sobre direitos fundamentais sociais, o exercício da garantia do *direito ao trabalho*, e os caminhos daí decorrentes que permanecem disponíveis, ou se põem em avanço como exigíveis, no Direito do Trabalho quando se vincula esta garantia fundamental com a questão jurídica da proteção contra dispensa imotivada.

A evolução dos acontecimentos sociais fez com que o Estado, como forma de atenuar a exploração da relação capital x trabalho, passasse a ter preocupação com a regulamentação e legislação sobre condições de trabalho, e tinha como vínculo direto o modelo de equiparação do trabalhador hipossuficiente em face dos detentores dos meios de produção. Esta preocupação, entretanto, demonstra o surgimento do Estado Social e do Direito Social, mas como produtos do modelo capitalista de produção. E não foi este Estado Social produto oriundo e delimitado como existente a partir tão somente da Revolução Industrial. São inúmeros os autores que afirmam que o *direito do trabalho* não surgiu nem é um fenômeno do século XIX com a Revolução Industrial. Em 1802 a Inglaterra já lançava sua Lei dos Pobres, e a França já regulamentava, em 1841, a proibição

do trabalho de crianças menores de 8 (oito) anos em usinas, estabelecendo limitação de jornada de 8 (oito) horas para crianças com idade entre 8 e 12 anos, e de 12 (doze) horas para crianças entre 12 e 16 anos. É fato historicamente comprovado que estaria havendo antes da Revolução Industrial uma tomada de consciência em relação ao direito do trabalho, ainda que não fosse cumprido e como resultado da apoderação do capitalismo em face das manifestações e de conflitos sociais que se intensificavam através da violência de patrões, repressões violentas e lutas de classes.

As primeiras elaborações jurídicas surgidas em período antecedente a Revolução Industrial não eram cumpridas porque na realidade não existia o *direito do trabalho* com ramo jurídico. Jamais foram contempladas como elementos de um contexto jurídico de *direito do trabalho*. O contexto da racionalidade jurídica da época era a racionalidade do direito civil como o todo, e não especificamente do *Direito Civil*, cuja origem e essência foi evidentemente liberal.

Para muitos as leis trabalhistas eram consideradas como afronta a liberdade, e mesmo a desordem sob o ponto de vista da perspectiva social da época não chegava a mudar a racionalidade jurídica então vigente. Uma racionalidade que demonstrava a ambiguidade de surgimento de regras de proteção e de argumentos sociais oriundas do próprio sistema capitalista como meio e justificativa de sua pertinência. E este caráter ambíguo do Direito do Trabalho também se torna essencial para compreensão do objeto deste estudo, já que envolve a relação do Estado com a Sociedade trazendo a solidariedade do campo da moral para o direito como caminhos na afirmação da paz e justiça social, e como meio do capitalismo tentar demonstrar-se viável como elemento regulador dos padrões de conduta da humanidade, como acentuam Jorge Luis Souto Maior e Marcus Orione Correia (2007)<sup>5</sup>.

Martins (2002)<sup>6</sup> acrescenta que o pós primeira guerra trouxe o chamado constitucionalismo social, que resultou na inclusão pelas Constituições de regras de proteção social da pessoa, de regras de interesse social coletivo e a inclusão de garantias e direitos fundamentais, dentre os quais o *direito ao trabalho*. As constituições do México de 1917, e a Constituição de Weimar de 1919 são marcos deste constitucionalismo e desta apropriação de interesses sobre garantias sociais, que teve na categoria trabalho uma relação como elemento de justiça social e dignidade humana.

---

<sup>5</sup> **Teoria Geral do Direito do Trabalho**. Coleção Pedro Vidal Neto. São Paulo: Ltr, 2007, p. 54.

<sup>6</sup> **Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 76.

André Gorz<sup>7</sup>(1988) afirma que o trabalho assalariado, sobre o qual se funda atualmente a coesão e a cidadania sociais, não pode ser confundido com *trabalho* no sentido antropológico (labor). Para Gorz (1988) esta última acepção nunca funcionou como meio de integração e inserção social, mas, ao contrário, sempre teve a característica de essência vinculada a um critério para excluir os indivíduos da esfera pública. Antes do surgimento da indústria moderna o termo *trabalho* equivalente a *labor* referia-se principalmente à produção de bens de consumo e serviços, nos quais homens contratados labutavam dia após dia numa atividade que se autoconsumia.

Entre os gregos antigos era senso comum a ideia de que quando homens se encontravam presos aos reinos das necessidades, submetendo-se às necessidades do corpo, não eram capazes de conduta moral. A liberdade ou a capacidade de pertencer à esfera pública somente estaria ao alcance daqueles que podiam ultrapassar o reino da necessidade situando-se além das pressões das necessidades corporais. Nesta antiguidade as atividades econômicas normalmente se desenvolviam no interior dos domicílios, um espaço privado no qual a atividade do trabalho (labor) era exercida. Isto demonstra que, enquanto no mundo antigo o trabalho (labor) pertencia à esfera privada da necessidade econômica, e a liberdade era concebida como pertencente à esfera pública, no mundo moderno do capitalismo avançado o trabalho e as demais atividades econômicas passaram a pertencer e a se situar na esfera pública, onde são submetidos ao controle e a mediação do requisito *mercado*.

Este processo, que demonstra a mutação sobre as duas atividades, é que fez surgir a concepção de trabalho moderno, com características dos dois institutos, sem se confundir com nenhum deles, e advindo de uma simbiose entre *work* e *labor* onde o primeiro deixa de ser uma atividade solitária e se transforma em labor, e este último deixa de seguir as diretrizes da natureza e passa a depender da máquina. Esta transformação acarretou profunda revolução em costumes e hábitos da população pobre de então, que através das primeiras gerações de trabalhadores resistiram e se indispuseram a aceitar as disciplinas impostas pelas fábricas, já que isto significava um trabalho em tempo integral, dia após dia, conforme acentua Thompson<sup>8</sup>(1967).

A concepção moderna de trabalho que teve sua consolidação no século XVIII vincula uma estreita relação com o capitalismo manufatureiro, não podendo ser separada dos rasgos históricos de sua origem, nem do traço particular de racionalidade que

---

<sup>7</sup> *Métamorphoses du travail. Quête du sens. Critique de la raison économique*. Paris: Galilée, 1988, p. 92..

<sup>8</sup> *Time work-discipline and industrial capitalism. Past and Present*, nº 38, December 1967, p. 112.

predomina na sociedade capitalista industrial. É a partir desta relação intrínseca com um tipo particular de racionalidade econômica ou instrumental que a noção moderna de trabalho ganha sentido, ou melhor, se vincula estreitamente com as categorias *tempo* e *dinheiro*. E para o contexto de compreensão de construção e evolução do sistema jurídico laboral então vigente, retomar o curso das tensões e acontecimentos históricos se torna fundamental, especialmente quando este trabalho pensa em novos caminhos disponíveis para a proteção do direito de trabalhar, a partir de novas posturas jurídicas diante da concepção de capitalismo hoje vivenciada. Neste ponto, retomar as tensões sociais, e explorar os acontecimentos emergidos com a primeira guerra mundial, constitui abordagem e explicitação de toda a história social vivenciada na transição para o capitalismo em todas as suas faces até os dias atuais, quando a face da especulação financeira apresenta seus traços mais marcantes e nocivos para o ambiente sociolaboral.

A primeira guerra mundial foi a explicitação dos problemas vivenciados no mundo ocidental em face da formação do modelo de produção capitalista, e do desajuste pleno que este modelo de formação estava inserindo em nível mundial. Um desajuste no campo social, em especial no que se refere à relação básica da sociedade na divisão do trabalho, e um desajuste em níveis internos e internacionais, que afrontou trabalhadores já organizados no campo de sua atuação coletiva, bem como aflorou o fato de que países entravam em conflitos de natureza econômica pela disputa e ampliação de suas fronteiras econômicas.

Ao final da primeira guerra se dá o efetivo impulso pelo reconhecimento do problema das tensões no campo do trabalho. Surge nesta linha de impulso o mais importante documento da época que é o Tratado de Versailles que põe fim à guerra. A leitura que diz que o Tratado não era especificamente um instrumento legal a impulsionar a regulamentação jurídica do trabalho, e sim uma forma de não possibilitar o socialismo de se estabelecer, tem seu aspecto de verdade, mas não é exatamente o único argumento de sua existência. Não se pode reduzir as preocupações deste instrumento e da realidade à época a este fator simplesmente. Havia tensões e situações que necessitavam a organização do capital e do trabalho em níveis internacionais. Havia a vontade de se organizar o modelo de produção capitalista. Havia elementos e argumentos vivenciados que demonstravam que a relação capital versus trabalho necessitava de uma racionalidade diferente da que até então existia.

O Tratado de Versailles resulta ainda na criação da OIT – Organização Internacional do Trabalho, e estabelece parâmetros de comportamento para nações onde a

significação social como o princípio da isonomia entre homens e mulheres, a limitação do trabalho enquanto valor social, e a elevação da condição humana pelo trabalho resvalam como regras de condutas. É a partir do Tratado de Versailles que se tem uma mudança de racionalidade que fixa o papel do direito diante dos acontecimentos sociais vivenciados pela classe trabalhadora. Uma racionalidade que não é revolucionária, mas que tenta e supera a racionalidade vivenciada no século XIX, e que confere para esta sociedade uma noção do que venha a ser Justiça Social. Com esta noção surge o que se chamou Direito Social, que antecede a própria sedimentação do que se convencionou *Direito do Trabalho*.

A expressão Direito Social contempla a ideia de superação da racionalidade puramente liberal. Superação de um Direito meramente liberal para uma nova feição que contempla agora um Direito com argumentos e perspectiva Social. O surgimento do Direito Social contempla o surgimento de uma nova legislação que muda a feição do Direito, e altera a construção inicial e racional do Direito fazendo surgir o Constitucionalismo Social.

Nesta linha é a ideia de superação no sentido racional onde o Estado vai se reger não apenas por uma lógica única liberal, mas através de um projeto que mantém o modo de produção capitalista liberal agora acoplado a um projeto de Justiça Social. Surge neste contexto a tentativa de mudança de racionalidade para o Direito posta documentalmente no Tratado de Versailles, mas que se consumou em uma mera tentativa. A classe dominante da época tinha a compreensão da necessidade de fazer esta mudança. O projeto era a mudança do Direito como um todo, de uma nova feição de atuação do Estado, mas esta mudança não se concretizou efetivamente. E esta mudança de formação de um Estado Social, de um Direito Social não foi adiante resultando no surgimento do Direito do Trabalho. O projeto de Direito Social tanto não foi aplicado quanto não foi incorporado às consciências humanas.

Se o Tratado de Versailles do ponto de vista da relação capital versus trabalho não se concretizou efetivamente no campo social, no plano político estabeleceu uma lógica de guerra de uma forma mais perigosa. Em certo sentido o Direito do Trabalho foi surgindo mais num campo de derrota do projeto inicial de Direito Social.

Em 1945 houve novamente um novo e grande impulso para criação de normas de direito social, de criação da teoria dos direitos humanos. Na reconstrução da Humanidade pós 1945 a construção da teoria dos direitos humanos é posta numa concepção liberal onde a liberdade passa a ser o centro de todo o processo. Não uma concepção de liberdade para ação individual em prol do coletivo. Uma liberdade explorada a partir de uma concepção

desigual. A questão da igualdade não como um valor e pressuposto estabelecido porque todos nasceram, mas uma igualdade que o Direito precisa regulamentar e estabelecer. Uma igualdade como fim a ser atingido e não como elemento de pressuposto e existência naturalmente concebido.

Nesta lógica de valores o Direito do Trabalho foi se desenvolvendo, e seus princípios foram sendo estabelecidos nesta linha. A teoria para o Direito do Trabalho tem toda sua origem na ideia do projeto do Direito Social, com valores típicos deste, mas que foram forçados pela ausência de construção de um projeto que não se consolidou. Os conflitos que dizem respeito ao direito do trabalho são conflitos que dizem respeito à formação da sociedade capitalista. Estes conflitos de direito do trabalho tem origem na ideia do Direito Social enquanto superação do direito liberal, mas eles são deslocados para uma realidade diferenciada que fez surgir o Direito do Trabalho. Ele surge como derrota de um projeto de Direito Social, e não como conquista. E este Direito do Trabalho convive com uma tensão que diz respeito à preservação da racionalidade de uma classe que domina e é detentora dos meios de produção capitalista. O direito do trabalho tenta ser o instrumento de contenção desta tensão. Esta tensão permanece ao longo da história e uma de suas consequências é o impulsionamento que existe do Direito do Trabalho para a superação da racionalidade liberal.

Como consequência o Direito do Trabalho se alastra pelos outros ramos do direito, mas as consequências deste novo comportamento ainda são ambíguas e difíceis de previsibilidade. De um lado nos encontramos diante do que pode ser a destruição da racionalidade liberal, mas do outro também nos situamos no que pode ser a destruição do direito do trabalho se o enfrentamento das relevâncias sociais oriundas da sociedade do trabalho não buscarem novas alternativas de comportamentos e atuação jurídica. Mas permaneço na proeminência do Direito do Trabalho que demonstra seu alastramento e sua consolidação pelas questões sociais cada vez mais emergentes, e que demonstram que sua compreensão de surgimento tem um contexto histórico bem amplo a autorizar sua permanência.

Ressurgem os valores documentais históricos e se ampliam as bases de compreensão dos Direitos Humanos e das Garantias Fundamentais, e estes documentos não só influenciaram, ao longo dos acontecimentos históricos, a construção de *Direitos* em bases internacionais, como respaldam, ainda hoje, o pensamento jurídico mundial por estabelecer, em essência, princípios consagrados e repetidos nos ordenamentos constitucionais vigentes. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão,

oriunda da Revolução Francesa de 1789, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, permanecem postos e evidentes para a construção de novas compreensões jurídicas e para novas perspectivas de bases jurídicas, sempre com os valores sociais ali inscritos. Em particular, para esta tese, assumem relevância histórica e contemporânea, porque desde então consolidam regras de garantia do *direito ao trabalho* e de proteção ao mesmo, numa perspectiva de Justiça Social adotada em toda a construção do arcabouço jurídico trabalhista.

Em 1789, no rompimento revolucionário estabelecido pela Revolução Francesa, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, inspirada nos ideais iluministas, e num preâmbulo de ideias libertárias inerente ao momento político vivido na França, proclamou as liberdades e os direitos fundamentais do homem objetivando alardear seus propósitos para toda a humanidade. Foi o documento que lançou ao mundo a base de declaração dos direitos humanos, posteriormente instituída, e que para a influência de ordens jurídicas mundiais, estabeleceu igualdades de direitos e dignidade como pressuposto essencial.

Dentre suas estipulações, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão já contemplou o que até o momento permanece proclamado no ideal de justiça social, e que no presente trabalho tem sua relevância especificada em quatro postulados essenciais: *a igualdade de direitos, a vedação de prejuízo ao próximo, o argumento que limita a liberdade nociva e prejudicial em âmbitos sociais coletivos, e o acesso a todas as dignidades.*

Os valores que vedam o prejuízo ao próximo e a liberdade nociva e prejudicial em âmbitos sociais merecem especial deferência neste estudo. Sejam porque se conectam com a *teoria do abuso de direito*, sejam porque demonstram traços originários que atribuem à *dispensa imotivada* uma feição de ilicitude. Estes valores se encontram, na ordem em que destacamos, nos seguintes artigos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão:

Artigo 1º. *Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum;*

Art. 4º *A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da*



sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5.º *A lei proíbe senão as ações nocivas à sociedade.* Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constringido a fazer o que ela não ordene.

Art. 6.º *A lei é a expressão da vontade geral.* Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. *Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.*

Esta linha de comportamento de proteção e justiça social também não foi diferente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Embora não tenha sido um documento impositivo de observância obrigatória para os governos dos países membros, a Declaração Universal dos Direitos Humanos permanece no centro dos debates das Cortes Constitucionais mundiais, na promoção e proteção dos direitos humanos, e alimenta como fonte jurídica premissas normativas das mais diversas áreas do direito, em especial do direito internacional através de tratados e convenções, e mais particularizadamente no campo do direito do trabalho que aqui nos interessa. A Declaração foi elaborada para definir os significados das *liberdades fundamentais* e dos *direitos humanos*, e representa uma ferramenta de poder e pressão diplomática sobre países e governos que violam qualquer de seus artigos. Seus princípios estão detalhados em tratados internacionais de extrema relevância dos quais destacamos a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Difundindo a integração social mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconheceu e estabeleceu em seu preâmbulo a *dignidade* como “inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis”, e como “*fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*”. Reafirma a fé mundial “nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade

de direitos dos homens e das mulheres”, proclamando a decisão de “promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla”.

No campo do trabalho, onde assume nesta tese uma prevalência de fonte, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi expressa na garantia fundamental do *direito ao trabalho*, e declarou, vinculando de forma inquestionável, esta premissa fundamental à *proteção contra o desemprego*. Como corpo jurídico avança ao longo da história e amplia a compreensão de proteção social e de garantias sobre o trabalho. Seu artigo XXIII se impõe em qualquer pesquisa jurídica que se proponha a estabelecer os parâmetros da relação que é tema desta tese, e deve ser levado em consideração como fonte sob duas vertentes: de um lado pela ampliação da importância e influência do Direito do Trabalho sobre aqueles que atualmente estão excluídos de sua proteção. E, por outro lado, no que mais particularmente nos vincula neste trabalho, sob a vertente que assegura aqueles que se encontram sob a proteção social a sua permanência. Este artigo em análise assim se expressa:

#### Artigo XXIII

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

Todos estes mecanismos de afirmação social no plano jurídico também foram reforçados pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que juntamente com a Declaração Universal de Direitos Humanos, e com o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos constituíram a Carta Internacional dos Direitos Humanos.

O pacto com regramento econômico e sociocultural é um Tratado de natureza multilateral, em vigor desde 3 de janeiro de 1976, e que fora adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas desde dezembro de 1966. Fixa a obrigatoriedade para os países membros estabelecerem um disciplinamento e concessão de direitos econômicos, sociais e culturais para pessoas físicas, o que estabelece incluindo direitos na esfera do trabalho,

direito à saúde, além do direito à educação e a um padrão de vida digno. Constitui um acordo monitorado pela Organização das Nações Unidas através do Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. No Brasil foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 226(1), de 12 de dezembro de 1991, entrando em vigor em 24 de abril de 1992, e pelo Decreto nº 91, de 6 de julho de 1992, ficou estabelecido, no artigo 1º, o seu cumprimento e execução “*tão inteiramente como nele se contém*”.

Seu preâmbulo reafirma o “reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana” constituindo “direitos iguais e inalienáveis” como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Reconhece que todos esses direitos são advindos da “dignidade inerente à pessoa humana”, e em consonância com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, preconiza como princípio que “o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos”. Estabeleceu ainda como elemento preambular a obrigação na promoção do respeito universal sobre os direitos e as liberdades do homem, e o dever recíproco entre os indivíduos e seus semelhantes e com a coletividade.

Estabeleceu este pacto de feição econômica, social e cultural, monitorado pelo comitê das Organizações das Nações Unidas, em sua parte III, em especial nos artigos 6º e 7º, a relevância das disposições essenciais para o direito do trabalho. No artigo 6º, ora destacado, consagra a garantia fundamental em discussão nesta tese, e fixa, na mesma linha da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a salvaguarda deste *direito ao trabalho*. Estabelece ainda no artigo 6º, um argumento jurídico de estreita relação com a proteção jurídica contra a dispensa imotivada, e que diz respeito à obrigatoriedade dos Estados Partes assegurarem um desenvolvimento econômico, social e cultural, e o pleno emprego, em condições gerem que aos indivíduos o gozo das liberdades econômicas fundamentais, além das políticas.

No artigo 7º, O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais, e Culturais assegura, dentre outras particularidades, mas de essencial proeminência para a ciência jurídica laboral, a igualdade no trabalho com mesmo valor, sem distinção, além de uma existência decente para trabalhadores e suas famílias. Nos pontos e artigos ressaltados, eis o texto que destacamos:

## PARTE III

## ARTIGO 6º

1. Os Estados Partes do Presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

2. As medidas que cada Estado parte do presente pacto tomará a fim de assegurar o pleno exercício desse direito deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.

## ARTIGO 7º

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem em especial:

- a. Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:
  - I. Um salário equitativo e uma remuneração igual para um trabalho de valor igual, sem nenhuma distinção, devendo, em particular, às mulheres ser garantidas condições de trabalho não inferiores às daquelas de que beneficiam os homens, com remuneração igual para trabalho igual;
  - II. Uma existência decente para eles próprios e para as suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;
- b. Condições de trabalho seguras e higiênicas;
- c. Iguais oportunidades para todos de promoção no seu trabalho à categoria superior apropriada, sujeito a nenhuma outra consideração além da antiguidade de serviço e da aptidão individual;
- d. Repouso, lazer e limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas pagas, bem como remuneração nos dias de feriados públicos.

Estas premissas de garantia e proteção sobre o trabalho e o emprego, registradas nos documentos históricos, foram retratadas também em instrumentos normativos da OIT como as Recomendações números 119 e 166, e posteriormente pela Convenção nº 158. Em todos estes instrumentos de efeitos jurídicos internacionais, os argumentos da tese encontram sintonia e ressurgem aqui como afirmação do nexos que vincula o *direito ao trabalho* como elemento de acesso à dignidade, e a ausência de *proteção jurídica contra a dispensa imotivada* como argumento nocivo e de abusividade no âmbito das relações de emprego.

E este nexos buscado não implica necessária e impositivamente a aceitação e validação da Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho, como único instrumento do Direito a enquadrar a dispensa imotivada no campo da abusividade, dentro

do cenário jurídico brasileiro. Em especial quando os pressupostos que o referendam se encontram sacramentados e expressos no plano internacional e na Constituição brasileira. É importante deixar claro que a Convenção nº 158, da OIT não proíbe a dispensa de empregados, nem é instrumento para restaurar um sistema de estabilidade geral. Prevê apenas que o empregador pode utilizar-se da dispensa desde que de forma justificada e vinculada a uma causa direcionada a incapacidade do empregado, ao seu comportamento, ou por motivos relevantes de natureza tecnológica, estrutural ou socialmente justificável em face do funcionamento da empresa. De forma importante fixa uma observância para as dispensas coletivas reconhecendo o direito a prévia informação e consulta aos representantes sindicais, visando uma atuação conjunta e um respeito aos critérios estabelecidos para tais atos. Impõe ao empregador a prova sobre a existência de uma causa que justifique a dispensa pretendida.

A convenção 158 da OIT foi aprovada na 68ª Conferência Internacional do Trabalho em junho de 1982. Embora ratificada no Brasil pelo Decreto legislativo nº 68, de 17 de setembro de 1992, com publicação oficial apenas em 11 de abril de 1996, teve curta duração porque foi denunciada em 20 de novembro de 1996. Pelas suas disposições não se admite a dispensa de empregados de forma discriminatória quando respaldada em opiniões políticas, questões de atuação sindical ou de representação de categoria, ou mesmo quando a razão invocada seja uma moléstia ou lesão. Considera ainda a dispensa arbitrária quando esta não tiver respaldo em motivos vinculados com o comportamento ou desempenho do empregado, ou então baseada em necessidades da empresa. Não cria estabilidades no emprego, mas fixa regras para um sistema de referências de motivação das dispensas de empregados, ressaltando a importância da característica de trato sucessivo nas relações de emprego. No Brasil, como ressalta Madalena Telesca<sup>9</sup> “a convenção 158 não foi além de um exercício de hermenêutica que dividiu juristas e comprovou que o Direito do Trabalho ainda apresenta sua feição arraigada de ideologias na medida em que os intérpretes quase sempre imprime-lhe a força do seu comprometimento político”.

Mesmo banida do ordenamento jurídico brasileiro por meio de uma liminar de suspensão de seus efeitos concedida pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3 DF, em face do argumento de inconstitucionalidade pela dependência e exigência da lei complementar referenciado no artigo 7º, I, da Constituição Federal, o que foi entendimento acompanhado por grande parte da doutrina, a Convenção

---

<sup>9</sup>. **Revista da Associação Latino-Americana de Juizes do Trabalho**, número 9, abril 2013, p. 25.

nº 158 da OIT mantém sua importância, como assinalam Wilson de Souza Campos Batalha e Silvia Marina L. Batalha de Rodrigues Neto<sup>10</sup>. Para os autores “não se trata de direito mumificado ou de cinzas varridas, mas de conjunto de preceitos que podem volver à atuação através de sentenças normativas, de precedentes jurisprudenciais, de direito sumular, de convenções e acordos coletivos ou, ainda, de sentenças arbitrais”. E é nesta linha que esta tese amplia o parâmetro de eficácia da proteção jurídica contra a dispensa imotivada rompendo com a inércia e a inoperância que apaga da vivacidade do Direito do Trabalho uma garantia de natureza fundamental, o que o faz mantendo um diálogo que entrelaça tal garantia com os princípios de justiça social, invocados e extraídos da própria Constituição, e a Teoria do Abuso de Direito de Louis Josserand.

Registre-se, ainda, pela evidência de enquadramento histórico indispensável, na retomada do tema e do objeto proposto, o entendimento à época do Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, que rebatendo os argumentos de inconstitucionalidade formal e material, e citado por Renato de Sousa Resende<sup>11</sup>, assim dispôs:

a) Não há falar em inconstitucionalidade formal da Convenção nº 158/OIT, ao argumento de que o artigo 7º, I, da CF, exige lei complementar na sua regulamentação e, até que esta seja promulgada, tem vigência a regra inscrita no artigo 10, I, do ADCT, dado que a referida Convenção não faz as vezes de lei complementar. Não ocorre a inconstitucionalidade na forma arguida, por isto que o tratado incorpora-se ao direito interno como lei, lei como gênero, doa qual lei complementar, lei ordinária, lei delegada e medida provisória constituem espécie;

b) A Convenção nº 158/OIT contém direitos e garantias que integram a doutrina dos direitos fundamentais de 2ª geração. Os direitos e garantias fundamentais decorrentes de tratado internacional celebrado pelo Presidente da República (CF, artigo 84, VIII) e ratificado pelo Congresso Nacional (CF, 49, I) constituem direitos fundamentais que a Constituição consagra – CF artigo 5º, § 2º. Assim os direitos e garantias contidos na convenção nº 158/OIT constituem direitos e garantias com vida autônoma, não dependentes das normas inscritas no artigo 7º, I, da Constituição Federal, e artigo 10, I, do ADCT/CF.

Já não há conformismos com a racionalidade que hoje impera, e o capitalismo na sua forma vigente de organização corre no vazio e sem bases sólidas teóricas que

---

<sup>10</sup> **Batalha.** Rescisão Contratual Trabalhista. São Paulo: LTr, 1988, p. 32.

<sup>11</sup> **Direitos Humanos e Direito do Trabalho.** A Centralidade do Direito ao Trabalho e a Proteção Jurídica ao Emprego. Flávia Piovesan e Luciana Paula Vaz de Carvalho (Coord.). São Paulo: Atlas, 2010, p. 107-108.

sustentem a manutenção de uma lógica liberal uniforme diante de movimentos onde se reivindica a preservação do ser humano. As relações sociais são hoje exigidas para uma concepção onde prevaleça e se priorize garantias sociais e de relevância humana. Não se concebe mais uma sociedade onde se construam raízes sociais de concepção apenas liberal e de racionalidade econômica e mercadológica. O Direito Social tem suas racionalidades estabelecidas, e oferece bases jurídicas para mudanças no campo das relações sociais. Como construir novas racionalidades sociais através do direito do trabalho constitui elemento de preocupação neste trabalho, e fundamenta o argumento teórico que se busca nesta pesquisa.

Superada a breve noção de *trabalho* e de surgimento do *direito do trabalho*, e situada a questão de investigação no plano dos documentos históricos e na regulamentação internacional, outros pontos de importância assumem indispensáveis via de conhecimento para a busca dos entendimentos que repousam sobre a exploração da garantia fundamental do *direito ao trabalho* e sua relação com novas bases de comportamento jurídico para a *proteção jurídica contra a dispensa imotivada*, e que dizem respeito ao entendimento do que constitui os elementos conceituais *ocupação/desemprego e exclusão social*.

A noção moderna de *desemprego* surge no contexto de uma sociedade onde o trabalho assalariado devia representar o papel de principal meio de inserção dos indivíduos, tendo se desenvolvido desde o final do século XIX quando recebeu incrementos de conhecimento teórico que lhe impuseram uma melhor precisão conceitual. Abandonando a ideia de desemprego voluntário e involuntário, até porque na feição especulativa do capitalismo financeiro isto se apresenta quase que exclusivamente como involuntário, o desemprego ganhou classificações básicas que possibilitam o seu entendimento, e que apenas facilitam a análise e a gestação sem comprometimento de atuações e delimitações jurídicas e jurisdicionais voltadas à garantia do *direito a trabalhar*. É possível classificar este desemprego em três tipos básicos e que correspondem ao desemprego estrutural, tecnológico e cíclico ou conjuntural. O estrutural resulta geralmente da desproporção qualitativa entre demanda e oferta de força de trabalho, em especial pela falta de força de trabalho dotada de qualificação ou mesmo inadequada às necessidades do mercado de trabalho. O desemprego tecnológico vincula-se à diminuição da utilização do trabalho humano na produção em decorrência do processo de mecanização ou automação do processo produtivo. O cíclico ou conjuntural, por sua vez, advém da insuficiência de demanda decorrente das oscilações da atividade econômica, e que hoje se afigura de

maneira frequente em face da vulnerabilidade da fixação produtiva, sempre vinculada à circulação do capital financeiro decorrente da produtividade competitiva e lucrativa.

O desregramento de acesso e condições de participação sociolaborais surge como elemento para adoção e para o pensamento de novas estratégias e de novos propósitos, cuja simbiose entre o conteúdo legal disponível e os valores constitucionais indubitáveis e imutáveis deve nortear novas dinâmicas que envolvem, de um lado, o *direito ao trabalho* como direito social de natureza fundamental e exigível, sedimentado na adoção de mecanismos e sistemas que façam cumprir as diretrizes constitucionais fundamentais sociais realçadas no artigo 6º, e, de outro lado, com base na Teoria do Abuso de Direito, premissas que se imponham no campo jurídico e jurisdicional de proteção jurídica contra a dispensa imotivada como manifestação impositiva e exigível, criando perspectivas para a permanência e retomada de um processo de participação e de abrangência sobre cidadãos que correm o risco de perda da identidade social laboral e de seu patrimônio de trabalho acumulado, mas que ainda encontram na categoria *trabalho* a restauração de possibilidades para o exercício de plenas liberdades.

Nas sociedades industriais modernas o trabalho assalariado sempre obteve uma relação de essencialidade como meio de integração social dos indivíduos, tornando-se elemento preponderante para o reconhecimento e a garantia da cidadania social pelo homem, transformado em trabalhador assalariado e incluído. O sujeito típico da cidadania social sempre foi o homem trabalhador, tanto em sua condição de partícipe e pagador de impostos quanto de receptor de serviços. Estas condições dependem da atividade exercida no *trabalhar*, onde a inclusão neste aspecto entra com máxima importância tanto para a formação da identidade do indivíduo no âmbito privado da família, quanto no espaço público do sistema educacional e na participação na produção social e no exercício do poder político. Mas é este tipo de trabalho que agora convive com a perda de uma hegemonia e subtrai possibilidades para o exercício de liberdades como principal meio de reconhecimento e inserção social, ou melhor, como fundamento da cidadania e da dignidade social. E é a feição constitucionalmente assinalada para o *trabalho* que agora ocupa um lugar central na reordenação das sociedades assumindo uma essencial importância. Como assinala Antonio Baylos<sup>12</sup>(1998), esta centralidade implica no reconhecimento simultâneo de uma situação de desigualdade econômica e social como elemento característico das sociedades modernas ante a qual se produz um compromisso

---

<sup>12</sup> *Revista de Derecho Social* nº 1, enero – marzo 1998, p.47.



dos poderes públicos para sua gradual nivelção, removendo-se os obstáculos que dificultam e impedem a igualdade substancial dos trabalhadores cidadãos.

## 2 TRABALHO NO CAPITALISMO. O CONTEXTO DO NOVO PARADIGMA SOBRE O TRABALHO E SOBRE O SISTEMA PRODUTIVO

Ressalta Sennett (1999)<sup>13</sup> que a humanidade sofreu um processo de fragmentação e desestruturação nos moldes de trabalhar, havendo significativas alterações nos moldes do trabalho do modelo capitalista inicial, e a nova expressão e feição do trabalho no capitalismo circulante, descentralizado, e sem vínculos. Evidencia ainda uma nova feição deste trabalho sobre o comportamento humano materializada numa ruptura de vínculos e de solidariedade, não só no seio da condição de trabalhador como nas relações sociais e familiares.

Harvey (1992)<sup>14</sup> acentua que novas modalidades de trabalho, novos tipos de produto, e novos níveis de consumo foram instaurados criando atributos que passam pela influência de uma nova compreensão da dinâmica envolvendo espaço e tempo. Na pós-modernidade, além da emergência do chamado capital fictício ou especulativo, Harvey (1992) destaca o que chama de criação de uma *economia de cassino* cuja característica é de fluidez e volatilidade já que o capital se move, de um lugar a outro, sem compromissos mais sólidos com determinados territórios ou pessoas. As sociedades modernas apresentam uma concepção de tempo que se alinha aos movimentos cíclicos e repetitivos, muitos deles vinculados com a agenda semanal, demarcando uma falsa sensação de segurança e de avanço na medida em que os dias, as semanas e os meses do ano vão sendo vividos. E neste tempo cíclico encontra-se também o tempo da família e o tempo dos indivíduos que, para Harvey (1992), é o tempo de acumulação do capital.

Em todo este processo de padronização econômica da humanidade Sennett (1999)<sup>15</sup> ainda ressalta a discussão das escalas então vigentes de trabalho que colocam uma disfunção social. Num plano se encontra a grande massa de trabalhadores envolvidos na dinâmica das empresas circulantes e sem identidade, onde não se conhece proprietário e onde empregados desconhecem a figura do patrão, e no outro plano aqueles para qual este modelo se tornou um privilégio restrito.

O novo capitalismo, com sua feição descentralizada, circulante, volátil e especulativa, estabeleceu novos padrões de trabalho e de trabalhadores através do

---

<sup>13</sup> **A Corrosão do Caráter.** São Paulo: Record, 1999, p. 59.

<sup>14</sup> **A Condição Pós-Moderna.** São Paulo: Loyola, 1992, Parte II, p. 73.

<sup>15</sup> **A Corrosão do Caráter.** São Paulo: Record, 1999, p. 61.

incremento de uma categoria de precarizados, descentralizados, e sem quaisquer vínculos sociolaborais. Introduziu o trabalho a tempo parcial, o trabalho precário, o trabalho terceirizado, o trabalho dos sem emprego, o trabalho dos que não querem emprego. Sedimentou uma individualização no comportamento sobre o trabalho e uma fragmentação da sociedade com a formação de um proletariado de escritório em atividades refratárias de prestação de serviços, telemarketing e teletrabalho. Enfim, um mercado cheio de contradições e múltiplas faces que descortinam indivíduos cada vez mais individuais e que sofreram ainda a perda do orgulho da condição de trabalhadores.

Rompendo com o modelo clássico de produtividade fordista, e partindo de um sistema econômico que rompeu com a noção de soberania, e por via de consequência com a ideia sistematizada de trabalho num único centro de produção, a reestruturação produtiva impôs, com sua rápida e voraz carga de transformação, um novo princípio então vigente frente ao direito do trabalho: o princípio do desenvolvimento econômico por meios tecnológicos.<sup>16</sup> Trata-se, pois, de um evento transnacional imposto e absorvido como único objetivo a se alcançar a tão propagada e desejada *modernidade*, cujo núcleo vem assumindo uma centralidade sobre a ciência jurídica laboral, e com esta sendo alvo de constantes contraposições. Vincula-se este princípio, ainda, a uma premissa máxima de competitividade geradora de uma descentralização produtiva em alta escala. Na busca incessante destes anseios, os centros de trabalho e as empresas, antes identificadas como centros produtivos nacionais, assumem apenas uma identidade de constituição nacional, mas de produção e de trabalho efetivo em âmbito internacional.<sup>17</sup> No espectro transnacional as empresas se encontram atualmente num sistema aberto e sem qualquer previsibilidade, já que buscam identificar um interesse comum, além de atitudes concretas e efetivas de todos os seus implicados e envolvidos, e dentre os quais se incluem os trabalhadores, cujo comportamento também assume variáveis múltiplas perante a

---

<sup>16</sup> Segundo Manuel Castells a difusão da tecnologia da internet nos anos 90 facilitou a relação entre fornecedores e clientes, simplificou o processo de produção. “No ano 2000, o valor das transações comerciais através da rede alcançou, nos EUA, o valor de 400.000 milhões de dólares”. As projecções publicadas em Março de 2001 pelo Gartner Group, uma empresa de análise de mercados, previam para 2003 a cifra de 3,7 biliões de dólares. Além disso, o rápido crescimento do comércio electrónico (*e-commerce*) no mundo permite supor que, para 2004, segundo as projecções de International Data Corporations, o comércio electrónico com base nos EUA representará um pouco menos de 50% do valor total das transações realizadas na totalidade da rede, contrastando com os 74% de 1999. Isso indica que na primeira década do século XXI, se espera um crescimento mais rápido do comércio electrónico na Europa do que nos EUA (**A galáxia internet**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 88).

<sup>17</sup> Afirma Castells que “Deste modo, o capital e o trabalho, os componentes chave de todos os processos empresariais, são modificados nas suas características e na maneira como operam. Efetivamente, as leis de economia de mercado continuam a funcionar nesta economia em rede, mas fazem-no de um modo específico, cuja compreensão é fundamental para viver, sobreviver e prosperar neste ‘mundo feliz’ da nova economia” (CASTELLS, op. cit. p. 89).

consciência de proteção legislativa laboral, quase que frequentemente distanciados da noção real de inserção pela aceitação, ou imposição, do discurso atrelado à noção de mercado como núcleo de sobrevivência.

Esta nova feição de empresa como espaço organizativo tem demonstrado uma tendência ampla de segregação e de dispersão, o que vem refletindo de forma significativa no contexto coletivo e individual de trabalhadores, minando ainda os movimentos de representação e atuação sindical. Já não se dispõe de um espaço aglutinador onde todas as atividades produtivas são concebidas, executadas, concluídas e distribuídas. A unidade de produção em conjunto perde sua essência e característica outrora vivida, e se transforma num sistema de rede onde a noção de *trabalho* a executar é apenas parte de um processo que envolve um conglomerado descentralizado, mas de controle geral, amplo, complexo e rápido num estabelecimento controladamente racional do ponto de vista financeiro. A empresa, organizada em rede, não tem identificação com o local onde desenvolve sua atividade, ou mesmo com aquele em que se encontra instalada. É uma instituição desidentificada num processo de racionalização que se vincula a mudanças constantes em consonância com a viabilidade econômica e de competitividade.<sup>18</sup>

É uma empresa moldada num modelo de metamorfose constante e de alterações rápidas, e que não se insere no meio-ambiente onde se fixa possibilitando a criação de qualquer elo de responsabilidade social, senão quase que frequentemente buscando justificar, com programas ditos de cunho social, a ocultação de seus aspectos exploradores, e com nítida feição de *marketing* comercial.<sup>19</sup> A percepção deste processo torna-se muito

---

<sup>18</sup> Entende Castells que empresa em rede é uma “forma de organizativa construída em torno de um projecto de negócio que resulta da cooperação entre diversos componentes de várias empresas operando em rede entre elas durante a duração de um determinado projecto de negócio, e reconfigurando as suas redes para levar a cabo cada projecto. A empresa-rede surgiu da combinação de várias estratégias de trabalho em rede. Em primeiro lugar, a descentralização interna das grandes empresas, que adoptaram estruturas de cooperação e competição horizontais e leves, coordenadas em função de metas estratégicas para a empresa, no seu conjunto. Em segundo lugar, a cooperação entre pequenas e médias empresas que unem os seus recursos para chegar a um mercado mais amplo. Em terceiro lugar a ligação entre as redes destas pequenas e medias empresas e os componentes diversificados das grandes empresas. Finalmente, as alianças e associações estratégicas entre grandes empresas e as suas redes auxiliares. Juntas, estas tendências transformaram a gestão empresarial numa geometria variável de cooperação e competição, dependendo do tempo, do lugar, do processo e do produto” (...). A empresa em rede é uma organização flexível da atividade econômica constituída em torno de projetos específicos levados a cabo por redes de composição e origem diversa: a rede é a empresa flexível que se adapta às exigências do mercado global, submetida a incessante inovação tecnológica e motivada pela mudança da procura (op. cit. p. 90/1).

<sup>19</sup> Segundo DAL-RE, a empresa não apenas se esvalizou de trabalhadores, mas também deslocou-os territorialmente e se desmembrou organizativamente. Desapareceu a figura da grande empresa com milhares de trabalhadores, em coesão social para o exercício da ação sindical, prontos a se mobilizarem em defesa de interesses comuns. Na nova estrutura da empresa em rede, “El epicentro se encuentra la empresa *holding* o matriz, casi ‘hueca’ em efectivos humanos; en el primer círculo conéntrico, se hallan las empresas nacidas de procesos de filialización y que, al diversificarse por líneas de negocio o actividad, reducen drásticamente el

marcante quando vislumbramos a rapidez de migração de capital e a permanência das empresas tão somente enquanto perdure sua viabilidade econômica com excessiva rentabilidade. Estas mudanças afetam de maneira especial o lugar de trabalho e a duração do trabalho, e apresentam uma repercussão imediata no sistema de tutelas até agora instituídos pelo Direito do Trabalho, como lembram os ensinamentos de Antonio Baylos (1998)<sup>20</sup>. A nova fábrica é rápida, ágil e mínima, e nesta constituição específica se traduz no enxugamento de seus custos e do seu contingente humano.

O cerne da transformação se refere às tecnologias da informação, processamento e comunicação. Mudanças que geraram a transformação no comportamento e na convivência social, na forma de trabalhar, na dimensão do tempo e nos conceitos de formação e aprendizado. Para Castells (1999)<sup>21</sup>, a inovação tecnológica tem sido essencialmente conduzida pelo mercado, e o processo de criação de gestação dos inovadores tem tido o patrocínio dos grandes conglomerados econômicos.

E são muitas as características deste novo cenário social. Uma primeira dessas características do novo paradigma é a informação como matéria-prima. Um segundo aspecto diz respeito à penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias. Se a informação integra toda atividade humana, todos os processos de nossa existência individual e coletiva são moldados, embora não determinados, pelo novo meio. Como terceira característica verifica-se a existência de uma lógica de redes em qualquer sistema ou conjunto de relações, sejam sociais, laborais ou pessoais, que passam a fazer uso dessas novas tecnologias da informação. Como quarto traço perceptível o paradigma da tecnologia da informação institui a flexibilidade. Processos são reversíveis, assim como organizações e instituições podem ser modificadas. A quinta e última característica é a crescente convergência de tecnologias específicas para um sistema integrado no qual as trajetórias tecnológicas ficam profundamente interligadas e interdependentes. Uma nova economia, informacional e global surge. É informacional, por um lado, porque a produtividade e a competitividade dependem da capacidade de gerar, processar e aplicar a informação baseada em conhecimentos. É global, por outro lado, porque as principais atividades produtivas estão organizadas em escala global, diretamente ou mediante uma rede de

---

número de trabajadores; y estás, a su vez, actúan como empresas principales de un universo de empresas auxiliares en las que los empleos se prestan bajo títulos muy diversos: dependiente, cooperativo y autónomo” (**Revista Relaciones Laborales**, octubre, 2001, p. 9).

<sup>20</sup> **Revista de Derecho Social**, nº 1, enero – marzo 1998, p. 32.

<sup>21</sup> **A Sociedade em Rede**. Vol. I. São Paulo: Paz e Terra, 1999, Capítulo 4, p. 265.

conexões entre agentes econômicos. É informacional e global ao mesmo tempo porque a produtividade é gerada e a concorrência é feita segundo uma rede de interação global.

A emergência do novo paradigma permite que a própria informação se torne produto do processo produtivo. A economia em rede que passa a existir é profundamente interdependente e se baseia na premissa que deve conduzir à maior produtividade e eficiência. Se as empresas e as nações são os verdadeiros agentes do crescimento econômico, pode-se estabelecer que, enquanto as empresas são motivadas pela lucratividade, e, para isso, buscam maior produtividade, as instituições políticas, movidas por um amplo conjunto de valores e interesses, se voltam para a promoção da competitividade de suas economias. Mas, sabendo que a economia nunca opera em condições de mercado livres e justas, os órgãos políticos procuram maximizar a vantagem competitiva relativa perante outros países. A via que conecta o novo paradigma ao crescimento da produtividade passa pela concorrência global. Muda a dinâmica da economia industrial criando-se a economia da informação global. E o resultado disto no campo social e econômico é a migração e circulação de trabalhadores para um contingente de superados e indisponíveis nos padrões exigidos, acentuando-se ainda um processo de desregulamentação como ideia de flexibilização, mas que materializa o esfacelamento das bases jurídicas de proteção social e de afirmação de conquistas sedimentadas pelo direito do trabalho.

Ainda que a maior parte da produção, dos empregos e das empresas continue local ou regional, ela é considerada global porque as economias de todo o mundo dependem de seu núcleo globalizado. Este processo ainda se apodera do coletivo sem que isso se torne perceptível e questionado. Para Castells (1999)<sup>22</sup> este fenômeno ainda foi fomentado principalmente pelos governos dos países mais ricos, e foi alicerçado por três políticas inter-relacionadas. A primeira diz respeito à desregulamentação das atividades econômicas domésticas, que começou com os mercados financeiros. A segunda vincula-se a liberalização do comércio e dos investimentos internacionais, e a terceira com a privatização das empresas públicas, frequentemente vendidas a investidores estrangeiros. A consequência da concentração de recursos é a segmentação cada vez maior da população mundial, que segue a segmentação da economia, e leva, por fim, ao aumento da desigualdade e da exclusão. Trata-se de um movimento duplo em que, de um lado, segmentos valiosos dos povos estão ligados nas redes globais de geração de valor, e, de

---

<sup>22</sup> **A Sociedade em Rede**. Vol. I. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Capítulo 4, p. 304.

outro, aquilo e aqueles sem valor são desligados desta mesma rede e normalmente não conseguem mais se conectar.

Partindo para o ponto de vista jurídico-laboral, a reestruturação de empresas, e a nova feição da produção em escala transnacional, em rede, tem amplitude e consequências de elevada repercussão, o que impõe e exige, dos que lidam com este ramo das ciências jurídicas, uma compreensão cada vez mais acentuada, ampla e interligada da noção de *direito, da noção de garantia fundamental e de direitos humanos*, com a conjugação de aspectos múltiplos e indispensáveis da sociologia, da economia e da psicologia. As novas estruturas jurídicas adotadas alteram a noção de empresa enquanto centro unitário, e estas passam a ter um conglomerado de empresas individuais que somadas uma a uma complementam o ciclo produtivo integral daquela que outrora fora apenas uma. Neste contexto deve-se ter em mente, também, a agravante de que não raro estas unidades produtivas individualizadas estão dotadas da condição de temporalidade, ou melhor, passam a existir apenas para suprir determinado processo da cadeia produtiva, que ainda poderá ter como parte mecanismos de colaboração com outras empresas, cujo vínculo colaborador constitui elemento de articulação para inserção no mercado.

Não são, pois, simplificadas as situações de evolução geradoras de uma transformação cada vez mais acentuada no campo das empresas e de sua forma de produção. Esta nova concepção tem em mente um perigoso binômio para os que lidam com o direito tutelar laboral, e que tem como figura central a noção de competitividade atrelada a uma razão de custos laborais frequentemente distorcidos, e que põem num centro de contraposição em constante conflito, e de estrita e indispensável observância, dois princípios de fundamental análise: o princípio do rendimento em face do princípio da proteção.

Neste particular urge ainda sejam esclarecidas as crenças que envolvem a propagada ideia de que os custos do trabalho – tendo-se em mente a figura do trabalhador – correspondem ao mal social maior da categoria trabalho formal assalariado e não temporário. Em verdade, num cenário público e disseminado como senso comum, já amplamente apreendido neste contexto de reestruturação produtiva, se transfere de forma cômoda para o trabalhador um custo que pertence às políticas fiscais criadas pelos Estados, e que criam encargos sobre salários e vantagens da grande parcela da sociedade que vive tão somente da exploração de sua força produtiva. Não se pode perder nem distanciar de mente que estas políticas fiscais arrecadoras, ainda que atreladas ao trabalhador indistintamente reconhecido como tal pela existência formal de sua condição, não retornam

de forma eficaz para quem os geram. O Estado não completa esta dualidade que envolve a arrecadação através da criação de políticas públicas sociais e de geração de ocupação e renda, muito menos de qualificação para o emprego, o que resulta frequentemente na expulsão de trabalhadores para a informalidade, ou para a condição precária, na medida em que esta distorção torna o sistema legal caro e quase sempre impossível de mantê-lo para os que não possuem a capacidade de reinvenção.

E é neste processo complexo e implicado que a política e o processo de reestruturação produtiva também traz a tendência da flexibilização das normas laborais, atrelada a um conceito de desregulamentação. O direito do trabalho não detém um conceito normativo de reestruturação produtiva de empresas dada a sua amplitude e a sua feição multifacetada. Neste ambiente de risco e de transformações iminentes os sistemas de regulação jurídica estão centrados em mudanças estruturais: competitividade, economia livre, trabalho independente, apoio à iniciativa privada, decisão de oportunidade, autonomia, além de muitos outros fatores que influenciam esta volatilidade na estrutura regulamentar das empresas e de sua relação com os trabalhadores. De um lado encontra-se a regulamentação estatal – Lei. De outro a regulamentação no âmbito profissional coletivo, donde a produção coletiva de natureza privada (no ambiente da empresa) vem assumindo papel regulamentador das relações de trabalho, embora ainda não dotado de qualquer eficiência e eficácia para resultados sobre a questão *categoria* extremamente rompida e esfacelada.

É preciso, entretanto, muito mais do que apenas cautela para entender que este processo de modernização encontra-se cheio de riscos e de incertezas, e que dentro dele repousa em choque contínuo uma racionalidade econômica em constante embate com uma racionalidade social, acentuando cada vez mais as diferenças e exclusões que precisam e recrutam soluções emergenciais. Ao passo que a flexibilização e reestruturação produtiva têm se traduzido em questão de liberalização, constitui um modelo de consequências individualistas e de resultados desastrosos no campo regulamentar coletivo das relações de trabalho, onde a era do individualismo exacerbado por parte dos trabalhadores, como consequência de um contingente econômico imposto, teve como resultado um enfraquecimento e uma desestruturação ampla na atividade negociadora e reivindicativa, gerando, por consequência, um distanciamento da classe trabalhadora da entidade representativa de classe, já que se encontra hoje fragmentada em centros produtivos múltiplos.



Partindo deste contingente implicado de organização e identificação de trabalhadores, que gerou um processo de ruptura no conceito de categorias laborais, nos encontramos diante de um processo de transformações com velocidade não controlada, e que leva a sociedade a ter uma feição “estranha ao direito que a rege”, como ressalta André Jean Aranaud (1994).<sup>23</sup> O aumento crescente no setor de serviços, a dissolução do velho conceito de Estado Nacional, o processo de informatização e de robotização nos centros de produção, a perda da capacidade financiadora do Estado de bem-estar, a mudança estrutural de categorias profissionais, a horizontalização e terceirização do processo produtivo e a criação de tecnologias para vendas isoladas de serviços no âmbito doméstico, dentre muitos outros fatores perfeitamente visíveis e detectáveis no espectro social, trouxe como resultado direto uma desestrutura na questão do emprego, levando seus reflexos além desta categoria para se impor sobre a ocupação e o trabalho em sua compreensão ampla, e sobre todo o processo de qualificação e habilitação para o trabalho. Todos estes fatores geraram uma separação radical entre a sociedade formal em relação à informalidade, e tiveram como efeito uma crise sem precedentes sobre os movimentos coletivos, sobre as atividades exercidas pelos sindicatos, em suas práticas então vigentes, e sobre a atuação dos partidos políticos de consciência reivindicatória e de esquerda.

A soberania do capital se impondo de forma não controlada e assustadoramente apressada, aliada a necessidade de fluir cada vez mais rápido, colocou em xeque as condições já quase insuportáveis da superestrutura jurídica, não condizente com as respostas que passaram a ser o centro das solicitações coletivas, ou mesmo das constatações sociais individualmente analisadas, o que gerou uma crise de agregação de interesses em face da desagregação da classe trabalhadora oriunda de uma crise da descentralização da produção. Todas estas questões levaram para a existência de uma nova empresa, onde trabalhadores passaram a se vincular de forma mais centrada na sua inclusão produtiva de efeito à satisfação de necessidades, gerando uma desagregação e desequilíbrio na inclusão coletiva, o que resultou numa crise de lealdade sem precedentes sobre os militantes sindicais e sobre a participação de trabalhadores no seio coletivo do que outrora tinha como noção de *categoria*.<sup>24</sup> A militância sindical cedeu espaço a emergência

---

<sup>23</sup> *Los Juristas frente a la Sociedad* (1975-1993). Doxa, 1994, p. 167.

<sup>24</sup> Afirma DAL-RÉ, “La externalización de actividades deconstruye el paradigma normativo del empresario y, por derivación, de la organización de medios de la que es titular: la empresa. Pero también causa estragos en el paradigma normativo del trabajador, considerado no sólo en su condición de parte de una relación obrigatoria, sino, además y adicionalmente, como miembro de un grupo que agrega intereses comunes. La descentralización altera profundamente las reglas hasta ahora fijadas para el ejercicio de la acción colectiva. Em mayor o menor medida, todas las consecuencias desorganizativas de la externalización sobre las

contraditória de um individualismo e de sentimentos de pertença muito mais amplos e mais difundidos do que os sentimentos sindicais. O cotidiano social de trabalhadores passou a desperceber-se de qualquer efeito das atividades reivindicatórias dos sindicatos, que por sua vez perderam espaço nas atividades de efeito coletivo amplo com resultados sobre a esfera pública social.

Esta nova feição do campo produtivo, envolvendo uma nova feição de empresa e uma nova feição de trabalhador, trouxe como resultado novos focos de conflito, novas formas de luta de interesses entre classes e grupos, e uma ampla pluralidade de novos sujeitos sociais, que geraram de uma forma clara e socialmente evidente, um isolamento do movimento coletivo combativo levado a uma impotência, e em certos casos, à antipatia de grande parte da população e de seus antigos integrantes. Superada a era organizacional de um trabalho em cadeia com trabalhadores simetricamente identificados, em interesses e atividades exercidas, nos deparamos com a elevação da produtividade no setor de serviços como o novo seio do desenvolvimento orgânico das sociedades atuais. E é neste setor onde mais se vislumbra a existência do trabalho prestado em sua mais ampla forma fragmentada, dotada de baixo potencial organizativo, de reduzida qualificação e renda, e de baixos potenciais de desenvolvimento socioeconômico, mas onde mais se deve voltar a atenção a fim de que novas posturas jurídicas e jurisdicionais possam resultar e possibilitar uma influência sobre o poder produtivo atualmente vigente.

Este novo pensar exige uma abrangência de releituras e redefinições da regulação laboral num sistema de trabalho com múltiplas categorias de trabalhadores, envolvidas e inseridas num meio produtivo amplo, repleto de novas feições com a ausência de fronteiras, como parte de um conglomerado, e alheio à noção de construção legislativa com identificação nacional. O horizonte vem se apresentando com fábricas sem trabalhadores e empresa virtuais, e neste contexto é preciso abranger a questão do emprego numa noção ampla do conceito de trabalho: é preciso levar em consideração os que vivem do emprego, os que não detêm trabalho ou emprego e a natureza da ocupação, do trabalho e do emprego. São premissas que atrelam ao patrimônio de vida de trabalho dos indivíduos, e que na ausência de proteção às dispensas e descartadas rupturas sem mínima prevalência jurídica apresenta colisão da prática jurídica e jurisdicional com princípios e regulamentação constitucional de cunho fundamental. A ausência na adoção de critérios

---

estructuras básicas del Derecho del Trabajo pueden reconducirse a esta doble ruptura o, al menos, a esta doble destipificación de los paradigmas normativos” (**Relaciones Laborales**, octubre, 2001, p. 2).

jurídicos de proteção à dispensa imotivada alija ao longo de décadas a garantia fundamental do *direito ao trabalho*, e colide frontalmente com a consagração de princípio materializado no artigo 7º, caput, da Constituição Federal, que preceitua para o trabalho um dos pilares da progressão social e econômica.

Mas a geração de uma cultura jurídica e política, capaz de aglutinar uma uniformidade de interesses individuais e coletivos, com abrangência significativa, só poderá ocorrer se os sujeitos e os atores sociais, como os denominam Gorz (1988)<sup>25</sup>, tiverem capacidade de propor elementos no presente que tenham perspectiva de futuro. As práticas jurídicas de restrição e de atuação impositiva, capazes de regeneração da solidariedade, que se opõem tanto ao mercado desregulado, como possibilitam a retomada dos vínculos dos trabalhadores e das camadas médias da sociedade formal com o vasto mundo da sociedade informal imperante, devem estar presentes na cotidianidade. Trata-se de uma política que esteja e seja conscientemente oposta à fragmentação da sociedade atual, e que impõe de forma crescente a divisão entre os indivíduos na produção e na vida privada. Desconstitui-se cada vez mais a vida coletiva e se privatiza cada vez mais os espaços públicos qualificados.

É preciso ter em mente, para uma mudança de contexto e de conceitos, de posturas e atitudes, projetos e arcabouços normativos, em qualquer esfera, e com abrangência mais efetiva no campo do trabalho, uma postura de atuação jurídica e jurisdicional que seja capaz de articular sujeitos e atores sociais com consciência coletiva, com possibilidades equitativas e com o mínimo de garantias para o exercício das liberdades plenas instituídas através de direitos sociais indubitavelmente dotados de conteúdo fundamental. Uma mudança e uma transferência progressiva da postura jurídica que substitui a identidade meramente operária para a identidade cidadã.<sup>26</sup> E que tenha em evidência, tanto quanto nos debates políticos, acadêmicos e sindicais, que o problema do desemprego e da geração de ocupação e trabalho constitui uma emergência para a inclusão social, que deve buscar, através de medidas impositivas no plano jurídico e jurisdicional, respostas sem

---

<sup>25</sup> *Métamorphoses du travail. Quête du sens. Critique de la raison économique*. Paris: Galilée, 1988, p. 37.

<sup>26</sup> Como diz André Gorz “teremos ultrapassado a sociedade do trabalho assalariado – e com ela o capitalismo – quando as relações de cooperação voluntária e de trocas não-mercantis auto-organizadas se impuserem sobre as relações de produção capitalista; sobre o trabalho-emprego, o trabalho-mercadoria. Essa superação do capitalismo está inscrita na lógica da mutação técnico-econômica em curso. Mas ela só levará a uma sociedade pós-econômica, pós-capitalista, se esta sociedade for projetada, exigida por uma revolução tanto cultural quanto política: quer dizer, se os atores sociais se apoderarem do que ainda é apenas uma mutação objetiva para se afirmarem como sujeitos da liberação que esta mutação torna possível”. In: *Métamorphoses du travail. Quête du sens. Critique de la raison économique*. Paris:Galilée, 1988, p.42.

reproduções de assistencialismo, e com observância das diferenças e fragmentações do tecido social.

Enfrentar o problema do trabalho e do emprego na ótica da regulamentação jurídica sedimentada pelo direito do trabalho exige não apenas que se recomponha o sistema de regulação jurídica e social com redefinições de posturas jurídicas e jurisdicionais com base na norma existente e disponível, mas o enfrentamento neste plano da dominância do interesse público sobre o privado. E mais do que tudo, é preciso que se rearticulem os interesses jurídicos nesta direção. Sem esta equação fica difícil ou irrisória qualquer iniciativa perante o efeito *mercado* amplamente sedimentado no sistema produtivo vigente.

## **2.1 O Cenário da Regulamentação Jurídica: O Mercado de Trabalho e os Atores Sociais que o integram**

Embora o conhecimento transdisciplinar seja elemento hoje indissociável da formação jurídica, em especial pelas relações predominantes e conexas do Direito com a Economia, a Sociologia, a Psicologia, Antropologia, e até mesmo com as Ciências Biológicas, um aspecto que se apresenta essencial na pesquisa científica envolvendo as relações jurídicas laborais vincula-se ao conhecimento que envolve o cenário e os atores a quem se dirige ou onde se situa o âmbito de aplicação do sistema legal e normativo de direito do trabalho.

Mesmo se dando de forma mais acentuada a abordagem sobre *ambiente e individuo* no plano das relações de trabalho coletivas, em especial pela especificidade da elaboração normativa, sedimentada em instrumentos coletivos, no plano das relações de trabalho individuais, e por consequência, de redefinição de elementos e novos caminhos jurídicos para aplicação geral no Direito do Trabalho, constitui traço de aprofundamento essencial.

O cenário de aplicação da norma jurídica laboral, que ora nomino como *mercado de trabalho*, após as substanciais mudanças tanto no contexto socioeconômico, como nos paradigmas em relação aos modos e meios de trabalhar, decorrentes de um processo já aqui referenciado, se apresenta de forma complexa, ampla, heterogênea e fragmentada, com indivíduos e comportamentos diversos e distintos, e onde o interesse sobre tutelas também sofreu modificações numa escala onde acesso e participação possuem conteúdo e abrangência distintos. Sendo este o cenário onde circulam trabalhadores, assalariados ou não, formalizados e informais, e empregadores ou tomadores de serviços, e onde se situam

os traços da oferta e da procura por trabalho, da mobilidade social e da exclusão, essencial a observação desta cena como elemento diretamente vinculado ao comportamento da norma jurídica, tanto no plano de sua existência quanto de sua permanência.

Para lidar e conhecer questões relativas ao mercado de trabalho é preciso compreender as estruturas que compõem e integram hoje este mercado. As inter-relações entre atores e integrantes deste cenário, além dos sistemas de estratificação sociais, econômicas e políticas que permeiam e atuam dentro dele, e que trazem implicações substanciais para o plano jurídico tanto em seus aspectos de evolução e permanência, como no contexto de sua aplicabilidade. O mercado de trabalho como um território de construção institucional, e que num processo de transição contínua e de alterações imprevisíveis num contexto de economia universal também traz desconexões que atingem a relação fato, valor e norma, trabalhador e empresa. Uma instituição de interesse para o direito e para a economia, e que tem em suas dimensões conexões sociais amplas e complexas diante de uma heterogeneidade de pessoas e comportamentos, e de situações vivenciadas.

Neste cenário se diferenciam ativos, desempregados e inativos. Os que procuram trabalho, os que desistiram de procurar, os que paralisam a procura, os que querem trabalhar, os que não querem procurar ou não querem trabalho, os que são micro empresas individuais ou pessoas jurídicas individuais, e os que mesmo sendo empresas ou detendo a condição de empregadores desconhecem seus trabalhadores. Sobre todos eles se encontra, pelo elo comum do que se convencionou chamar *Trabalho*, todo um arcabouço legal que emerge amplo e sem destinatário certo, mas que emerge a oferecer respostas imediatas diante de novas exigências das relações e comportamentos humanos.

Explorar este contingente de forma exaustiva constitui tema para profundas pesquisas e teses autônomas, o que não representa o objeto deste capítulo do trabalho, que num ensaio vinculado as abordagens que permeiam a sociologia econômica e do trabalho estabelecem as conexões do direito com a economia, e com os fatos e valores sociais, e estipula um elemento de importância para a pesquisa que tem como fragmento o debate sobre as relações institucionais que hoje permeiam as relações de trabalho em sua acepção macro, a figura do trabalhador e as novas posturas jurídicas e jurisdicionais exigidas a partir das garantias fundamentais e da norma trabalhista. Neste cenário, ainda que de forma objetiva e em aspectos mínimos, a reflexão e o conhecimento do mercado de trabalho representa uma abordagem sobre a cena social vigente, e que apresenta elementos importantes para o plano científico no contexto de um estudo que visa explorar a categoria

*trabalho* num plano de ampliação e efetivação da tutela jurídica de garantia fundamental, e onde o debate não raramente se encontra deslocado do plano empírico.

Ainda nesta linha de contexto a compreensão das interações entre os mercados de trabalho e as políticas de promoção social constitui o objeto que Esping-Andersen (1993)<sup>27</sup> assinala como necessário. Isto significa o estudo das políticas sociais e a influência destas no comportamento do mercado de trabalho. A edificação do Welfare State, construída no pós-guerra, tem como referencial o crescimento econômico e o pleno emprego. Enquanto na era da industrialização este crescimento tem nítida relação com o aumento de novos empregos e de ocupações, na atualidade encontra feição distinta, onde o aumento econômico se delinea com a busca de maior eficiência em custos e com nítida redução da empregabilidade. Esta sistemática resulta, além de um difícil gerenciamento do pleno emprego, uma grande dificuldade na capacidade de suporte financeiro para as políticas sociais e seus investimentos, e ainda ecoa as dificuldades de condensar num mesmo patamar de equilíbrio a proteção e a tutela jurídica e a sustentabilidade e permanência econômica.

A criação de novas alternativas de ocupação e renda assume centralidade nas agendas políticas, e a nova feição de Estado busca a reconciliação de parcela da população com sua própria capacidade de produção econômica e como cidadãos sociais, demonstrando que a vida de trabalho e as políticas sociais se entrecruzam em variáveis essenciais para sua compreensão. O Estado de Bem Estar Social assume uma força fundamental na organização e estratificação das modernas economias, e tem no catálogo de programas sociais um fator de influência para novos modelos das relações dentro dos mercados de trabalho. E que relações são estas? Onde elas se entrelaçam com as garantias legais trabalhistas? E como podem coexistir e se redimensionarem diante da premente proteção social?

Neste novo cenário as acomodações institucionais para o pleno emprego são temas abordados por Esping-Andersen(1993)<sup>28</sup>, em especial no que diz respeito ao enfrentamento da questão do desemprego pelos países, a necessidade de equilíbrio econômico no pós-guerra e a instituição de políticas sociais num plano onde a emergência global de integração econômica tomou assento. Em aspecto pessimista, a situação demonstra que, apesar das diferenças e das escolhas próprias na implantação de suas políticas, as democracias capitalistas avançadas convergem em um aspecto: são incapazes de assegurar

---

<sup>27</sup> *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 1993, Part II, caps. 6 e 7.

<sup>28</sup> *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 1993, Part II, cap. 8.

ao mesmo tempo o pleno emprego e o balanceamento do crescimento econômico, e convivem com a premente diversidade da resposta e da cobrança na eficiência social e da eficiência econômica, absorvendo custos decorrentes do Estado de Bem Estar Social para os quais não estavam financeiramente preparados. Uma das questões centrais que persiste em décadas no pós-guerra tem sido o enfrentamento de como alcançar as promessas de igualdade, de dignidade, de acessibilidade e proteção jurídica social com a plena empregabilidade e a eficiência econômica. É uma equação que permanece no centro de todos os debates socioeconômicos e jurídicos. E as economias passam ainda a lidar com um questionamento premente, que tem vínculo direto com a dualidade da alta tecnologia satisfazer necessidades, porém não satisfaz a necessidade de trabalhar e de permanecer no trabalho. São questões centrais que direcionam para a necessária adoção de novas posturas na aplicação e interpretação da norma trabalhista, e que demonstram uma desconexão entre fatos sociais e lei vigente num contexto onde fator *tempo* constitui um elemento que avança de forma desmensurada. E neste ponto não é a questão do desaparecimento do trabalho físico manual o elemento mais danoso, mas em quais circunstâncias este desaparecimento vai ser ocupado pelas variadas formas de ocupação e emprego, e como atender a demanda social e de novas posturas jurídicas que não é bipartida no ingresso e no retorno para o trabalho.

Mas como ressalta Boyer e J. Rogers Hollingsworth (1997)<sup>29</sup>, o mercado não é o único ingrediente a direcionar, influenciar e organizar a vida social, econômica e jurídica. Há uma série de outras variáveis a compor o sistema de administração desta vida. São novos hábitos e comportamentos dotados de novas hierarquias, redes de informações, organizações e Estados, que passam a uma atuação em planos diversos, que levam em consideração a esfera global, nacional e regional diversificada, na busca pela equação de crescimento econômico e social. O processo de internacionalização se difundiu com a ideia de mercado global, de economia sem fronteiras, de organizações internacionais, e que juntos implodiram as perspectivas das décadas pós-guerra, tendo ampla repercussão no comportamento individual e coletivo de trabalhadores, e atingindo de forma acentuada o plano das atuações e participações coletivas e das posturas individuais que assumiram um traço individualista vinculado a uma mentalidade de que a permanência do *eu* é suficiente.

---

<sup>29</sup> *From national embeddedness to spatial and institutional nestedness. In: J. Rogers Hollingsworth e Robert Boyer (orgs.) Contemporary Capitalism. The embeddedness of institutions.* Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1997, cap. 14, p. 433-484.

Para a reorganização deste cenário, Boyer e Hollingsworth (1997)<sup>30</sup> demonstram que a forma de organização política possui uma importância central na redefinição e organização das economias e da estratificação social, em especial na importância de enfrentamento da feição explosiva e intensa de mercado. Uma feição que coloca em questionamento e numa busca incessante o equilíbrio da proteção social e do acesso com o incremento da pobreza e da exclusão.

A partir deste ambiente parece fundamental o enfrentamento dos paradoxos que persistem. Como equacionar a centralidade da busca pelo pleno emprego e da ocupação a todo custo, da ampliação das garantias sociais fundamentais diante de um mercado global, que exige menos intervenção e mais capacidade das contas públicas para os investimentos sociais é questão cotidianamente presente.

O impacto desigual da situação entre trabalhadores com maior e menor qualificação é um fator de observação, em especial quando se verifica dentro do processo a inserção da tecnologia em larga escala, que faz mudar a feição de demanda em relação ao trabalho com o advento da economia global, e o crescimento ou declínio de empresas, de acordo com suas vantagens e desvantagens em se tornarem competitivas. A migração do trabalho manufatureiro para o trabalho intelectual ao passo que visto por alguns como um processo de *upgrade* ocupacional e desproletarização, demonstra a mudança para uma sociedade pós-industrial moldada na feição da divisão internacional do trabalho, e com um processo de mobilidade no trabalho em sua feição interna e externa, tanto em relação a empresas como países, e que forçou milhões de trabalhadores a procurar nova identidade laborativa, em novas formas de empresas/indústrias, e forçando ainda outro contingente ao rol do desemprego, num processo global de proletarização e de exclusão absoluta, e onde sequer o direito de procurar trabalho, seja pelas novas exigências de apresentação e comportamento social, seja pela impossibilidade de mobilidade por ausência de suporte econômico, constitui realidade facilmente perceptível.

Este processo se acentuou com a emergência das novas faces do trabalho consistentes no trabalho temporário, no trabalho a tempo parcial, nos trabalhos sob a forma de contratos precários dissimuladores da condição empregatícia, no mercado informal de serviços, e no processo da *terceirização*.

---

<sup>30</sup> Idem.



Nadya Guimarães<sup>31</sup>, em estudo que traça a análise sobre a trajetória dos que perderam o emprego na indústria petroquímica brasileira, entre 1989 e 1997, demonstra a dificuldade de abordagem e conhecimento dos processos de mobilidade no caso brasileiro em face da reestruturação produtiva e econômica no final dos anos 80 e emergência dos anos 90. Mas estabelece o perfil da mobilidade tanto no campo da migração para novas e diversificadas ocupações quanto na migração para o desemprego e a consequente exclusão do sistema formal. Se estas características são detectadas no mercado de trabalho, a reestruturação ocupacional e industrial teve seu maior impacto no recrutamento, na capacitação e treinamento para o trabalho, na aposentadoria precoce, na mobilidade voluntária e na instabilidade como característica pessoal dos trabalhadores. Se o ambiente econômico é turbulento e incerto até mesmo para grandes empresas, o setor periférico demonstra que é servido por empresas pequenas com organização flexível de acordo com a flutuação da própria demanda. Possuem uma feição mais descartável e constituem uma fonte primária de instabilidade empregatícia entre trabalhadores.

E este processo ganha uma dinâmica onde a incidência de proteção e aplicação jurídica também passa a constituir um elemento de interesse à distância, falseado na premissa de que a cobrança e a exigência da lei são incompatíveis com o momento econômico e constitui argumento difundido de que pode resultar em exclusão num sistema viciado. Cria-se o medo sob a lei num comportamento que traduz essencialmente aumento de competitividade e lucratividade a todo custo. A estabilidade no trabalho passa a ser apenas um traço restrito a poucos dentro de um perfil e de um manancial tecnológico, onde empresas têm todo o interesse de proteção sobre os investimentos feitos nestes trabalhadores. É um aspecto de estabilidade muito peculiar e não generalizado. Mas a criação de mecanismos de proteção tem custo. E este custo não é ilimitado. Nada impede que as empresas, a despeito dos investimentos na força de trabalho, se desmobilizem e se externalizem em relação à força de trabalho, de acordo com as flutuações do mercado, e com o intuito de manter sua estabilidade produtiva e de participação econômica.

A pressão para a produtividade a baixo custo em relação à redução de postos de trabalho varia de acordo com a empresa, com o tamanho desta organização, e com o tipo de trabalhador. Ao mesmo tempo, forças econômicas e tecnológicas que operam dentro do mercado induzem empresas dentro deste mercado a se expandirem ou se retraírem. A

---

<sup>31</sup> Os destinos dos demitidos: a contribuição das análises longitudinais ao estudo das mudanças no trabalho no Brasil. In: **Caminhos Cruzados**: Estratégias de empresas e trajetórias de trabalhadores. SP: Ed. 34, p. 237-277.

década de 80/90 foi marcada como a década das fusões e aquisições entre empresas. Este processo de reorganização industrial trouxe consequências tanto no campo da expansão de empresas, quanto na questão da extinção de empresas, repercutindo na mobilidade ocupacional e na estratificação social. O processo de fusão e aquisições trouxe também uma nova sistemática de gerenciamento e direção da atividade laboral rompendo com a velha divisão do trabalho, e estimulando uma mobilidade interna da ocupação, cuja natureza passou a ser a difusão interna do conhecimento que envolve todo o processo de produção. Ao trabalhador pós-industrial foi exigida não só a capacidade de produção, mas a produção intelectual de agir, sugerir e improvisar. E este traço trouxe como reflexo o problema da relação educação x trabalho, acentuando as exigências por qualificação e capacitação, e acentuando ao mesmo passo a relação participação e exclusão. Dentro de uma dinâmica também econômica a nova feição social de direção para o trabalho teve como característica os melhores postos para os maiores qualificados, e as menores escolhas para o maior contingente de trabalhadores.

Os reflexos deste processo de reestruturação se deram ainda com maior evidência sobre os trabalhadores da menor hierarquia laboral, dotada dos empregados da média classe e da classe manufatureira, que receberam os maiores impactos do que aqueles da alta qualificação. A invasão da média ocupação sobre o trabalho da classe trabalhadora do menor nível na hierarquia laboral trouxe como consequência alterações no mercado de trabalho, marcadas por uma mobilidade na elevação do contingente que foi empurrado ao desemprego e à exclusão. Neste cenário, como ressalta Portes (2010)<sup>32</sup>, a economia do trabalho informal representa significativa parcela econômico-financeira, da mesma forma em que agrega e representa um complexo sistema de subcontratação, recrutamento de trabalho e canais de deslocamento do trabalho. Isto se consuma através de uma presença indireta na economia, onde trabalho informal integra o produto final institucionalizado e tem relação direta com o que consumimos, seja no alimento, no vestuário ou na tecnologia que adquirimos.

A empresa informal representa a erupção de uma força real de mercado em direção paralela a uma economia controlada pela regulação estatal. Neste campo compreender a definição conceitual entre ilegalidade, informalidade e marginalidade torna-se fundamental para a análise das estruturas que integram o mercado de trabalho, e para construção de qualquer proposta jurídico-legal, ou de novo comportamento jurisdicional, sobre trabalho.

---

<sup>32</sup> *The concept of institutions*. In: *Economic Sociology. A systematic Inquiry*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2010, cap. 4, p.48-70.

A ilegalidade que lida com o plano do ilícito e do marginal, e a informalidade com o plano dos lícitos.

Neste ponto ainda se apresentam importantes elementos que criam um mundo à parte. Um tecido social paralelo com regras e práticas próprias que estabelece vínculos próprios de confiança e solidariedade, determinantes na permanência do mundo dos negócios informais, como também integrante do recurso que afasta qualquer possibilidade de alcance e intervenção pelas autoridades e pelo sistema legal.

Se as questões que eclodem desta realidade informal de trabalho e economia são tão numerosas e diversas, mais crescentes se apresentam os percursos de mensuração e compreensão, e que contemplam ainda a relação de tolerância do Estado com o informal e a manutenção de estruturas rígidas de controle e regulação das relações de trabalho como mecanismos a justificar a ausência de suportes político-institucionais de atuação. Mas é preciso também compreender neste cenário de economia informal onde se situa o conceito de emprego clássico e o de exclusão na contemporaneidade. Robert Castel (2009)<sup>33</sup> propõe a discussão do fenômeno que altera esta concepção, e de uma desmistificação do termo *exclusão* a partir de uma acepção contemporânea que comporta diversos significados. Uma abordagem sobre a mudança no modelo de *sociedade do emprego* que reduz o campo das relações assalariadas formais, altera suas prerrogativas essenciais e de regulamentação.

Partindo de um diagnóstico social onde predominam diversas formas de ocupação e múltiplos significados para *exclusão*, situados abaixo do plano formal de assalariamento, Castel (2009)<sup>34</sup> observa os efeitos desta nova dinâmica numa sociedade que passa a ter a feição de *plena atividade*, diferentemente de uma sociedade do *pleno emprego*. Esta feição faz suscitar uma gama de problemas que torna necessário repensar a solidariedade dentro de um contexto bastante diferente pela qual foi concebida dentro da sociedade do emprego assalariado, e sobre a base de sistema de emprego regulamentado e protegido. Esta é apenas uma categoria dentre tantas existentes. O emprego assalariado clássico ao passo que permanece como a forma predominante na concepção da organização do trabalho, ao mesmo tempo e cada vez menos é a forma dominante da estruturação do emprego.

Em outras palavras, não estamos mais indo em direção a esta forma clássica, mas nos movemos e nos direcionamos para acima ou abaixo dessa forma hegemônica, que foi construída como relação de trabalho moderna pelo capitalismo industrial. Mas não

---

<sup>33</sup> *La Montée des Incertitudes – Travail, protections, statut de l'individu*. Paris: Seuil, 2009, cap 5 (“Au-delà du salariat ou en-deça de l'emploi? L'institutionnalisation du précarat”, p. 159-183).

<sup>34</sup> Idem.

acompanhamos no plano legislativo as alterações sócio-econômica-laboral desta realidade permanecendo no esteio e na sombra da estagnação jurídica sem comportamentos de ampliação jurisdicional com abrangência sobre situações reais, ainda que disponíveis meios legais na ordem fundamental vigente. Vislumbrando-se como verdade que há modificações sobre a noção e o conteúdo deste emprego clássico, é preciso pensar, nesta constatação, se não foi a concepção de emprego que se transformou profundamente, assim como a relação entre *emprego e não emprego*.

Estas transformações, que resultaram na perda da hegemonia do emprego assalariado, partem de duas alterações decisivas no mundo do trabalho: a instalação do desemprego em massa e a precarização das relações de trabalho com a inserção de novas formas de ocupação (trabalho a tempo parcial, contratação temporária, trabalho provisório, subcontratação, trabalho infantil, trabalho escravo, trabalho oculto e invisível de sobrevivência, terceirização), que exigem uma compreensão que vai além da relação *emprego/desemprego*, de uma parte, e entre *estabilidade/precariedade* de outra parte. É preciso redefinir o conceito de *desemprego* gerado a partir da ideia de inclusão do pleno emprego e da relação oferta e procura, principalmente quando há formas de trabalho e trabalhadores que não integram a população estatística ativa, e também não são desempregados. É preciso romper com o rigor da definição de população ativa. Há hoje diversas formas de *não emprego* que não estarão exatamente na categoria *desempregados*, e também não integrarão a categoria de demandantes por emprego, seja porque não terão mais quaisquer chances de reabsorção, seja porque não têm interesse neste formato clássico.

Nesta nova estrutura social do trabalho há ainda duas extremidades bastante opostas. Na primeira delas se encontram os de ocupação precária e com garantias trabalhistas e sociais restritas, e na outra extremidade os altos salários de ocupações qualificadas e prestigiadas. O mais significativo, e mesmo que exorbitante, não é a desigualdade entre estes extremos, mas a erosão que estas transformações causaram no direito do trabalho e na proteção social, e que num processo de mercantilização da relação salarial levou a pauperização para os que saíram da forma clássica, e a opulência para os que permaneceram no jogo puramente concorrencial.

Os suportes clássicos da teoria do capital humano embora possam encontrar relatividade em práticas de recrutamento e da relação trabalhadores/emprego, e nas experiências diversificadas que predominam, constituem ainda o patamar referencial adotado no sistema de oferta e procura por trabalho, e marcam de forma característica o

sistema de mobilidade *no emprego e para o emprego*. Todos estes fatores ainda determinam novos patamares de desigualdade, onde redes e relações pessoais de contatos constituem exemplo preponderante, e onde procura e oferta para o emprego é hoje elemento indissociável das redes de informação. Neste patamar e cenário, onde coexistem as relações de permanência, empregabilidade, troca, produtividade, formalidade e informalidade, regulação, descentralização, dentre tantas peculiaridades, a nova teoria do crescimento, e para o crescimento, tem observado que quando considerada as interferências dos efeitos das inovações, da educação, e das variadas formas de infraestrutura, alguns suportes de intervenção orientados pelo Estado podem promover um caminho eficiente e longo em direção ao crescimento.

Sem um exercício do poder de autoridade do Estado, as sociedades industriais avançadas encontram traços de incapacidade para desenvolver seu potencial econômico de prosperidade. A eficiência do mercado é ampla para as estruturas privadas, mas um tanto restrita para abastecer as maiores necessidades ao encargo do âmbito público.

O mercado de trabalho tem a marca da heterogeneidade, seja em relação à diversidade das relações de trabalho, seja porque *a norma* (direito inscrito) que configura o modelo clássico de *trabalho contratual*, com regulamentação específica, protegido e com garantias, não conseguiu se generalizar nem conseguiu ter abrangência sobre o universo dos que trabalham ou de disponíveis para o trabalho. Muitos ainda vivem e viverão apenas do “bico”.

Na economia do mundo real não há modelos universais sobre os quais todos os atores da racionalidade econômica se maximizam. Nela, onde diferentes sistemas sociais de produção se confrontam um com os outros, torna-se imperativo aprender sobre a eficácia ou específicos modelos de competitividade, e não custa, ainda que de forma experimental, buscar alternativas de acesso, permanência e retorno para o trabalho que tenha em mente grupos sociais específicos. Situado neste cenário, ainda que de forma elementar, o desenvolvimento de políticas sócio-jurídicas-laborais, e a adoção de novas posturas jurisdicionais podem apresentar resultados significativos, ou ainda podem, a partir deste conhecimento, estabelecer agendas de inclusão social pelo trabalho sem a marca exclusiva do assistencialismo. À espera pela lei não acompanha o processo de progressão socioeconômico vivenciado e vigente, e há elementos jurídicos disponíveis, sem qualquer abandono da legalidade, estabelecidos nos planos internacionais e nacionais pela ordem jurídica fundamental, que são capazes de enfrentar aspectos elencados neste cenário e neste

ambiente do mercado de trabalho, para o qual o Direito do Trabalho tem máxima pertinência.

## **2.2 A autonomia e o papel do Direito no contexto de sociedade econômica**

Estabelecer uma compreensão de que a ciência jurídica dispõe de bases essenciais e inatingíveis no processo de desenvolvimento das sociedades, e que se sustentam em elementos consagrados de autonomia e permanência ao longo da história, construídos em decorrência de fatos e vivências históricas, é ponto de partida essencial para que se compreenda o Direito em seu papel de autonomia e força, essenciais ao avanço do pensamento jurídico. Num plano mais específico para o Direito do Trabalho, e na vinculação com este trabalho de pesquisa e tese, cuja essência objetiva a redefinição de comportamentos jurídicos e jurisdicionais sobre a proteção ao trabalho, constitui elo indissociável que centra o debate numa postura nem puramente econômica nem puramente social. Mas num debate de construção e bases científicas que se voltam para o interesse da sociedade abordando a premissa jurídica que serve ao Direito e ao Direito do Trabalho. E esta premissa tem elo essencial vinculado à afirmação da autonomia do direito e a ruptura com as promessas da teoria econômica que se impuseram sobre uma equivocada ideia de juridicidade, e que encontra em dois questionamentos lançados por Lenio Streck<sup>35</sup> uma dialética de essencial debate: qual o significado do Estado e do Direito nos momentos de instabilidade econômica? E porque é importante defender a autonomia do direito frente aos discursos predatórios da economia?

Se na dinâmica da economia se explica a realidade da época do mercado de trabalho, é preciso pensar em bases e comportamentos jurídicos que estabeleçam a supremacia da garantia legal protegida das oscilações meramente especulatórias do capital financeiro e mercadológico. Uma cultura tradicional de natureza privatista, e uma visão de mundo “*corporate*”, que insiste na relação indissociável de direito e economia, e de direito e desenvolvimento, coloca no centro da discussão do pensamento jurídico as bases da teoria geral do direito, e recoloca para debate a relação de impotência que envolve Direito

---

<sup>35</sup> *In*: As Vinhas da Ira do Neoliberalismo: o Estado, a Economia e a Autonomia do Direito em Tempos de Crise. **Anais do 6º Congresso dos Magistrados do Trabalho da Região Sudeste**, realizado em Campos do Jordão de 22 a 25 de março de 2012. Amatra XV. Campinas. p. 10.

e Lei, e a fragilidade de interpretação jurídica sobre garantias previstas na Constituição Federal, mas que permanecem no pensamento jurídico dotadas de uma concepção de subserviência e irrelevância por contingências meramente econômicas.

É evidente a falta de conciliação entre as exigências de competitividade e da concorrência, de um lado, e do outro a manutenção de um mínimo de proteção e de garantias para o trabalho. O argumento de supremacia do interesse econômico enquanto justificativa para o social não ofereceu respostas devidas e coerentemente sociais no campo do direito. O sucesso de um lado foi pago pela invalidação do outro, o que resultou num modelo de sociedade contemporânea dotada de desempregados de longa duração e de jovens mal escolarizados em busca de inserção.

O que se busca na proclamação da existência de um núcleo inatingível e autônomo dentro do Direito, e que especificamente serve ao Direito do Trabalho, é a redução da distância que vincula o homem enquanto sujeito de direitos, e o direito enquanto garantia prescrita, certa e determinada. É preciso romper com a dicotomia que permeia o Direito e a sua existência enquanto garantia efetiva e legal. Não se justifica nem se admite para o Direito a proeminência de uma relação de núcleo jurídico que envolve a prescrição de uma garantia constitucional, com natureza fundamental, e a sua limitação imposta por elementos alheios ao direito ou impostos num processo hermenêutico que se distancia dos fatores sociais, históricos e jurídicos que a conceberam e a fizeram surgir como Direito. Inevitavelmente é chegada a hora da quebra dos últimos e insustentáveis argumentos de supremacia econômica sobre o direito, o que se apresenta e resulta da evidente dificuldade de se manter uma lógica econômica atrelada e uma coesão social. Como criar e formar os instrumentos necessários para pôr em prática a vontade objetiva estabelecida pela Constituição no que se refere à afirmação do direito ao trabalho e da proteção jurídica contra a dispensa imotivada é o elemento central que vincula o objeto desta tese com a autonomia do direito, sem a contaminação dos argumentos e instrumentos manuseados pela economia que tentam sobrepor sobre tudo e sobre todos. Há que se distinguir no campo da autonomia do direito as relações de permissividade e disponibilidade legal, e a efetiva autonomia daquilo que a lei expressamente estabeleceu como garantia jurídica efetiva.

Mas a autonomia do direito não se limita a uma delimitação formal do campo de análise da ciência do direito. Ela envolve uma material determinação da juridicidade, que não pode admitir para o jurídico uma indexação predatória à economia, ou a qualquer outro componente do poder social. A autonomia do direito representa a construção de um

contexto de garantias que deve regular o econômico, sem abandonar a possibilidade de que em situações dadas dever manter-se intacto a este campo, não se submetendo aos seus elementos norteadores proclamados como essenciais. O discurso da economia neoliberal constitui um dos fatores que mais se sobrepõem a autonomia do direito, e a torna refém de um processo político, onde não por acaso se centram as maiores dificuldades de um debate que permanentemente vem sendo vencido pelo mesmo. Esta é uma característica que resultou do processo de desracionalização da economia que migrou para o plano da internacionalização da decisão econômica, e gerou efeitos no campo do Direito quando a própria formação jurídica passa para a vertente da formação de pluralismo jurídico.

Este debate e este processo político atinge a autonomia do direito tanto em sua esfera interna quanto no seu contexto de direito externo. Num campo de direito interno o discurso econômico atinge o Direito a partir da relativização da coisa julgada que enfraquece as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito pela desconsideração da imunização das decisões judiciais. E este ponto é ainda incrementado, como ressalta Lenio Streck<sup>36</sup>, por:

Outro ponto que também atinge no plano interno a autonomia do direito presente no imaginário dos juristas e nas decisões dos tribunais que diz respeito ao principiologismo como argumento vetor de sobreposição sobre a norma jurídica, ainda que esta detentora de conteúdo objetivamente claro e definido em sua materialidade.

No campo do direito do trabalho esta relativização tem traço acentuado e crescente, e ganha contornos de banalidade através da relativização do cumprimento da decisão judicial trabalhista, que sequer por mecanismos e caminhos processuais específicos não consumam uma resposta imediata da garantia ditada pela norma jurídica/Lei.

Quanto aos fatores externos, a autonomia do direito encontra seus predadores nos discursos de outros campos do conhecimento e no crescente processo do diálogo interdisciplinar, que incorporando teses jurídicas, sem a cuidadosa aferição de seus espaços reais, terminam por influenciar decisões e relativizar mecanismos de garantias construídos sob o pálio do direito, porém contaminados por um discurso com conteúdo moral, político e econômico. Em seus aspectos morais estes discursos normalmente apresentam a

---

<sup>36</sup> Do texto *As Vinhas da Ira do Neoliberalismo: o Estado, a Economia e a Autonomia do Direito em Tempos de Crise*. **Anais do 6º Congresso dos Magistrados do Trabalho da Região Sudeste**, realizado em Campos do Jordão de 22 a 25 de março de 2012. Amatra XV. Campinas. p. 14-15.



característica de serem manuseados para preencher os espaços das insuficiências do ordenamento jurídico e, como tal, constituem uma posição teórica que desconsidera a dualidade direito e moral. No plano político os discursos são aqueles que pregam a identificação entre política e direito e que afirmam como premissa e supremacia a máxima de que o direito é senão aquilo que os tribunais dizem que ele é. No plano do discurso econômico, a autonomia do direito normalmente é atacada através de posturas que situam no campo teórico jurídico argumentos que vinculam as políticas neoliberais aos processos de desregulamentação e desestatização da economia, defendidos e difundidos sob um pálio de relevância jurídica, mas que resultaram num processo que levou a humanidade a beira de um caos econômico com ampla repercussão e resultados sociais. As promessas do mercado, como elemento essencial ao campo econômico e social, fracassaram em todos os sentidos, e não conseguiram cumprir os propósitos econômicos e sociais que a própria história se encarregou de mostrar em evidências claras: o incremento na redução e na falta de trabalho, o aumento da exclusão, o ressurgimento de formas primitivas análogas à escravidão, o trabalho infantil, e a ampliação da superação econômica e social, imposta a um grande contingente da população que hoje desconhece quais os caminhos para o retorno ou para a reinserção.

E é neste cenário que é dada à ciência jurídica e a teoria do direito as condições para o resguardo e a defesa da autonomia do direito, em especial as possibilidades desta autonomia adotar uma feição de princípio que se situe em todas as decisões jurídicas e na resolução de casos efetivamente concretos. Como acentua Lenio Streck<sup>37</sup>, “é uma teoria da decisão judicial baseada na autonomia do direito que gera o dever de resposta correta/adequada à Constituição e de seu sistema de garantias, em detrimento de uma teoria da decisão baseada em argumentos utilitaristas de cunho econômico, político e de apelo social.”

Acrescenta ainda Lenio Streck<sup>38</sup> que:

Esta teoria vem acompanhada de padrões interpretativos trabalhados pelo direito constitucional, denominados métodos ou princípios, tais como o da *correção funcional* (designado por Muller como princípio autônomo que veda que a instância decisória venha a alterar a distribuição

---

<sup>37</sup> Do texto *As Vinhas da Ira do Neoliberalismo: o Estado, a Economia e a Autonomia do Direito em Tempos de Crise*. **Anais do 6º Congresso dos Magistrados do Trabalho da Região Sudeste**, realizado em Campos do Jordão de 22 a 25 de março de 2012. Amatra XV. Campinas. p. 16.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 16/17.

constitucionalmente normatizada das funções nem por intermédio do resultado dela), *o da rigidez* do texto constitucional, que blindava o direito contra as convicções revolucionárias acerca da infalibilidade do legislador, *o da força normativa da Constituição e o da máxima efetividade*, que confere a Constituição a maior eficácia como sustenta Gomes Canotilho. Mais do que sustentáculo do Estado Democrático de Direito, a preservação do acentuado grau de autonomia conquistado pelo Direito é sua própria condição de possibilidade e, por isso, é erigido à condição e princípio basilar, unindo a visão interna e externa do direito. Estes são os ingredientes do princípio da constitucionalidade que eleva a Constituição e seus moldes construídos internamente, chamados de constitucionalismo social e compromissório, como ingredientes da autonomia do direito.

Esta construção teórica destacada eleva a importância do plano de compreensão da teoria constitucional para o direito do trabalho, e vincula o elemento jurídico defendido nesta pesquisa e tese de que detém a Constituição o norte e as prescrições que resguardam e ditam direitos e garantias de forma autônoma, e sem a influência dos discursos econômicos, morais e políticos ressaltados, que se apoderando do plano doutrinário e jurisdicional ecoam ao longo de décadas ineficácias de garantias fundamentais oriundas e sedimentadas ao longo da história jurídica e social da humanidade. É preciso compreender a Constituição não apenas como um documento político que contém um fim político-social, mas como um instrumento de fundamento e conteúdo jurídico/normativo em seu sentido hermenêutico, e que tem também a função de direcionar a preservação da autonomia do direito através deste conteúdo institucionalizando a relação entre Direito e os demais campos com ele intercambiáveis, dentre os quais a economia, a política, e a moral.

Romper com uma concepção jurídica arraigada que nega para a Constituição a força normativa de seus preceitos que o justificam como arcabouço jurídico maior constitui traço essencial para a institucionalização e consagração de sua força, e para a proeminência de sua concepção democrática que encontra no intercâmbio com todas as esferas e ramos do conhecimento uma dependência essencial, que ainda traduz um papel de relevância coletiva na afirmação da autonomia do direito.

O texto constitucional, como ressalta Lenio Streck<sup>39</sup>, “tem efetivamente que ser levado a sério, principalmente quando o projeto de modernidade política não respondeu satisfatoriamente as três violências chamadas por Canotilho de *triângulo dialético* por

---

<sup>39</sup> Do texto *As Vinhas da Ira do Neoliberalismo: o Estado, a Economia e a Autonomia do Direito em Tempos de Crise. Anais do 6º Congresso dos Magistrados do Trabalho da Região Sudeste*, realizado em Campos do Jordão de 22 a 25 de março de 2012. Amatra XV. Campinas. p. 21/22.

intermédio da categoria político-estatal: a) respondeu a falta de segurança e liberdade, impondo a ordem e o direito (o Estado de direito contra a violência física e o arbítrio); b) deu resposta a desigualdade política alicerçando liberdade e democracia (Estado democrático); c) combateu a terceira violência – a pobreza – mediante esquemas de sociedade. Se a resposta foi negativa às três violências, ou no mínimo a duas delas, é porque a Constituição nos moldes da brasileira continua a ser o suporte normativo do projeto de modernidade que tem uma relação umbilical com a possibilidade de autonomia do direito”.

Para esta autonomia é preciso ainda superar um dos maiores problemas enfrentados pela teoria do direito no sistema jurisdicional brasileiro, e que diz respeito à convivência da autonomia do direito com a discricionariedade no processo de julgar. É preciso superar o polo de tensão da relação entre legislação e jurisdição, que através da discricionariedade do julgamento relega ao segundo plano a resposta jurídica pela relevância da resposta econômica, política ou moral, em pretensos respaldos constitucionais. Isto se põe na contramão da força normativa do direito, já que incorporar a tese de que a Constituição é uma ordem concreta de valores abstratos é aceitar e difundir a ideia de que existe algo superior a ela, o que enfraquece a autonomia do direito na medida em que os supostos valores a serem descobertos na justificativa constitucional vigente deixa nas mãos de Juízes e de Tribunais a tarefa subjetivista desta descoberta. Permanecer nesta linha de proeminência jurídica é admitir que o direito não se impõe aos discursos de correção e adjudicação, centrando no plano da jurisprudência a validade do direito perante a ordem política e econômica. O elemento da discricionariedade (política ou judicial) assombra e atinge a autonomia do direito e constitui num ponto a ser dirimido com premissas claras de comportamento jurídico que exprimam a vontade objetiva e precípua da norma jurídica. É preciso um denso controle hermenêutico para que a Constituição tenha preservada sua força normativa. Não se pode confundir direito com instância judiciária e tampouco política com lei.

O problema real de que a lei não cobre tudo, e de que a facticidade apresenta problemas que nem sempre foram esboçados pelo legislador racional não pode ser resolvido pela via única de um juiz/intérprete racional que atua ao lado da atividade deste legislador racional. A discricionariedade política se apresenta através de um vácuo da atividade legislativa que vem sendo preenchido pela atividade interpretativa de juízes e tribunais, mas que vem abandonando a compreensão de direito e lei através da justificativa judicial respaldada em discursos políticos e morais que invocam os chamados princípios

gerais do direito, e que associados à analogia e aos costumes preenchem e expandem como autorizações legais esta atividade discricionária sobre os casos concretos. Esta dinâmica ainda resulta na planificação verticalizada dos entendimentos substanciados, e reprime qualquer avanço essencial ao pensamento jurídico que questione a inércia consolidada, o que se apresenta através de uma política judiciária, e não política jurídica, que atribui poderes a juízes e tribunais para a consagração da relevância do processo em detrimento do direito.<sup>40</sup>

Antes da pretensa e subjetiva reserva de Juízo há uma reserva da Lei que é a reserva Constitucional, e o rompimento da fragilidade do direito perante a política significa compreender a existência da afirmação de *direito* distinto de *lei*. Da existência de um direito que se forma a partir de elementos normativos constitutivos diferentes da lei, o que é uma proposta que sintoniza nesta tese a relação dialética que envolve o *direito ao trabalho* como garantia fundamental e a *proteção jurídica contra a dispensa imotivada*, declarada no texto constitucional, porém relegada ao longo de décadas pela equivocada simbiose que afirma como únicos os elementos distintos de *direito e lei*.

Já tarda a necessária criação de uma estrutura que proteja e tornem invioláveis as garantias sintonizadas na Constituição Federal, o que encontra sintonia na teoria de Ferrajoli, e ainda possibilita a teoria jurídica se proteger efetivamente dos valores minoritários da vontade discricionária expressa por uma maioria eventual. A criação de um Estado Social de Direito que visa limitar o exercício da discricionariedade política, a partir de um sistema de garantias acostados à Constituição ou nela já existentes e previstos, é tarefa essencial para a ciência jurídica atual, e não prescinde para seu avanço o enfrentamento da questão da arbitrariedade no direito sedimentada pelo avanço do decisionismo discricionário. Se tudo isto é importante para o direito na atualidade, é preciso também reconhecer que depois de 1988 temos no Brasil um sistema de garantias previsto na Constituição Federal, que tem elementos e princípios que resolvem e são capazes de ter resolvido o problema dos limites políticos, e que não compactua qualquer dúvida no âmbito das garantias sociais fundamentais e suas liberdades. A Constituição brasileira estabelece um modo de a sociedade ser transformada a partir do direito, mas para este objetivo é preciso fazer com que o sistema de garantias incorporado pela Constituição

---

<sup>40</sup> Neste ponto interessante relembrar a abordagem de Kelsen em sua Teoria Pura do Direito ao se referir a atividade dos juízes como a “política jurídica”, que distingue os atos de conhecimento essenciais e vinculados à ciência do direito. A “política judiciária”, aqui ressaltada, e que se diferencia da interpretação adotada por Kelsen, delinea os atos de vontade pelo qual se institucionalizam o “decisionismo judicial”.

seja devidamente concretizado, o que se vincula também ao combate do arbítrio político presente na discricionariedade da atividade jurisdicional.

As questões políticas e morais devem ser discutidas e debatidas nos meios políticos da decisão, e devem ser desconsideradas todas as decisões políticas tomadas em contradição com o sistema de garantias sedimentado pela Constituição Federal de 1988. A diminuição do espaço de discricionariedade da política pelo entendimento do sistema de garantias da Constituição fortalece materialmente os limites entre direito, política e moral, e só restabelece a essencialidade da autonomia do direito no contexto de sociedade vigente. E o que vincula todos esses elementos numa unidade é a oposição e a superação a qualquer compreensão de normativismo constitucional em abstrato. Para tanto imprescindível levar em conta a compreensão concreta de aplicação do direito como elemento fim de qualquer sistema normativo de perfil compromissório e transformador, com comandos constitucionais de efetivação de garantias e elementos de blindagem contra retrocessos institucionais. Neste campo a atividade jurisdicional só pode assumir lugar de proeminência se compreender o que representa toda e qualquer estratégia de legitimação da Lei Fundamental, o que significa romper com um modelo de atuação jurídico-político para compreensão do perfil de sociedade que exige significativa autonomia do direito e de seus direitos.

Estes elementos se alinham ao pensamento jurídico do Professor Joaquim Gomes Canotilho, e ressaltam a importância do seu trabalho sobre a Constituição dirigente, em especial quando fala sobre a necessidade de se estabelecer limites na antiga discricionariedade do legislador. Tanto Canotilho quanto Ferrajoli defendem a autonomia do direito como passo para a democracia a partir do próprio Direito. E sem que hajam limites ou amarras estabelecidos pelo viés do Político. Neste ponto de autonomia do direito o pensamento de Canotilho e Ferrajoli, e a hermenêutica trabalhada por Lenio Streck encontram um ponto de sintonia e apontam para um elemento comum: o elevado grau de autonomia do direito e sua relevância constituem um elemento a mais no que vem a ser convencionalizado como Estado Democrático de Direito.

Para o Direito do Trabalho esta premissa se apresenta de forma mais específica, em especial quando se constitui num ramo da ciência jurídica que tem proximidade cotidiana com a vida social, e onde os elementos econômicos, morais e políticos apresentaram grau de desenvolvimento sob uma premissa de teoria jurídica que não passou de argumento jurídico discursivo. Mas diante de tal realidade, tem este campo do direito papel fundamental na preservação e afirmação de garantias moldadas na teoria de justiça social,

consolidadas constitucionalmente, o que no plano desta pesquisa e tese tem centralidade na compreensão da autonomia e independência da garantia fundamental do direito ao trabalho e da proteção jurídica contra a dispensa imotivada. Neste papel central aqui discutido, ressalta Jorge Luiz Souto Maior<sup>41</sup>, que:

O principal papel a ser cumprido pelo Direito do Trabalho nos tempos presentes é o de evitar o desemprego desmedido e despropositado, que apenas serve para incrementar a utilização de contratos que desconsideram os seus fins sociais e geram insegurança na sociedade.

---

<sup>41</sup> *In* Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, ano 30, n. 116, out/dez. 2004, p. 110.

### 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### 3.1 Direitos Sociais Fundamentais. Universalidade e Inalienabilidade

A consagração dos direitos sociais, na emergência das sociedades contemporâneas, e como centro de debate e de preocupações para respostas efetivas através de sua concretização, tem trazido uma ampla conceituação desta categoria de direitos no rol de garantias fundamentais atribuídas a todos indistintamente. Noutra ponta já não se abstrai a necessidade de evolução e constante avanço na efetivação de garantias sociais como fundamentais e intransigíveis, em especial quando se configura incontrolável e imprevisível a ideia de *inclusão e participação social* junto aos conceitos de *trabalho e autonomia* para sobrevivência. A época da apropriação do trabalho em níveis desprovidos de fronteiras traz nesta linha de pensamento jurídico, que aborda o *direito de trabalhar* como essencial e fundamental, uma indispensabilidade na conceituação e no aprofundamento teórico do que seja compreendido e entendido como direito fundamental, e resvala uma imperatividade para progressos que necessitam de concretização antes que a feição social seja por completo destruída na base do que hoje prepondera apenas como *economicamente viável e muitas vezes banalmente aceito*.<sup>42</sup> O *direito ao trabalho* e os direitos sociais do trabalhador integram a categoria de direitos inseridos entre aqueles que, segundo Dal-Ré (2003)<sup>43</sup>, são *direitos de nossa época que possuem valor universal*.

Fonte primária do direito americano, e advindos, igualmente, do direito francês, os direitos fundamentais encontraram significativa e ampla caracterização na doutrina alemã na emergência do século XIX.<sup>44</sup> Estes direitos têm por função garantir o desenvolvimento

---

<sup>42</sup> Conforme Dal-Ré, “longe de configurar-se uma categoria cerrada, os direitos fundamentais a cada dia incorporam ao seu catálogo novos interesses, bens e expectativas como consequência das sucessivas e não esgotadas reivindicações e lutas dos indivíduos e dos grupos sociais, e para os quais eles se integram a fim de lograr maiores e mais decentes espaços de igualdade, liberdade e solidariedade” (Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: un ensayo de noción lógico-formal. Relaciones Laborales, **Revista Crítica de Teoría y Práctica**. Número 18, Año XIX, Septiembre 2003, p. 41).

<sup>43</sup> Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: un ensayo de noción lógico-formal. Relaciones Laborales, **Revista Crítica de Teoría y Práctica**. Número 18, Año XIX, Septiembre 2003, p. 89.

<sup>44</sup> Para os alemães, como bem delinea Beatriz González Moreno, “as normas sobre direitos fundamentais são aquelas normas constitucionais que garantem ao indivíduo direitos subjetivos para que não se produza uma intervenção em uma determinada posição jurídica ou de liberdade, mas também a uma participação na formação da vontade política ou ao estabelecimento de um sistema de prestações por parte do Estado, a garantia de determinadas instituições jurídicas – privadas ou de certas decisões valorativas. Através das normas sobre direitos fundamentais se assegura um *status* jurídico material ao cidadão no seu mais amplo sentido.” (**El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales**. Universidad De Vigo: Civitas. 2002, p. 67).

da vida humana com liberdade e dignidade, exigindo condutas ativas do Estado, que tem de criar condições de exercício e de proteção, assim como condutas passivas, no sentido de não criar óbices à sua realização.<sup>45</sup> São considerados originários porque possibilitam a vida com dignidade, e historicamente possuem sua força normativa baseada em premissas de compromisso com uma *teoria global de sociedade*, como acentua Páramo Arguelles (2004).<sup>46</sup> Do ponto de vista teórico, Ferrajoli (2001)<sup>47</sup> “propõe que os direitos fundamentais são direitos universalmente subscritos a todas as pessoas capazes de produzir”. Nesta conceituação distingue Ferrajoli (2001)<sup>48</sup> quatro tipos e níveis de discurso que preponderam precisos para distinguir ou para oferecer uma resposta adequada sobre o conceito e a definição de direitos fundamentais: o discurso com referencial meramente teórico, o histórico-sociológico, o político-axiológico e o jurídico-dogmático. As circunstâncias que determinam o conteúdo de tais direitos e sua classe de sujeitos titulares pertencem ao plano histórico-sociológico.<sup>49</sup> A avaliação de sua legitimidade ou ilegitimidade pertence ao político-axiológico, e a reflexão sobre o seu modo de incorporação aos ordenamentos jurídicos pertence ao plano jurídico-dogmático.

Ferrajoli (2001)<sup>50</sup> distingue efetivamente os direitos fundamentais de todos os demais direitos a partir de três características essenciais. Em primeiro plano a forma universal no sentido lógico e não valorativo da quantificação universal de classe de sujeitos que, como pessoas, cidadãos ou capazes de trabalhar, sejam seus titulares. Em segundo lugar seu estatuto de regras gerais e abstratas não vinculadas às situações singulares. E, por último, seu caráter indisponível e inalienável na medida em que incumbem de igual

---

<sup>45</sup> Afirma Jorge Miranda que os direitos alçados ao grau de fundamentais são “reivindicados (sobretudo por movimento de trabalhadores) e sucessivamente obtidos, direitos económicos, sociais e culturais – direitos económicos para garantia da dignidade do trabalho, direitos sociais como segurança na necessidade e direitos culturais como exigência de acesso à educação e à cultura e em último termo de transformação da condição operária. Nenhuma Constituição posterior à primeira guerra mundial deixa de os outorgar, com maior ou menor ênfase e extensão” (**Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 23).

<sup>46</sup> **Concepto de Derechos Fundamentales**. Universidad Castilla La Mancha, 2004, p. 99.

<sup>47</sup> Para Ferrajoli “são direitos fundamentais os direitos universalmente subscritos a todas as pessoas, a todos os cidadãos e a todos os sujeitos com capacidade de produzir e trabalhar, qualquer que seja o conteúdo que revistam e qualquer que seja a extensão da classe de sujeitos que, em um determinado ordenamento jurídico sejam qualificados como pessoas, cidadãos e capazes de produzir” (**Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**, edición de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, 2001, p. 67).

<sup>48</sup> **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**, edición de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, 2001, p. 89.

<sup>49</sup> **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**, edición de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, 2001, p. 91.

<sup>50</sup> **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**, edición de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, 2001, p. 91-92.



maneira e medida a todos os seus titulares.<sup>51</sup> Se difícil, porém, compreender estas premissas substanciais e o conteúdo que legitima a universalidade dos direitos fundamentais, pode ser mais facilmente compreensível e simplificado ter em mente a ideia de que o caráter fundamental destes direitos serve para justificar a violência institucional do Estado e dos sistemas jurídicos no contingente social. O valor absoluto dos direitos fundamentais consiste na ideia de que se trata de um direito que não pode ser modificado nem alterado em nenhuma circunstância, de forma tal que nunca pode ser infringido e deve ser satisfeito sem nenhuma exceção. Não podem ser submetidos ao regateio político nem ao cálculo de interesses específicos sociais. São direitos protegidos do intercâmbio mercantil e também protegidos da arbitrariedade política do legislador ordinário mediante a estipulação de regras em normas constitucionais.<sup>52</sup>

O caráter inalienável dos direitos fundamentais consiste inclusive na ideia de que são irrenunciáveis até por seus próprios titulares, e não podem ser negociados com nenhum bem ou valor submetido a conflito. Subscrevem-se aos indivíduos à margem de sua autorização ou consentimento, e se imunizam moralmente frente às suas vontades. A liberdade de seus titulares só diz respeito ao seu exercício, mas não a sua titularidade dispositiva. Só podem ser modificados e alterados por outros direitos tendo-se em conta uma máxima ponderação de circunstâncias estritas constitucionalmente, e em face do contexto em que se produz o conflito. Em matéria laboral, ressalta Dal-Ré (2003),<sup>53</sup> que as normas de direito fundamental têm um conteúdo mais amplo já que consideram os

---

<sup>51</sup> “La consideración do trabajador como titular de derechos fundamentales há propiciado o, acaso, está propiciando la revisión crítica de alguno de los postulados más arraigados de la estructura iuspositiva del derecho fundamental; en concreto, del que afecta a la relación jurídica de derecho fundamental o, si prefiere, a los efectos sobre el sistema jurídico de las normas iusfundamentales” ( Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: un ensayo de noción lógico-formal. Madrid: **Revista Relaciones laborales**, n. 18, ano XIX, septiembre, 2003, p. 4).

<sup>52</sup> Para Alexy, “de acuerdo con la interpretación liberal clásica, los derechos fundamentales estan destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. Los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones negativas (omisiones) del Estado. Pertencen al status negativo en sentido estricto. Su contrapartida son los derechos a acciones positivas del Estado, que deben ser incluidas en el status positivo en sentido estricto. Si se prepupone um concepto amplio de prestación, todos los derechos a acciones positivas del Estado pueden ser calificados como derechos a prestaciones del Estado en un sentido amplio; dicho brevemente: como derechos a prestaciones en sentido amplio. La cuestión de si y em qué medida a las disposiciones de derechos fundamentales devem adscribirse normas que confieren derechos a prestaciones em sentido amplio és uma de las más discutidas em la dogmática actual de los derechos fundamentales. Especialmente se discuten los llamados derechos fundamentales sociales, és decir, por ejemplo, los derechos a la asistencia social, al trabajo, la vivienda y la educación. Habrá de mostrarse que efectivamente estos derechos constituyen un sector importante de aquello que puede ser llamado “derecho a prestaciones” pero no agotan su ámbito” (**Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 419/420).

<sup>53</sup> Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: un ensayo de noción lógico-formal. Madrid: **Revista Relaciones laborales**, n. 18, ano XIX, septiembre, 2003, p. 4.

trabalhadores como integrantes de um grupo social politicamente ativo. Robert Alexy (2002) fala em *direitos fundamentais a prestações*.<sup>54</sup> A maioria dos autores, entretanto, consideram que existem três vertentes formais na ideia dos direitos fundamentais, e que encontram a sintonia nos ensinamentos assinalados por Ferrajoli (2001)<sup>55</sup> quando delimita conceitualmente os rasgos doutrinários destes direitos através dos conteúdos de universalidade, natureza absoluta e inalienabilidade. Como direitos públicos subjetivos têm incorporado sempre exigências morais muito fortes, que tem por objeto a precisão de reconhecimento como direitos subjetivos frente aos poderes públicos, e com limitações ao exercício e a ação destes poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) encontrando na relação jurídica privada entre trabalhador e empregador seu melhor espaço de expressão e desenvolvimento.

Por direitos subjetivos se entenda como posições normativas ou situações de um sujeito cuja conduta está regulada por normas, e que se referem, como delinea Arguelles(2004)<sup>56</sup>, as “liberdades protegidas para agir, as potestades estabelecidas para ordenar a conduta de outros, e as imunidades protegidas frente às potestades de outros”. Diante destas posições se encontram deveres correlativos sedimentados na obrigação de abster-se na interferência da liberdade alheia, na obrigação de satisfazer a pretensão do outro e na sujeição a uma potestade ou a uma incompetência para ordenar a conduta de outro. O reconhecimento de direitos fundamentais ao trabalhador na vigência de uma relação privada requer uma revisão dogmática da eficácia dos direitos fundamentais no constitucionalismo moderno, e novas posturas são exigidas frente às rápidas alterações no campo social e econômico que se abatem cotidianamente sobre o direito do trabalho e sobre as relações sociais. Ressalta Dal-Ré (2003)<sup>57</sup> que a definição de Ferrajoli (2001)<sup>58</sup> não permite identificar num ordenamento jurídico quais são as normas de direitos

<sup>54</sup> “Hay que distinguir entre derechos a prestaciones explicitamente estatuidos, tal como se encuentran en una serie de constituciones de los Estados federados alemanes, y los derechos a prestaciones adscriptos interpretativamente. A veces, se reserva la expresión ‘derechos sociales fundamentales’ para los primeros, mientras que los últimos son llamados ‘derechos fundamentales a prestaciones’ ou ‘interpretaciones sociales de los derechos de libertad e igualdad’”. La diferencia entre los derechos a prestaciones explicitamente estatuidos y los interpretativamente adscriptos es, sin duda, importante. Por otra parte, existe una semejanza amplia con respecto al contenido, la estructura y los problemas. Esto justifica llamar a todos los derechos a prestaciones em sentido estricto ‘derechos sociales fundamentales’ y distinguir, dentro de la clase de los derechos sociales fundamentales, entre los explicitamente estatuidos y los interpretativamente adscriptos” (**Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 483).

<sup>55</sup> **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**, edición de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, 2001, p. 95.

<sup>56</sup> **Concepto de Derechos Fundamentales**. Universidad Castilla La Mancha, 2004.

<sup>57</sup> Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: un ensayo de noción lógico-formal. Madrid: **Revista Relaciones laborales**, n. 18, año XIX, septiembre, 2003, p. 4.

<sup>58</sup> **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**, edición de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, 2001, p. 95.

fundamentais do trabalhador e quais deveriam ser reconhecidas como tal, indicando apenas o ponto de partida para localização desses direitos. Pelo traço da universalidade, o direito tido como fundamental tem de ser atribuído a todos os trabalhadores de modo igual, a todas as pessoas físicas a que se confira a situação de trabalhador.

No plano constitucional, por sua vez, adquirem hoje os direitos fundamentais uma essencial premissa para a consolidação de cidadania e proteção social.<sup>59</sup> Embora o tema esteja na abundância das preocupações e das agendas *politicamente sociais* dos Estados, é inequívoca a constatação de que tais direitos submergidos à proteção das Constituições ainda encontra tímida eficiência em face de uma fixação e de um reconhecimento com ampla margem de abstração através de conteúdos dotados da necessidade de regulamentação infralegislativa, e que não raro constitui sempre o fundamento *desculpa* para a não autoaplicabilidade de garantias indubitadas e de pleno reconhecimento social.<sup>60</sup> Este aspecto, por sua vez, apenas demonstra a necessidade de uma atuação e de um progresso na implementação destes direitos, tanto pela atuação da doutrina jurídica quanto pela ação jurisdicional em sua mais essencial e importante origem. Não se concebe a permanência de posicionamentos e resistência sobre revisões doutrinárias e decisórias que não se justificam nem encontram sintonia com o modelo e a vivência que hoje se apresenta sobre a Sociedade.

Ainda que subsista o argumento da falta de regulação, e da ineficiência na autoimposição legislativa de direitos fundamentais insertos para a categoria *trabalho*, uma necessária evolução e progresso já não comporta o crivo da *espera*.<sup>61</sup> E pensar sobre este âmbito consiste na integração e na valorização de regras e princípios já disponíveis como

---

<sup>59</sup> O catálogo de direitos fundamentais expressa entre outras coisas princípios que exigem que o indivíduo “pueda desarrollarse libre y dignamente en la comunidad social, lo que presupone una cierta medida de libertad factica. Esto impone, pues, la conclusión de que los derechos fundamentales se su objetivo es que la personalidad humana se desarrolle libremente, apunta también a libertades facticas, es decir, deben asegurar también los presupuesto del uso de libertades jurídicas y, por lo tanto, son normaciones no solo del poder hacer jurídico sino también del poder actual realmente” (**Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 489).

<sup>60</sup> Segundo Valdes La Veja “La falta de certeza en el proceso de identificación del derecho, la ausencia de un concepto normativo de derechos fundamentales, la necesidad de definir el contenido y alcance de los derechos caso a caso, así como la dificultad en determinar las consecuencias jurídicas que se asocian a la calificación de un determinado derecho como fundamental son también elementos que se han apuntado para reclamar un cambio hacia una positivización de los derechos fundamentales en la Unión Europea” (La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia Madrid: **Revista Relaciones laborales**, n. 23, Julio-Septiembre, 2003, p. 40).

<sup>61</sup> O processo de incorporação dos direitos fundamentais na doutrina do TJ se faz utilizando-se um método comparativo e seletivo. Comparativo porque admite os conceitos nacionais, e seletivo porque tem autonomia para criar outros direitos fundamentais. Ao valorar os distintos ordenamentos fará uma opção jurisprudencial que pode ser diferente de todos os conceitos contidos nos ordenamentos do Estados membros (La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia Madrid: **Revista Relaciones laborales**, n. 23, Julio-Septiembre, 2003, p. 357-8).

meio para o aperfeiçoamento de conceitos e teorias de âmbito internacional, sem perder a noção de igualdade e dignidade como base num mundo que economicamente já não detém nacionalidade, e sob pena de se afirmar e se manter inerte diante de uma exclusão social que vem se apresentando incontornável.<sup>62</sup>

A efetividade dos direitos fundamentais sociais depende de ações positivas do Estado e da sociedade, de todos e de cada um, sob pena de permanecermos na pura abstração. Enfrentar o problema do fundamento dos Direitos Fundamentais perante a ciência jurídica laboral é um problema que se coloca desde o século XIX, mas que não permite indefinições diante de um texto constitucional que preconiza valores absolutos e indubitáveis, recoráveis e em sintonia com a Teoria do Direito Social, e que pode resultar em definição objetiva da incondicionalidade, universalidade e inalienabilidade destes direitos no plano do contexto social predominante.

### 3.2 Direito ao Trabalho como garantia fundamental social

Na emergência de redefinições de conceitos e revisões para o Direito do Trabalho falar de *direito para o trabalho* constitui e equivale, como ensina Romagnoli (1998)<sup>63</sup>, propor que ao *direito ao trabalho* se restitua a possibilidade de ir mais além do *direito do trabalho*, porque a única forma de cidadania que este último podia prometer já não é compatível com a pluralização dos sistemas de vida e de trabalho que, por decorrência do processo tecnológico, e diante da versão financeira atual do capitalismo, distam anos luz daquilo sobre o qual se construiu historicamente a figura do contrato de trabalho subordinado. E dada à natureza imaterial do bem protegido, o reconhecimento do direito a trabalhar está destinado a aumentar a série dos indícios de relevância da pessoa do trabalhador na fase de administração da relação de trabalho.

O momento atual em que se desenvolvem as relações humanas exige sobremaneira a criação de regras que permitam além do reconhecimento da condição de cidadã a todo trabalhador, um acesso a esta condição com regras objetivas e definidas, e com satisfação

---

<sup>62</sup> “El Estado no puede permanecer impasible, no puede limitarse a consagrar derechos fundamentales inherentes a la dignidad de la persona y a adptar las medidas adecuadas para que tal es derechos queden garantizados y respetados. Há de realizar una acción decidida a fin de promover las condiciones para que la dignidad sea efectiva y remover cuantos obstáculos dificulten su plena realización. A través del sistema tributario, de actividad de fomento y hasta de servicios públicos, cuyo objeto sean prestaciones de cosas y servicios ineludibles para que queden garantizadas unas condiciones minimas de existência, que permitan vivir con dignidad” (**La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, p. 116).

<sup>63</sup> **Revista de Derecho Social**, nº 2, abril – junio 1998, pág. 14.

de condições objetivas de inclusão social e participação produtiva.<sup>64</sup>

Os direitos fundamentais acompanham a pessoa nas distintas facetas de sua vida incluindo a atividade de trabalho onde uma porção da vida, quase sempre mais duradoura e mais importante em qualidade e quantidade, se desenvolve no meio laboral ou se dedica direta ou indiretamente à atividade profissional<sup>65</sup>. Ressalta José Luiz Monereo Pérez (1996)<sup>66</sup> que emerge hoje uma necessidade de configurar um núcleo duro do antigo direito do trabalho como garantia geral. Para Piñero (2000)<sup>67</sup> será preciso criar uma norma supralegal de proteção que contemple direitos sociais, em nível global.

O processo de constitucionalização do Direito do Trabalho encontra sua marca distinta no papel dos direitos fundamentais e das liberdades públicas. Este papel encontra sua pertinência e representa significativa importância na ideia de se verem assegurados os princípios de liberdade e igualdade contratual, e na limitação dos antagonismos entre a subordinação ou dependência e hierarquia. Esta renovação nos sistemas constitucionais envolvendo o direito do trabalho encontra nos direitos fundamentais sociais os elementos estruturais para as relações contratuais e de trabalho, e que tem um papel e uma nova função sobre as polivalências dos contratos de trabalho na era da desregulação e da desestrutura produtiva, num sistema vigente e alheio às soberanias.

Constitui ainda este processo uma via natural de renovação da função tutelar do direito do trabalho ante as transformações do nosso tempo.

---

<sup>64</sup> Segundo Piñero, “El sistema público de Seguridad Social es un factor que incide positivamente frente a la exclusión social, por también de forma negativa en cuanto que tiene un efecto de exclusión respecto a los que no protege. De ahí la progresiva creación de subsistemas de protección social, en forma de ayuda, asistencia social o acción social, especialmente a través de los llamados ingresos o rentas mínimas de inserción que cumplen también una función de integración social, aunque con un cierto riesgo de ‘integración excluyente’, en el sentido de mantenimiento en situaciones de exclusión social” (2002, p. 8).

<sup>65</sup> Observa Martín Valverde que “de acordo com a construção da teoria alemã, hoje sedimentada como referencial no plano doutrinário espanhol, os direitos fundamentais não são só direitos de liberdade frente ao Poder Público, mas direitos de liberdade ou de ações exercitáveis em todos os âmbitos da vida social: em família, nas entidades associativas e corporativas e também no trabalho e na empresa”. *In*: Contrato de Trabajo e Derechos fundamentales, **Revista de Derecho Social**, nº 6, abril – junio 1999, nota nº 32.

<sup>66</sup> **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1996, p. 92/100.

<sup>67</sup> “Para evitar ventajas competitivas basadas en la explotación de los trabajadores, se há propuesto la inclusión de cláusula social en los tratados internacionales de comercio, aunque dicha cláusula tenga el riesgo de su utilización para fines proteccionistas o para marginar o excluir ciertas economías emergentes. A OIT tem a missão de criar um código internacional do trabalho com direitos mínimos de direitos laborais em escala global para que todo país tenha um regime de trabalho humano. “la globalización y el exceso de economicismo e individualismo que trae consigo, há acabado poniendo en peligro el mantenimiento de niveles satisfactorios de condiciones y de unos derechos sociales que los trabajadores habían llegado a conseguir” (Política, globalización y condiciones de trabajo. Madrid: **Revista Relaciones laborales**, n. 11, ano XVI, junio, 2000, p. 37).

A recepção pelos textos constitucionais de direitos laborais que não somente atribuem expectativas de omissão de interferências por parte dos poderes públicos, mas que também assinalam expectativas de prestações cuja satisfação pede o desenvolvimento de um programa sustentável de ações e de medidas políticas muda a tradicional morfologia dos direitos fundamentais (DAL-RÉ, 2003)<sup>68</sup>.

Acrescenta o Professor que “esta mudança gerou a progressão nos direitos fundamentais de meros direitos da liberdade para direitos da liberdade e direitos de prestações”, o que trouxe uma marca social em seu conteúdo que, por corolário, passou a exigir uma limitação no exercício do poder político impondo ao Estado o estabelecimento de pactos para a predeterminação de programas e objetivos insertos na ação política e jurídica voltadas à promoção de igualdade e de bem-estar dos cidadãos. Nesta mesma linha, Courtis e Abramovich (2002)<sup>69</sup> acrescentam que a faceta mais visível dos direitos econômicos, sociais e culturais são as obrigações de fazer pelas quais passaram a se denominar estes direitos como direitos de prestação.

A consideração do trabalhador como titular de direitos fundamentais tem proporcionado e está propiciando uma revisão crítica de conceitos e de postulados mais arraigados da estrutura juspositiva do direito fundamental e do direito do trabalho. A internacionalização do Direito do Trabalho se manifesta exclusivamente, ou quase apenas neste sentido, através das mudanças legislativas e das manifestações doutrinárias e jurisprudenciais, que através da invocação de princípios claros, leis, convênios coletivos, diretivas e regulamentos, disposições de convênios e tratados internacionais, assumem cada vez mais um papel de extrema evolução e importância.<sup>70</sup> Dado o seu efeito de imediação os direitos fundamentais vêm a modificar todo o ordenamento jurídico ao representar uma ordem valorativa objetiva, que vale para todos os âmbitos do direito e proporciona diretrizes e impulsos para legislação, a administração e a Justiça.

O Tribunal Constitucional Alemão tem interpretado o catálogo de direitos fundamentais como expressão de um sistema de valores que encontra seu ponto e elo

---

<sup>68</sup> *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: un ensayo de noción lógico-formal*. Madrid: **Revista Relaciones laborales**, n. 18, ano XIX, septiembre, 2003, p. 87.

<sup>69</sup> *In: Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Trotta, 2002, p. 25.

<sup>70</sup> Lembra Courtis e Abramovich, como importante ponto para estes aspectos de reformulações legislativas de cunho social, que o artigo 2.1 do Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adotado pela Assembléa Geral das Nações Unidas em sua Resolução 2.200, de dezembro de 1966, estabelece que “los Estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente por todos los médios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto”. *In: Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Trotta, 2002, p. 79.

central na proteção da dignidade humana e no livre desenvolvimento de sua personalidade no seio da comunidade social. Em seu aspecto positivo esta interpretação estabelece e preconiza a dimensão de que os direitos fundamentais sedimentam a exigência de “que o indivíduo possa desenvolver-se livre e dignamente na sociedade; que possa ter assegurado constitutivamente a possibilidade de exercer as liberdades jurídicas”, como assinala Beatriz González (2002)<sup>71</sup>. Constitui esta dimensão axiológica um elemento de extrema importância porque insere em sua essência um ponto de conexão com a faceta prestacional que é essencial a alguns direitos fundamentais de liberdade, dentre os quais destacaríamos o *direito a trabalhar* e a direito a ter *oportunidade igualitária* de inserção e permanência social pelo trabalho, objetivando o exercício da liberdade de usufruto das condições mínimas fundamentais de conteúdo social, asseguradas em todo ordenamento constitucional. Como sintetiza Umberto Romagnoli (1998)<sup>72</sup>, o *direito para o trabalho* que era uma inimaginável extravagância para o *direito do trabalho* assume agora uma proeminência que deixa certa a conexão entre *direito ao trabalho e permanência ou progressão social*, demonstrando uma essencialidade conjugação de dois interesses que envolve *trabalho e progressão social*, e que minimiza a separação entre o mundo da exclusão e o mundo dos processos produtivos.

No desenvolvimento do Estado constitucional democrático três categorias de direitos fundamentais responderiam a três tipos de demanda do indivíduo frente a este Estado em três fases históricas sucessivas, que apenas fortalecem esta compreensão da faceta prestacional de direitos fundamentais, e da indissociabilidade do *direito ao trabalho e da progressão social com limitações a dispensa* como direito de natureza fundamental. Num primeiro lugar estaria a categoria fundamental dos direitos de liberdade. Em segundo lugar os direitos de participação, expressão do princípio democrático e pressuposto de uma efetiva política. E em terceiro lugar os direitos prestacionais orientados a assegurar um nível mínimo de liberdades reais que garantam o desenvolvimento dos indivíduos e das coletividades que integram nas atuais condições sociais e econômicas mediante a intervenção estatal na prestação de serviços e na distribuição de bens. Estes direitos prestacionais apesar de se constituírem com uma estrutura técnica diferenciada não representam categorias excludentes ou contrapostas. Na verdade cada direito fundamental mostra uma faceta de liberdade, outra de participação e outra de prestação, uma vez que

---

<sup>71</sup> **El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales.** Universidad De Vigo: Civitas. 2002, p. 118.

<sup>72</sup> *In Revista de Derecho Social*, nº 2, abril – junio 1998, p. 15.

todos os direitos fundamentais podem ser examinados à luz de cada um dos princípios definidores de *Estado Social e Democrático de Direito* que caracteriza o desenvolvimento constitucional contemporâneo,

Para o direito ao trabalho, como ressalta Leonardo Wandelli (2009)<sup>73</sup>:

A tarefa que se impõe é a de recriar a capacidade da lei abrir espaços de reapropriação do trabalho subsumido pelo capital, embora jamais subsumido integralmente. O direito ao trabalho, nessa perspectiva, ainda que não signifique mais o mote do aprofundamento contínuo da relação salarial, que seria a via compulsiva da emancipação dos trabalhadores, pode ser agora um elemento central para a criação daqueles espaços, tanto no interior das relações de trabalho assalariado, quanto nas novas e crescentes formas de subsunção do trabalho material e imaterial. Bem assim, numa esfera mais ampla de reivindicação, mantém sua força globalmente interpeladora ante o processo de negação produzido pelo processo do capital: a necessidade radical do trabalho que reivindica o direito de relacionar trabalho e vida para além da específica forma capitalista.

As mudanças que se impuseram sobre o tecido social, em decorrência das alterações sobre o capitalismo especulativo, impõe a redefinição do conceito de *direito ao trabalho*. Esta redefinição perante a sociedade salarial é ressaltada por Antonio Baylos Grau (2004)<sup>74</sup>, quando sintetiza e remete a este direito na Constituição Espanhola. Para Baylos:

*El trabajo del que habla el art. 35 CE es en consecuencia el trabajo asalariado, a su vez elemento definitorio de una sociedad y de toda una civilización, lo que a su vez significa asignar un papel preponderante a las formaciones sociales que representan la subjetividade del trabajo. El reconocimiento del derecho social que lleva a cabo dicho artículo implica el enunciado de una ciudadanía cualificada por el trabajo que es desigual económica, social y culturalmente a través de su inserción en el circuito de la producción de bienes para el mercado a cambio de una remuneración, pero que tendencialmente ha de dirigirse hacia la progresiva nivelación de esa situación materialmente desigual.*

---

<sup>73</sup> *In: Direito ao Trabalho como Direito Humano e Fundamental*. Elementos para sua Fundamentação e Concretização. [Tese de Doutorado]. Universidade Federal do Paraná. 2009.

<sup>74</sup> El derecho al trabajo como derecho constitucional. *In: Revista Anamatra- Forense*, 2004, n., p. 24.



Repensar o direito ao trabalho desde uma perspectiva emancipatória e não restritamente funcional depende da visibilidade que também se imponha da vigência de trabalho como direito. E nesta dialética é necessário atentar para a mudança de contextos sem que isto represente necessariamente o abandono do modelo jurídico de proteção do emprego. O trabalho ainda é categoria central nas sociedades e sua feição assalariada empregatícia tem expressão também central dentro da nossa realidade. A existência de um mercado facetado e heterogêneo, com variações das formas múltiplas de trabalho e assalariamento impõe uma ressignificação de práticas e do conteúdo vigente nas relações empregatícias a fim de que o *direito ao trabalho* tenha uma compreensão não restrita a uma obrigação por parte dos trabalhadores que se submetem a condição própria pelo oferecimento da força de trabalho, mas é necessária uma prática onde se vislumbre o direito do trabalhador sobre o próprio trabalho. Onde este ao exercício da atividade trabalho seja dotado de um direito fundamental sobre a sua atividade. É preciso reconhecer juridicamente e recuperar dogmaticamente a tensão que aí se estabelece. Uma tensão que envolve o trabalho em relação à vida digna e a tensão da estrutura jurídica que envolve a compra e venda inerente ao contrato de trabalho.

### **3.3 A Colisão de Princípios Fundamentais**

Suplantada todas estas questões, outro ponto de essencial atenção ainda perdura na seara jurídica e jurisdicional, e que diz respeito à colisão de princípios constitucionais de idêntica natureza fundamental. Esta situação não pode trazer como resposta a opção pela exclusão total de qualquer um destes princípios. A incompatibilidade de ambos impõe ao *juízo de ponderação e aplicação do princípio da proporcionalidade* a cargo da atividade jurisdicional, e que em matéria social alusiva ao *trabalho* deve buscar a harmonização entre o princípio da moralidade e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana como valor supremo não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional. Esta transcendência do princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho nas questões de colisões entre direitos igualmente constitucionais de natureza fundamental deve nortear a opção da atividade jurisdicional, o que não significa uma opção de exclusão da outra garantia em colisão, mas apenas uma escolha na centralidade do pensamento com relevância social abrangente, nos termos pretendidos e

declarados pela própria Constituição. Como indica Dworkin (2002)<sup>75</sup>, há de se ter como incontestes a existência de princípios, de maior abrangência e importância que outros, para a solução das colisões principiológicas de natureza constitucional<sup>76</sup>. Esta perspectiva é de máxima observância porque não raras são as situações em que as deliberações dos órgãos judiciais que exercem o controle da constitucionalidade não são outra coisa que um reflexo de uma prévia relação de negociação política de posições, onde a distância entre argumentação, convencimento e negociação não é tão ampla quanto a ficção jurídica parece querer sempre crer. Em matéria social esta postura não consome tanta raridade essencialmente pela amplitude e reflexos que as matérias analisadas e decisões proferidas resultam alcançar. Ainda que não dotados de valor absoluto incondicional, os direitos fundamentais de trabalhadores devem ser submetidos ao juízo de proporcionalidade como o *princípio dos princípios*, o que corresponde a linha de pensamento que tem sintonia Willis Santiago Guerra Filho (1999).<sup>77</sup> Essas pontuações apenas sedimentam a conclusão e torna mais compreensível que a solução jurisdicional justa e correta no campo social vem albergada no princípio fundamental da dignidade humana, de cujo conteúdo não se pode atingir por qualquer que seja a limitação legal, judicial ou administrativa. Esse é o papel que se impõe a toda atividade que introduz ideias e avanços de justiça e legitimidade.

---

<sup>75</sup> *In Levando os direitos a sério* – Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42-43.

<sup>76</sup> Assevera Dworkin que “quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos por meio de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior; à regra promulgada mais recentemente; à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes. Porém não é qualquer princípio que pode ser invocado; caso contrário nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra nenhuma”. *In: Levando os direitos a sério* – Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42-43.

<sup>77</sup> Aduz Willis Santiago Guerra Filho que “para resolver o grande dilema de interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, preconiza-se o recurso a um princípio dos princípios, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma solução do compromisso, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo o(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu núcleo essencial. Esse princípio, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do Estado Democrático de Direito, pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos”. *In: Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 123.

Havendo colisão entre princípios e regras das quais advém limitações aos direitos fundamentais, é preciso atentar para a ponderação a fim de que a opção de aplicação da regra, ou do princípio, não resulte em situações com resultados incompatíveis e contraditórios. Nas relações de trabalho a colisão pode se dá entre direitos fundamentais ou laborais fundamentais, e entre os direitos de liberdade do empregador, ou mesmo podem acontecer ainda entre direitos fundamentais sociais e direitos de liberdade do trabalhador.

Haberle (2003)<sup>78</sup>, citado por Emilia Sako (2011)<sup>79</sup>, invoca o princípio da ponderação e a interpretação conjunta da Constituição para os casos de colisão entre direitos fundamentais, o que objetiva determinar os limites admissíveis para relativização de tais direitos, a partir da função social dos direitos fundamentais e sua significação para a vida social.

O princípio da ponderação tem uma dimensão ética e racional que contribui para a resolução de conflitos materializando a concretização do Direito e permitindo a adaptação da norma ao caso concreto. Sua pertinência também se apresenta nas questões de conflitos de direitos quando entram em colisão os direitos fundamentais do trabalhador e os direitos fundamentais dos empregadores. Para estes casos ressalta Emilia Sako<sup>80</sup>, que o:

Raciocínio judicial se desenvolve a partir da tríplice dimensão do princípio: 1) adequação da medida ao objetivo proposto - juízo de idoneidade; 2) necessidade da medida para alcançar o objetivo buscado, sem possibilidade de outra mais moderada com igual eficácia - juízo de necessidade; 3) ponderação da medida por resultar maiores benefícios ou vantagens para o interesse geral, que prejuízos para os bens ou valores em conflito - juízo de proporcionalidade em sentido estrito.

É um princípio que tem lastro na dignidade da pessoa humana e no valor *justiça*, e que ainda impõe limites aos comportamentos de arbitrariedade impedindo afronta sobre direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

Em todos os casos, porém, de colisão de direitos fundamentais é preciso a busca por um equilíbrio sem perder de vista a relação entre contratantes e a disciplina da

---

<sup>78</sup> Haberle Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Dykison, 2003, p. 40.

<sup>79</sup> *In: Direitos Fundamentais do Teletrabalhador*. [Tese de Doutorado]. Universidad Castilla La Mancha, Espanha, 2011.

<sup>80</sup> *In: Direitos Fundamentais do Teletrabalhador*. [Tese de Doutorado]. Universidad Castilla La Mancha, Espanha, 2011.

contratação. As relações de trabalho atendem a princípios estabelecidos pela norma constitucional e pela legislação laboral, onde se situam limitações aos poderes dos empregadores. Estes indicadores devem servir de guia para o contrato de trabalho e para afirmação das garantias fundamentais, buscando o reequilíbrio das relações de trabalho num contexto onde a função social do contrato assume centralidade pública colocando a pessoa humana no centro da ordem jurídica.

### **3.4 Exclusão Social e o *déficit* na efetividade de direitos sociais fundamentais**

O conceito de Estado Social, e uma definição precisa de sua essência, constitui elemento de dificuldade há longo tempo até porque a expressão já comportou utilização de forma diversificada, inclusive por regimes totalitários. Tal definição comporta uma amplitude de definições e conteúdos que tornam o conceito uma das questões mais desconcertantes em face da multivariada de acepções que se referem a elementos distintos, e que condensam leituras diversificadas e amplas da questão social. Esta definição de Estado Social hoje engloba uma dimensão de conteúdos que vão desde reivindicações laborais, passando pelo fomento à saúde, e inclui uma vertente de inclusão da família, do acesso à cultura e sociabilidade, do direito a educação e a uma formação profissional, até a tutela de garantias do patrimônio histórico e de preservação dos recursos naturais e do meio-ambiente.

Neste panorama assinala Claus Offe (1998)<sup>81</sup> que está em curso uma gigantesca reforma nas relações do cidadão com o governo, e que esta nova ordem social surge e advém de uma derrocada do Estado de bem estar social, que até então se constituía no grande provedor de serviços sociais para os cidadãos. A falência da atividade estatal no provimento e consecução de bens e serviços sociais, ante o apogeu de um liberalismo econômico sem regras e definições de padrões, mas vinculado a uma noção plena de *oportunidade* e *competitividade*, resultou na concepção de que a presença mínima do Estado passou a constituir o elo essencial da modernidade, o que gerou, por corolário, a retração de sua atividade gestora e promotora paralisando uma política de atividade para substituir-se em uma política reguladora. A expectativa por melhores serviços e melhores condições elementares para uma vida digna restou frustrada pelo novo papel regulador, e

---

<sup>81</sup> Conforme Thomas Traumann, *In: O Novo Poder*, **Revista Veja**, 08/04/98, pág. 11.

resvalou como resultado evidente o incremento da pobreza e da exclusão social. A redutibilidade estatal na execução de atividades através de políticas públicas de resultado na área social e do trabalho apenas sedimentou o universo cada vez mais crescente de excluídos e desassistidos, que se distanciam cada vez mais da possibilidade inclusiva de qualquer que seja o amparo estatal, uma vez que a marginalização a que foram submetidos pela onda liberal apenas os tornaram mais ultrapassados e esquecidos<sup>82</sup>.

Os tempos do pleno emprego associados ao período de hegemonia da acumulação fordista chegaram ao seu fim, e a inserção de cidadãos sem ocupação e sem trabalho configura hoje uma questão a ser respondida. A informalidade e a exclusão do trabalho tem trazido como dano social de consequência a evidência de insegurança e inexistência de qualquer renda, seja no ingresso ou no apogeu da idade e na superação da disposição para o trabalho. Em consequência vem restando disto tudo elementos assistenciais que reproduzem ineficiência e exclusão de necessidades vitais elementares. Este caráter assistencialista traz também como resultado uma regressão na manutenção de direitos sociais, ainda que historicamente conquistados, e plenamente atuais.

A igualdade dos cidadãos como princípio de garantia constitucional vem mostrando apenas um perfil de natureza jurídico-formal em face da dinâmica social e econômica vivenciada, que traz como resultado uma natural desigualdade em sentido macro e implicado. Esta nova ordem que tem características singulares geradoras de mudanças nas relações dos cidadãos com os governos, e que fez surgir uma nova concepção de Estado, trouxe por outro lado, ainda que pareça paradoxal e de difícil de compreensão, uma nova feição e preocupação para este mesmo Estado, que passou a assumir uma postura mais centrada da ação comunitária sobre a ação estatal e empresarial na busca do equilíbrio e da redução das tensões sociais. Resulta ainda deste processo um elevado grau de exigência da sociedade decorrente de conscientização e educação para a cidadania, o que ocasionou ainda no aparecimento de uma atividade estatal centrada na substituição da prevalência de interesses corporativos para uma hegemonia do interesse social, e que através da emergência de novos canais e redes de solidariedade social passaram a exigir a abertura de canais múltiplos de reivindicação com respostas e resultados para a inclusão e para a redução da miséria e do déficit social.

---

<sup>82</sup> Observa Marcus André de Melo “que a crise no mundo do trabalho não se expressa no desemprego crescente de massas de trabalhadores jovens, mas na precarização acentuada do emprego num quadro onde a globalização impõe desvantagens comparativas no plano econômico aos países”. *In: Crise no Mundo do Trabalho e Seguridade Social. Revista São Paulo em perspectivas*. Fundação Seade, volume 9, nº 4, p. 33.

Neste ponto, ao passo com que o Estado assumiu uma atividade reguladora substitutiva da feição promotora do Estado de bem estar social tradicional, lhe foi exigido um novo pacto social comprometido com a extirpação dos excessos de mercado, das burocracias perdulárias, e do controle sobre as empresas descompromissadas com a identificação e a ordem social, e que encontra na questão do trabalho e da promoção do emprego e da ocupação uma vertente de característica essencial e prioritária na busca da promoção do exercício de uma vida digna e de liberdade para condições mínimas de garantias socioeconômicas.

A precarização do trabalho afeta não só o conjunto de trabalhadores, mas reflete em todo o campo de participação social do *ser individuo trabalhador*. As condições sociais pela ausência de trabalho se deterioraram de maneira geral, mas a distribuição desigual do ônus da crise e das reformas penalizou particularmente os setores de menor renda. Para os que vivem a situação de desemprego por muito tempo não há somente a perda do trabalho e dos resultados que a eles se vinculam no *viver*. A inutilidade social pela ausência do trabalhar os desqualifica também no plano cívico e político. Nesse quadro a ausência e imposição de comportamentos jurídicos, de redefinição de conceitos, e de reapropriação sobre a proteção ao *trabalho* resulta na incapacidade de integração dos indivíduos na sociedade, e os programas sociais não passam de auxílios para *os novos pobres*.

E neste mundo de exclusão é falso pensar que hoje somente os menos qualificados estão sujeitos a esta situação. A nova pobreza difere da antiga fundamentalmente por sua origem. Trata-se de pessoas que pertenciam à vasta classe média, e que perderam seus empregos para a tecnologia ou para trabalhadores de países periféricos, sem que tenham tido sequer qualquer chance ou oportunidade para se reciclar profissionalmente, ou mesmo tentar se deslocar para os locais onde os novos postos de trabalho estavam surgindo. Ainda que em contingentes minoritários no universo de desempregados, a participação de qualificados neste cenário, nos últimos trinta anos, aumentou consideravelmente impulsionando para a subocupação os que detinham uma condição educacional e profissional diferenciada. Desaparece neste contexto a porção média da qualificação, onde se concentram muitas vezes profissionais liberais e dotados de autonomia, que são jogados para o subemprego, e aparece como resultado cada vez mais a inacessibilidade dos que não dispõem de qualquer formação educacional, técnica ou profissional. É a feição da dispare característica onde se concentra em posições antagônicas os detentores de alta qualificação e os meros operários de serviços da mão de obra elementar, hoje não raramente integrada pelos antigos liberais autônomos.

E estas reformas sociais ocorrem ainda num contexto de agravamento da situação social, seja em países da América Latina seja no continente Europeu, onde os determinantes fundamentais deste agravamento são a ausência de uma trajetória de crescimento sustentado, uma abertura comercial sem limites e uma desregulamentação, todos articulados sem estratégias claras de desenvolvimento<sup>83</sup>. Isto tudo repercute nos mercados de trabalho que historicamente são marcados por ocupações precárias e baixos rendimentos, insuficiente qualificação, e que passam a conviver com a permanência de um desemprego alto e prolongado.

A preocupação com uma política jurídica para o trabalho e para o emprego ressurgiu nesta feição da nova ordem como elemento prioritário para o Estado contemporâneo, e passa a conviver com todos os paradoxos que a descentralização econômica lhe impôs, dificultando o equilíbrio entre sobrevivência produtiva, econômica, e equilíbrio fiscal, versus estabilidade, inclusão e abrangência social.

Historicamente, o esforço para o aumento da produtividade era voltado para dentro das empresas pelo fato de que os agentes privados buscavam se posicionar em um ambiente competitivo, mas essencialmente restrito ao mercado doméstico. A ineficiência do Estado gerava ônus arcado por todas as empresas e, em consequência, pela população ao consumir produtos e serviços. Com a evolução dos blocos supranacionais e das inter-relações dos mercados, o custo estatal ganhou mais peso econômico e complexidade burocrática na estrutura de gastos das empresas, porque a concorrência passou a ocorrer entre regiões e nações.

Um novo investimento industrial é disputado por diferentes países, sendo que a estrutura de custos de cada um deles é determinante na decisão empresarial. A variação

---

<sup>83</sup> Oportuna neste panorama as observações de Emir Sader no tocante às políticas sociais no Brasil, no governo que assumiu desde 2002. Observa Sader que as políticas hoje evidenciadas não “seguem as propostas históricas do Partido dos Trabalhadores – PT - de universalização de direitos. São políticas assistenciais. Porém, sua escala, nunca conhecida no Brasil permite um processo de redistribuição de renda e de acesso a bens – de que da eletrificação rural é um exemplo claro - que dificilmente poderia ser reduzida a "assistencialismo". Longe de ser uma política revolucionária, que reverta estruturalmente a desigualdade brasileira - para o que seria necessário, entre tantas outras iniciativas, uma política sólida de emprego - ela revela como os governos anteriores nem sequer isso fizeram. Todo o discurso "social" do governo anterior de Fernando Henrique Cardoso, materializado no que se promoveram como as políticas levadas a cabo, durante oito anos, não impediram que o ex-presidente tenha ficado para a história e para a consciência popular como um governante dos ricos. O selo mais marcante do governo Fernando Henrique, do o ponto de vista social, foi o da acentuação da concentração de renda, pela retração das responsabilidades estatais na área social, pelos processos de privatização e de precarização das relações de trabalho. A permanência de Lula se volta a assim contra dois pilares do poder no mundo contemporâneo: o monopólio da palavra e o monopólio da riqueza. A consciência disso pode levar a um segundo governo com uma consciência social clara do projeto de que o Brasil precisa para superar o principal estigma herdado – a verdadeira "herança maldita" - superar as desigualdades, as exclusões e as injustiças sociais” In: **Jornal do Brasil**, edição de 27.08.2006.

tributária e fiscal entre nações traz influência direta nas operações de captação do capital produtivo e resvala como consequência a ampliação das desigualdades entre os blocos detentores de economia avançada, e aqueles que apenas se beneficiam em decorrência do fosso social criado pela mão-de-obra barata, distante de qualquer possibilidade educacional e de qualificação, e inserida apenas por questões de volume produtivo.

Neste contexto outra característica também se apresenta de forma curiosa e acentuada e que diz respeito à seletividade da produção em face dos postos de trabalho. Não raro se verifica que ao incremento da produção nenhuma tendência de crescimento se opera nos níveis de ocupação e emprego, já que apenas determinados segmentos e setores passaram a sofrer o aumento deste crescimento produtivo e através de uma postura com execução do trabalho de forma específica e mais especializada, e, conseqüentemente, mais reducionista e distante do grande contingente dos que precisam de trabalho. Esta constatação trouxe como desafio que impera a questão da inserção no mercado de trabalho não só para as novas gerações e para os que migraram do campo para as cidades, como para aquele universo de trabalhadores superados, ultrapassados, discriminados por questões de idade e pela superação de sua qualificação, e que não dispõem de qualquer possibilidade de inserção por afastamento natural a qualquer sistema de qualificação profissional, não raramente inexistente.

Todo este espectro social faz com que a questão *do direito ao trabalho* e da reconsideração de elementos de *proteção jurídica à dispensa imotivada* se imponha. No Estado Democrático de Direito onde a Constituição reconhece não somente a existência como a proeminência da dignidade da pessoa humana, mas eleva esta ideia a valor supremo da ordem jurídica vigente, já não se comporta uma supervalorização e preponderância única da economia e da premissa da concorrência que condicionam e limitam a atuação do Estado, deixando o trabalhador à margem para uma atuação solitária, individual e sem perspectivas nas cruciais leis de mercado<sup>84</sup>. Entender o direito ao trabalho e sua extensão à proteção jurídica à dispensa imotivada consiste na compreensão de que tal processo contempla *trabalho* num conceito universalizado que compreende indivíduo, ser, norma e vida. A inoperância jurídica decorrente da atividade legislativa já não serve para

---

<sup>84</sup> Assevera Dal-Ré que “há uma falta de sincronia jurídica no reconhecimento e desfrute dos direitos de liberdade que aos trabalhadores corresponde quanto atuam no âmbito da sociedade como mero cidadãos, e no âmbito das organizações produtivas quando adicionam sua condição de *homo laboratorum*. Ao trabalhador o que lhe é conferido na veste de cidadão não raramente lhe é negado na veste de cidadão trabalhador”. In: Los Derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio. Relaciones Laborales. **Revista Crítica de Teoría y Práctica**, nº 20, año XIX, octubre 2003, p. 1.



justificar a permanência de uma inércia sobre a dicotomia fato/valor/norma. A experiência tem demonstrado que nem sempre as iniciativas reformadoras das garantias protetoras, conquistadas ao longo de uma história de lutas e de conquista de espaço da classe trabalhadora, tiveram resultado positivo. As modificações legislativas operadas para a adoção do trabalho a tempo parcial, da redução substancial de jornadas de trabalho, e de programas de incentivo à aposentadoria antecipada não foram suficientes e tiveram resultado incipiente para respostas à questão da distribuição, da permanência e da criação de novos postos de trabalho. Muito mais do que iniciativas que ressaltam a existência de vícios e de uma dependência social que não geram avanços, urge sejam adotadas a partir do que o próprio Direito já preconiza uma política jurídica de preservação do acesso e da permanência para o trabalho com incentivos para a sua consecução e afirmação. No campo legislativo não se consuma um avanço da questão que contenha premissa de mandamento e imposição. Na época em que as agendas políticas, culturais e econômicas centram seus esforços numa constante busca por afirmativas de reconhecimento igualitário e de tratamento digno para os cidadãos, o *direito ao trabalho e à proteção jurídica à dispensa imotivada* tem dialética implicada.

Os direitos sociais hoje assegurados por disposição legal e constitucional resultaram de lutas e conquistas por maiores espaços de liberdade e dignidade, e tem por função afastar as condições de desigualdade entre os indivíduos, geradoras das mais amplas diversidades sociais.

O termo *exclusão* tem hoje uma acepção que inclui significados diversos de pobreza, marginalização, miserabilidade e inacessibilidade. No plano contemporâneo, também é sinônimo de alienação causada pela estratificação social que afasta as pessoas do sistema tradicional de classes, formando uma espécie de *infraclasse*<sup>85</sup>. O *déficit* e inexistência de concretização de direitos sociais fundamentais leva a um processo de segregação e de não inclusão, que afeta pessoas ou grupos que sofrem por uma situação imposta criando uma massa de apartados e marginalizados sociais. Exclusão social é um conceito dinâmico e multidimensional que atinge indivíduos e grupos banidos do intercambio social. Esses excluídos, além de não disporem de meios materiais e oportunidades semelhantes aos demais, são afetados em grau elevado por diversos tipos de carência, especialmente, em sentido econômico quando se encontram à margem de qualquer atividade geradora de condições mínima de sobrevivência.

---

<sup>85</sup> In: Relaciones Laborales, **Revista Crítica de Teoría y Práctica**, mayo, 2002, p. 2.

As sociedades atuais da era informacional apresentam um quadro significativo de desigualdades territoriais e pessoais, gerando uma pluralidade social, que resulta num problema estrutural com significativas preocupações na ordem econômica e social de governos e de organismos internacionais. A desigualdade dos que estão dentro e fora do sistema social e laboral é fator de preocupação e de sucessivos embates e debates no plano público, onde a exclusão social advinda das carências não atendidas nem solucionadas decorrem da negação de direitos sociais elementares como trabalho, educação, cultura, proteção, assistência social e sanitária, falta de oportunidades vitais, com visibilidade mais ampla e abrangente no quarto mundo, e tem como causas principais a falta de oportunidade para o trabalho e a precarização através do trabalho desregrado e excludente. Segundo Piñero (2002)<sup>86</sup>:

Lo preocupante es que la exclusión social no es un fenómeno personal, individual, como la vieja pobreza, sino un proceso estructural, que afecta a grupos sociales, que está en expansión, que deja fuera de la participación el la sociedad a ciudadanos y que tiene una causación multidimensional.

Esta situação imperante sobre as classes menos favorecidas não tem sido objeto de melhoria e de implemento através de políticas sociais e jurídicas de resultado, apesar da imensa quantidade de leis sociais regulando garantias mínimas de dignidade da pessoa humana e de proteção ao seu viver, sendo exemplo básico as disposições sobre limitação de jornada de trabalho, pagamento de um salário mínimo capaz de atender necessidade vitais simplificadas, concessão de férias anuais, além dos auxílios previdenciários, dentre tantas outras estipulações legais. Esta normatização, entretanto, em matéria social não tem contribuído significativamente para que as pessoas saiam da sua condição de miséria e de pobreza extrema. Os direitos sociais, tidos como fundamentais ao exercício da cidadania e da plena liberdade, através de uma digna garantia do *viver* não têm sido realizados seja pelo Estado seja pela sociedade, e também pelo próprio Judiciário. Apesar de constar de catálogos expressos, não tem esta base fundamental de garantias sociais conferido uma proteção mais efetiva e real para a estrutura social vigente, o que provoca inclusive um distanciamento entre sociedade, lei e poderes constituídos.

A Constituição assegura direitos sociais fundamentais, assim como as normas

---

<sup>86</sup> In: Relaciones Laborales, **Revista Crítica de Teoría y Práctica**, mayo, 2002, p. 2.

infraconstitucionais, que estipulam direitos subjetivos, obrigando a elaboração de programas e políticas que assegurem objetivamente estas disposições legais proclamadoras do que se tem, pelo menos conceitualmente, como direito conferido. Todavia, uma vez que não são vinculantes em sua maioria, e por conter apenas enunciados programáticos, e desprovidos de sanção, permanecem ainda hoje na mais pura abstração. Não fundamentam direitos e deveres definitivos, servindo tão somente como um argumento, quase sempre de natureza sociopolítica, em favor dos menos favorecidos. Se o Estado e a sociedade não têm alcançado o objetivo de realizar a justiça social, resta ainda aos que depositam esperanças o alcance de tais garantias pelo avanço de posicionamento doutrinário nas ciências jurídicas e na atividade jurisdicional, cuja revisão não vem acompanhando o processo evolutivo social. Loewenstein<sup>87</sup> afirma que são direitos sociais típicos o *direito ao trabalho*, a proteção em caso de desemprego, salário mínimo, número máximo de horas de trabalho, direito a formar sindicatos, habitação adequada, acesso à educação, dentre outros, o que evidencia a proeminência do direito a trabalhar como fator de proteção e participação social através das garantias que este possibilita a uma vida com recursos de sobrevivência e dignidade social extensivo ao seio familiar.

Na Era da informação a sociedade se transformou, se reinventou e mantém um constante avanço em tecnologia, mas retrocedeu na afirmação de direitos e na evolução destes direitos no campo social, porque a cada dia estes são menos efetivados e sujeitos ao plano de discussão política como elementos que estancam o processo de modernização através de conceitos dotados de interesses mercadológicos e de circulação financeira. O trabalhador de outrora, além de perder ou se distanciar do acesso ao seu posto de trabalho, convive com o trabalhador contemporâneo que ainda não encontrou a sua própria identificação laboral. Perde-se, também, nesta esfera dos sem fronteiras, qualquer elemento de referência geográfica, seja no plano regional, nacional ou internacional, que gerou, por corolário, um trabalhador nunca antes sujeito a tanta desproteção. O desenvolver do *trabalhar* se realiza de forma precária, com requisitos de isolamento coletivo e sem qualquer apoio para o seu desenvolvimento sócio – pessoal - profissional, além de limitações que se estendem ao círculo social que o trabalhador integra junto com o familiar. A superposição do tempo de trabalho sobre o tempo livre, o trabalho em conexão, o trabalho domiciliar, e a redução do tempo de descanso são indicativos também de menor segurança laboral. É possível afirmar que, dentre todos, os principais *déficits* em direito

---

<sup>87</sup> In: *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, p. 401

social estão na falta de trabalho e no trabalho precário, o que se agrava com a ausência de posturas jurídicas e jurisdicionais de efetividade e resultado. As pressões geradas na própria dimensão profissional, a falta de integração social, e a falta de trabalho geram a desvinculação e a separação socioeconômica, fenômeno mundial que vem acompanhado de desigualdade e exclusão. Como acentua Juan José Gils (2001)<sup>88</sup>:

*Él estrés se presenta con una de las principales preocupaciones para los trabajadores. Existe un amplio rango de consecuencias negativas provocadas por un exceso de estrés, que van desde la fatiga crónica hasta la depresión, pasando por el insomnio, ansiedad, migrañas, úlceras estomacales, alergias, desórdenes dermatológicos, lumbago, ataques de reuma, abuso del alcohol y del tabaco, y que incluso pueden culminar en problemas más graves como ataques de corazón accidentales o incluso suicídios.*

O desemprego, o trabalho precário e a falta de adequação dos postos de trabalho colocam em risco a segurança e a saúde do trabalhador, aumentando e resultando no processo de elevação da delinquência. Por outro aspecto, as cobranças e pressões pela produção acentuam a sobrecarga de trabalho. Aliado a este detalhe a falta de interação com outros indivíduos e com a sociedade, com o trabalho incerto, invariável, de pouco significado e reconhecimento, a falta de formação e preparação adequadas, são alguns fatores que levam também a degeneração social cada vez mais ampla e abrangente.

Neste ambiente e parâmetro social, o direito ao trabalho, à saúde e segurança, e a um salário para condições mínimas vitais, são considerados fundamentais e universais, mas não encontram a devida garantia jurídica pertinente. Na falta deste e na omissão dele, é preciso buscar novas alternativas de afirmação e consolidação através das revisões doutrinárias e jurisprudenciais, o que se consolida através da aplicação das disposições constitucionais que obrigam e tornam inegociáveis estes direitos sociais fundamentais prescritos. Como ensina Maria Emilia Casas Baamonde (2004)<sup>89</sup>, o papel da jurisprudência é fundamental diante da indeterminação dos enunciados dos direitos fundamentais e dos juízos de ponderação quando se encontra em discussão a prevalência entre um direito fundamental e outro de mesma essência constitucional.

A exclusão social pela falta de trabalho ou pelo trabalho precário é um processo,

---

<sup>88</sup> In: **Perspectiva Internacional del teletrabajo. Nuevas formas de trabajo en la sociedad de la información.** Madrid : Colección informes y estudios, serie empleo, n. 16, 2001, p. 21.

<sup>89</sup> In: Relaciones Laborales, **Revista Crítica de Teoría y Práctica**, nº 11, ano XX, junio 2004, p. 53.

que como tal precisa ser também conhecido e pensado no campo de ação ativa dos Tribunais. Os governos se empenham e propagam construções ideológicas baseadas em promessas para conseguir empregos na ultrapassada ideia da estabilidade e em premissas de melhor qualidade, reforçando uma dialética irreal e introduzindo falácias e limitações acerca de garantias nos contratos sob o pálio da duração indefinida, e com argumentos sobre melhor qualidade do emprego e de tarefas, com adaptação não só das estruturas legais, como também dos trabalhadores e suas competências. Entretanto não é esta a constatação no campo das articulações que priorizam a efetividade de políticas para o trabalho com a fixação de parcerias sociais, incluídas as questões envolvendo o investimento público social no campo da geração de autonomia pelo trabalho e pela qualificação dimensionada numa economia repleta de características produtivas.

As Constituições formulam direitos a prestações em sentido amplo, e a legislação infraconstitucional especifica esses direitos, que muitas vezes somente são realizados pela ação dos Tribunais, cuja característica ainda é dotada de eficácia restrita e de preconceitos legalistas para um avanço com resultados práticos. A norma fundamental, que serve de ponto de apoio e inspiração para a realização de direitos, é um instrumento a serviço da jurisdição, e que pode e deve conferir proteção especial ao homem concretizando e realizando uma justiça social emergencial.<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup> “La globalización y el exceso de economicismo e individualismo que trae consigo, há acabado poniendo en peligro el mantenimiento de niveles satisfactorios de condiciones de trabajo y más genéricamente de unos derechos sociales que, no sin grande esfuerzos y luchas, los trabajadores habían llegado a conseguir, con el riesgo de que economías más libres y más florecientes generen sociedades menos liberadas de la pobreza y de la marginalización (...). “En los sectores productivos privatizados se han introducido más aceleradamente los cambios en las formas de contratación, se reducido con más intensidad los niveles de empleo, y se han cuestionado o revisado a la baja términos y condiciones de empleo logrados por un fuerte poder sindical que se há reducido sensiblemente al someterse las empresas privatizadas a la lógica del mercado y de la competitividad. La creciente competencia económica y el relativo condicionamiento internacional de los mercados de trabajo y de los sistemas nacionales de relaciones de trabajo puede provocar una tendencia a la baja de las normas laborales, de modo que los sistemas nacionales de Derecho de Trabajo y de protección social converjan, en una tendencia común, a rebajar la cuantía de los salarios, sobre todo de los trabajadores menos cualificados, a reducir las cuotas de la Seguridad Social con al consiguiente reducción de niveles de protección, a eliminar normativa laboral, especialmente en lo que se refiere a la estabilidad en el empleo, y a favorecer nuevos sectores económicos con débil implantación sindical”. (Relaciones Laborales, **Revista Crítica de Teoría y Práctica**, nº 11, ano XX, junio 2004, p. 67-68.

## 4 O DIREITO AO TRABALHO E A PROTEÇÃO JURÍDICA CONTRA A DISPENSA IMOTIVADA

### 4.1 O Direito ao Trabalho no ordenamento jurídico brasileiro

A caracterização da estrutura normativa do direito fundamental ao trabalho no plano jurídico do sistema constitucional brasileiro é de amplitude e complexidade, e tem sido objeto das mais variadas vertentes interpretativas, havendo proeminência de abstração sem aplicabilidade de efeito jurídico sobre as relações de trabalho em seu plano macro. Sua inserção, ainda que na condição de garantia fundamental, não ecoa no plano de afirmação perante o direito do trabalho, e não tem sido objeto de amplitude conceitual e de referencial dogmático sobre as problematizações jurídicas deste ramo das ciências jurídicas. Adotar uma abordagem em aspectos essenciais constitui objetivo desta etapa de investigação, o que tem sua estreita vinculação com os objetivos de se permear potencialidades de sua concretização e efetividade dogmática no atual contexto jurídico brasileiro, ultimando posteriores desenvolvimentos para novas posturas jurídicas e jurisdicionais.

Como primeiro passo, é importante referenciar a distinção entre o *direito fundamental ao trabalho* e o *direito fundamental do trabalho* materializado através das conquistas de direitos sociais, alçados ao plano constitucional. Enquanto o direito do trabalho se apoia em normas constitucionais e infraconstitucionais através do padrão de regulamentação das relações assalariadas e de proteção sobre aqueles que vivem do trabalho, consolidando objetivos estabelecidos e fixados na própria Constituição, o *direito fundamental ao trabalho* é parte de um desses conteúdos de garantias jusfundamentais, porém mais amplo e diversificado, o que inclui a obrigação imposta ao Estado de promover um complexo de normas que regulamentem e protejam a relação de emprego. Neste último o titular do direito pode ser, em tese, qualquer pessoa ou cidadão, integrante ou não de uma relação de trabalho em sentido amplo, enquanto o primeiro tem como titular apenas os trabalhadores essencialmente submetidos às relações de emprego. Compreender esta distinção é de essencial importância diante da constatação de amplitude da garantia fundamental do *direito ao trabalho*, o que condensa perspectivas de seu manuseio a partir da própria disposição constitucional, e que preconiza o *direito de trabalhar* e o *direito a trabalhar*, bem como a liberdade de ambos perante a figura do empregado e empregador.

Tem o direito ao trabalho, nesta linha, vertentes diversificadas e que contemplam a permissividade jurídica para trabalhar livremente, para decidir se quer trabalhar, para a escolha ou não de trabalhar vinculando tudo a uma premissa que vincula também antropologicamente o homem enquanto ser social. Noutra ponto dispomos ainda da vertente do *direito ao trabalho* como direito de ter acesso ao trabalho, a uma ocupação e participação socioeconômica, e a permanecer nesta condição sem que desapareçam as possibilidades de retorno. É nesta última vertente que se materializa e tem proeminência o regramento jurídico inerente ao direito do trabalho materializado na proteção jurídica contra a dispensa imotivada, e que tem centralidade nas perspectivas de redefinição de conceitos e posturas jurídicas e jurisdicionais buscadas nesta tese. Objetivada de forma elementar estas distinções, a exploração das disposições constitucionais, sobre o direito ao trabalho, se apresenta com essencialidade para tais fins.

A Constituição Federal, no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, preceitua em seu artigo 6º que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o **trabalho**, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Sedimenta, assim, a Constituição, de forma expressa, a garantia do *direito ao trabalho* não comportando qualquer dúvida sobre sua existência e sua condição fundamental, não obstante seja premente e permaneça o problema que ainda reside quanto ao conteúdo e a estrutura deste direito, a dimensão de sua eficácia e a sua aplicação ou consenso no campo doutrinário e jurisprudencial. Embora se constate que dispõe a Constituição brasileira de um campo normativo prevalecendo o valor do trabalho na ordem social e econômica, cumpre ainda sejam implementadas e desenvolvidas estas premissas fundamentais para o *direito ao trabalho* a partir do próprio texto constitucional e em termos normativos. Para tanto imprescindível a reconstrução da fundamentação deste direito tendo o trabalho como condição vital e fonte de valor, e como caminho indispensável de participação, reconhecimento e identificação social. A todas estas dimensões se reporta a Constituição brasileira estabelecendo uma força jurídica de valor social, e que junto com a livre iniciativa é fundamento da República inserto no artigo 1º, IV na mesma dimensão que a dignidade humana preconizada no artigo 1º, III.

Estes mesmos valores ainda são encontrados no caput do artigo 170, do texto constitucional, que estabelece os princípios da ordem econômica com valorização do trabalho humano e dos ditames da justiça social, e no artigo 193, que estabelece para a ordem social o primado do trabalho e a justiça social como bases. São, entretanto, valores

em constante tensão e objeto de extremada contradição, já que sob o regime do capitalismo os critérios de rentabilidade na feição mercadológica subvertem a dignidade humana pela permanência do capital, estabelecendo um distanciamento considerável entre a ordem jurídico-econômica preconizada na Constituição e aquela ditada na ordem dos fatos pelo mercado, o que exige sobremaneira um incremento da intervenção jurídica para que se reafirmem e se consolidem tais valores no plano social.

Compõe ainda, no plano constitucional, o catálogo de princípios normativos que valorizam a proteção ao trabalho, e estabelecem dimensão ampla do *direito ao trabalho*, a função social da propriedade, a redução das desigualdades regionais e sociais, e a busca do pleno emprego, preconizados nos incisos do artigo 170, bem como as disposições do artigo 3º que estabelecem os objetivos da República, e todos os direitos sociais fundamentais, individuais e coletivos, previstos nos artigos 7º a 11º, e no artigo 10, do ADCT, merecendo especial deferência o caput do artigo 7º, que estabelece o princípio da progressão social dos trabalhadores. Sobre todos estes valores, e onde se situam os maiores conflitos e tensões da ordem econômica, imprescindível reconhecer que se impõe a preservação da dignidade do trabalho sobre a livre iniciativa, evitando-se o esfacelamento e a negligência sobre o rol de garantias fundamentais através de um silêncio que impera sobre doutrina e jurisprudência em termos de desenvolvimento conceitual do direito ao trabalho, e de cuja lacuna não se tem visto a mesma celeridade que se impõe em relação às demais garantias fundamentais.

#### **4.2 A Proteção Jurídica contra a Dispensa Imotivada no ordenamento jurídico brasileiro: sua existência e sua construção no processo de elaboração da Constituição Federal**

Embora com previsão na Constituição Federal, no artigo 7º, inciso I, a proteção jurídica contra a dispensa imotivada tem se constituído ao longo de mais de duas décadas em elemento jurídico inexistente no campo do Direito Constitucional e do Direito do Trabalho. O processo histórico desde a promulgação da Constituição Federal em 1988 demonstra que os avanços se deram de forma restrita e sem qualquer eficácia substancial, não obstante tenha a prescrição constitucional texto claro e afirmativo conferindo como Direito “a proteção jurídica contra a dispensa imotivada”. Coube a doutrina e a jurisprudência, entretanto, o papel de ampliar todos os efeitos restritivos sobre a declaração constitucional mencionada, ainda que o vácuo legislativo propositado fizesse referência a



uma regulamentação de aspectos que jamais inviabilizaram o Direito declarado, cuja exegese e essência de negação não se efetivou como elemento criado pela Constituição Brasileira. Em verdade, incorporou o ordenamento constitucional em 1988 uma garantia cujo processo histórico integra a evolução da sociedade de trabalho ao longo de sua própria história, e que já fora objeto de análise nesta tese desde a proeminência dos documentos históricos essenciais à humanidade, e em plena vigência.

O próprio processo histórico de construção da garantia incorporada pela Constituição Federal, em todas as fases do processo constituinte e que resultou na Carta de 1988, demonstra ao longo de todas as discussões, sugestões e emendas, a circunstância de afirmação da garantia e de sua existência autônoma, estabelecendo a distinção do que foi proclamado como *direito* do papel que foi destinado à *lei*, e demonstrando a autossuficiência de existência da *proteção jurídica contra a dispensa imotivada* como garantia plena de conteúdo jurídico intercambiável com todo o ordenamento jurídico brasileiro, seja com base na eficiência de documentos históricos vigentes, seja também pelo entrelaçamento com a teoria geral do direito, e especificamente com a teoria do abuso do direito.

A análise e o levantamento dos documentos históricos e dos anais da Constituinte de 1988 demonstram que a construção do artigo 7º, I, da Constituição Federal foi objeto de exaustiva abordagem em aspectos ampliativos e restritivos, porém direcionados de forma uníssona para a essência do direito previsto. Ainda que num contexto de centenas de sugestões o elo de abordagem tenha tido como foco a *garantia da estabilidade no emprego*, em absoluta confusão inicial com a *proteção contra a dispensa imotivada*, deteve o processo constituinte elementos de discussão e coerência com a garantia objeto de discussão nesta tese, e que em sugestões concretas e discussões respaldadas em torno da garantia fundamental do *direito ao trabalho*, estabeleceram o nexa jurídico de vedação sobre o ato de dispensa injustificado. Entre tantos argumentos jurídicos apresentados ainda na fase das sugestões é relevante destacar que desde tal fase o processo constituinte incorporou o que efetivamente seria o dispositivo constitucional, não se contaminando com os desvios de foco na discussão e na confusão entre os institutos jurídicos da *estabilidade* e o objeto de proteção materializado na *dispensa injustificada*. As sugestões<sup>91</sup> abaixo destacadas demonstram este elo inicial do processo constituinte e são referenciais para

---

<sup>91</sup> Dados extraídos de todo o levantamento histórico sobre o artigo 7º, I, da Constituição Federal, nos **Anais da Constituinte de 1988**. Panorama de Funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte. Seção de Publicação e Documentos. Câmara dos Deputados. Brasília/DF. Setembro 2013.

demonstrar que não havia sobre a garantia do artigo 7º, I, dúvidas de sua essência e conteúdo:

**Título:**

SUGESTÃO: 06768 DT REC:06/05/87

**Autor:**

RONAN TITO (PMDB/MG)

**Texto:**

SUGERE SEJA GARANTIDA AOS TRABALHADORES A SEGURANÇA NO EMPREGO E SEJA PROIBIDA A DISPENSA SEM JUSTA CAUSA.

**Título:**

SUGESTÃO: 00701 DT REC: 10/04/87

**Autor:**

DOMINGOS LEONELLI (PMDB/BA)

**Texto:**

SUGERE SEJA ASSEGURADO O DIREITO AO TRABALHO A TODOS OS CIDADÃOS BRASILEIROS; QUE O EMPREGO SEJA CONSIDERADO BEM ESSENCIAL À VIDA DO TRABALHADOR E QUE NINGUÉM O PERCA SEM CAUSA JUSTIFICADA; E QUE A LEI ESTABELEÇA A FORMA PELA QUAL PODERÁ SER RESCINDIDO O CONTRATO DE TRABALHO ASSEGURADO AO EMPREGADO O DIREITO DE PERMANECER NO EMPREGO OU A JUSTA E PRÉVIA INDENIZAÇÃO EM DINHEIRO.

O processo de discussão para consolidação da garantia contra a dispensa imotivada teve avanço em fases subsequentes da Constituinte, e foi incorporado em sucessivos debates e sugestões de redação chegando a obter declaração expressa de que eram assegurados aos trabalhadores “*a garantia do direito ao trabalho mediante relação de emprego estável*”. Nesta fase ainda surgiram ressalvas sobre as justificativas legais autorizadas das dispensas por parte dos empregadores, o que obteve inclusive a coerência de uma validação do ato mediante aferição judicial para que fossem evitados os abusos e os atos simulados. Sem uma clara posição ainda na formatação do texto constitucional, estas redações foram sugeridas para o artigo 2º, da Constituição Federal, e assim vieram dispostas, com os destaques que assinalamos no texto no que especificamente é importante para esta tese:

### **FASE F**

**Art. 2º-** São assegurados aos trabalhadores urbanos, rurais e aos servidores públicos, federais, estaduais e municipais, os seguintes direitos, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

**I - garantia do direito ao trabalho mediante relação de emprego estável**, ressalvados:

- a) contrato a termo;
- b) ocorrência de falta grave comprovada judicialmente;
- c) prazos definidos em contratos de experiência, atendidas as peculiaridades do trabalho a ser executado;
- d) superveniência de fato econômico intransponível, técnico ou de infortúnio da empresa, sujeito a comprovação judicial.

**Art. 2º-** São assegurados aos trabalhadores urbanos e rurais, e aos servidores públicos, federais, estaduais, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, os seguintes direitos, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

**I - Garantia do direito ao trabalho mediante relação de emprego estável**, ressalvados:

- a) ocorrência de falta grave comprovada judicialmente;
- b) contrato a termo, não superior a 2 (dois) anos, nos casos de transitoriedade dos serviços ou da atividade da empresa;
- c) prazos definidos em contratos de experiência, não superiores a 90 (noventa) dias, atendidas as peculiaridades do trabalho a ser executado;
- d) superveniência de fato econômico intransponível, técnico ou de infortúnio da empresa, sujeito a comprovação judicial, sob pena de reintegração ou indenização, a critério do empregado;

O surgimento das ressalvas inseridas nas alíneas “d” de ambas as sugestões de redação consolida a efetiva garantia da proteção contra a dispensa imotivada sem confundir-la com o instituto da estabilidade, e destaca a eficiência de proteção e consagração do direito ao trabalho com a contrapartida de preservação da função social da propriedade através de um tratamento igualitário. Respeita e confere aos empregadores a garantia legal da rescisão contratual justificada, preservando os motivos que evitem qualquer ruína econômica ou signifiquem a necessidade de readequação e permanência do próprio negócio. Este processo de elaboração da Constituição teve avanço até a sugestão da própria redação do artigo 7º, da Carta Magna, o que se sucedeu com as subseqüentes redações inicialmente apresentadas para integrar o artigo 6º, e posteriormente já inseridas no artigo 7º, como destacamos:

**SEGUNDO SUBSTITUTIVO DO RELATOR.**

**Art. 6º** - Além de outros, são direitos dos trabalhadores:

**I** - garantia de emprego, protegido contra despedida imotivada, assim entendida a que não se fundar em:

- a) contrato a termo, nas condições e prazos da lei;
- b) falta grave, assim conceituada em lei;
- c) justa causa, fundada em fato econômico intransponível, tecnológico ou em infortúnio na empresa, de acordo com critérios estabelecidos na legislação do trabalho;

**EM PLENÁRIO**

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

**I** - garantia de emprego, protegido contra despedida imotivada, assim entendida a que não se fundar em:

- a) contrato a termo, nas condições e prazos da lei;
- b) falta grave, assim conceituada em lei;
- c) justa causa, baseada em fato econômico intransponível, fato tecnológico ou infortúnio da empresa, de acordo com critérios estabelecidos na legislação do trabalho;

Em todo o processo é importante situar que a discussão envolvendo a garantia e proteção contra a dispensa imotivada sempre esteve atrelada aos seus fundamentos jurídicos primários, o que inclusive foi objeto dos esclarecimentos nas justificativas apresentadas com as emendas sugeridas. Tanto no campo da teoria do abuso do direito quanto nos conteúdos insertos em convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT, as emendas apresentadas para a redação do dispositivo constitucional estabelecem o nexo de afirmação e existência da garantia de forma autônoma, e registram inclusive sua origem e coerência com a Convenção nº 158, da OIT.

Em toda circunstância, e mais especificamente no que interessa para esta investigação/tese, a autonomia e conteúdo legal do que se prescreveu constitucionalmente como proteção contra despedida arbitrária ou sem motivação não foi objeto que comportou dúvidas no seu processo histórico de elaboração, e nem contemplou, no campo do Direito que aqui é central, qualquer elemento que indicasse senão sua existência plena e eficaz. Todos os elementos jurídicos de sua elaboração direcionam para a configuração de uma abusividade no ato de dispensa injustificada, o que demonstra que os atos abusivos, excessivos ou arbitrários não estariam a depender de qualquer regulamentação ou delimitação em lei complementar para que fossem enquadrados pela ciência jurídica laboral. Este comportamento foi alinhado em todo o processo inicial constituinte, não apenas para o segmento das empresas privadas, mas inclusive como elemento aplicável

para o campo das empresas públicas e sociedades de economia mista. As justificativas apresentadas sobre as emendas que destacamos consolidam e ressaltam a compreensão do que aqui afirmamos:

**EMENDA: 00063**

APRESENTAÇÃO: 18-05-1987 - **REJEITADA**

FASE B: EMENDA AO ANTEPROJETO DO RELATOR DA SUBCOMISSÃO

AUTOR – PMDB-PR - MAURÍCIO NASSER

**JUSTIFICATIVA**

O abuso do poder econômico não ocorre, tão somente, no caso do art. 160, inciso V, da atual Constituição, mas também se tipifica no caso de diretores, presidentes de empresas públicas ou de economia mista, quando da demissão, sem justa causa, de funcionários. A título de qualquer racionalização de trabalho, inúmeros funcionários são despedidos, sem que contra si conste qualquer fato ou ato que o desabone. O mesmo ocorre na iniciativa privada, quando os primeiros indícios de uma crise econômica, antes de sua efetivação, ocorre verdadeira inflação inercial com a dispensa de trabalhadores por uma crise de setor que há de vir. A proteção do FGTS, cujos recursos são manipulados pelo governo, conforme suas necessidades e conveniências, já nada mais para o trabalhador. É previsto que se tenha uma conscientização maior na área dos governantes públicos, no sentido de que a função pública é temporária, enquanto que o funcionário que trabalha em empresas públicas o faz, também, como seu co-proprietário, porque é do seu labor que saem os recursos que permitem o funcionamento das empresas. Da mesma forma, aquele que garante os lucros na época de bonança, tem o direito de ser protegido na época de crise, não ficando à mercê de um capitalismo feroz, sem entranhas. O trabalhador tem direito à proteção da estabilidade no emprego admitindo-se a dispensa por justa causa, desde que devidamente comprovada, sob pena de readmissão. O objetivo maior da estabilidade é evitar a rotatividade no emprego e os saques seguidos no FGTS, quando em crise econômica.

**EMENDA: 00787**

APRESENTAÇÃO: 01-06-1987 – **REJEITADA**

FASE E: EMENDA AO ANTEPROJETO DO RELATOR DA COMISSÃO

AUTOR – PFL – ES - STÉLIO DIAS

**JUSTIFICATIVA**

Dá-se guarida, deste modo, ao princípio consagrado na Convenção 158, da OIT, consoante o qual se deve proibir a despedida arbitrária, não fundada em razão social relevante, baldando-se, porém, a ideia de estabilidade, incomparável com a flexibilidade exigida pelas normas de natureza trabalhista.

Se no processo de discussão, até a elaboração e construção de uma redação para o dispositivo, as emendas oferecidas já contemplavam em suas justificativas todas as razões de existência autônoma e autossuficiência da *garantia contra a dispensa imotivada*, as fases subsequentes de apresentação de emendas ao anteprojeto e ao próprio projeto já elaborado da Constituição de 1988 só reforçaram para o instituto suas bases de existência perante o mundo do Direito, e insistiram nos argumentos que extraíram o casuísmo da redação final consolidada.

Estas emendas buscavam para a redação constitucional a equação já disponível na ciência jurídica laboral, cuja base central envolve as garantias destinadas a categoria trabalho e a sua proeminência em sociedade. Ressaltaram a contraposição ao livre arbítrio do empregador o que encontrou sintonia com os limites sobre o poder diretivo. Noutro aspecto, buscaram nesta fase, de forma coerente, tentar resguardar a proteção ao trabalho e a proteção contra a dispensa injustificada conjugando-a com o instituto da estabilidade, o que inclusive apresentou a crítica sobre a unicidade do regime fundiário como único elemento subsistente de compensação econômica. Neste campo de registro destacamos:

**EMENDA: 04091**

APRESENTAÇÃO: 02-07-1987 - **APROVADA**

FASE M: EMENDAS (1P) AO PROJETO DE CONSTITUIÇÃO

AUTOR – PFL - PE - RICARDO FIUZA

TEXTO EMENDA MODIFICATIVA

DISPOSITIVO EMENDADO: ART. 13, caput, INCISO I.

O art.14, Caput, inciso I e alíneas do projeto da Comissão de Sistematização, passam a ter a seguinte redação:

"Art. 13 .....

I - garantia do direito ao trabalho mediante proteção da lei contra dispensa arbitrária."

**JUSTIFICATIVA**

A polêmica sobre a estabilidade de emprego deve ser superada através de fórmula intermediária que permita a justa composição entre a pretensão dos trabalhadores de estabilidade e a exigência do empregador de absoluta disponibilidade da mão-de-obra.

A forma intermediária é a prevista pela Convenção N° 158, da Organização Internacional do Trabalho que, sem impedir a dispensa do trabalhador, estabelece uma disciplina capaz de ordenar a ruptura do contrato de trabalho como um procedimento que confere certas garantias ao trabalho. Exemplifique-se com a conveniência da obrigatoriedade de um plano de dispensas coletivas determinadas por causas econômicas, a ordem preferencial de dispensas de modo a resguardar os trabalhadores mais idosos com maiores encargos familiares etc, medidas que a lei ordinária deve especificar e que não devem ser resolvidas em nível da Constituição.

Daí a fórmula que proporciona essa solução, como a proposta, deixando-se para o legislador ordinário a decisão sobre a amplitude da proteção.

**EMENDA: 20955**

APRESENTAÇÃO: 28-08-1987 – **REJEITADA**

FASE O: EMENDAS (ES) AO PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DO RELATOR

AUTOR PMDB - SC - NELSON WEDEKIN

TEXTO

Dê-se ao inciso I do artigo 7º do Substitutivo do Relator a seguinte redação:

Art. 7º .....

I \_ Estabilidade no emprego após cinco anos de vigência do contrato de trabalho.

**JUSTIFICATIVA**

A finalidade da presente emenda é instituir as bases constitucionais para as bases constitucionais para a integração do instituto jurídico trabalhista da estabilidade num sistema legal harmônico, em que seja assegurada ao trabalhador a posse jurídica do emprego, após o decurso de um prazo de cinco anos.

Trata-se de corrigir a deplorável situação a que foi relegado o trabalhador brasileiro a partir da criação do sistema do FGTS, em 1966, quando praticamente foi feita tabula rasa árduas conquistas do movimento trabalhista em prol de um mínimo de garantia de manutenção do emprego, como se fonte única de assistência à sua família.

Com efeito, ao representar renúncia tácita à estabilidade segundo entendimento quase unânime da doutrina e da jurisprudência a introdução do FGTS marcou o ato de maior violência perpetrado pelo regime pós-64 contra direitos do trabalhador, que foi recolocado, segundo o jurista Mozart Russomano, “na posição instável de mero acessório da empresa, podendo ser dispensado a qualquer momento, segundo o livre arbítrio do empresário”.

Ora, a tônica da evolução do Direito do Trabalho aponta no sentido da superação definitiva da concepção tradicional de subordinação do trabalhador aos caprichos do empresário, a partir da re-conceituação da empresa como “comunidade de trabalho”, orientada não mais pelo sentido de produção como lucro ou poder, mas de produção “como serviço, operando a integração do trabalhador e do empregador, como representantes de grupos sociais não mais contrapostos e sim unidos numa mesma atividade, dirigida ao bem comum de toda sociedade” no preciso dizer do Prof. Sebastião Machado Filho.

Ao suprimir a estabilidade do trabalhador, o FGTS consagrou rompendo destarte com a linha de evolução do Direito do Trabalho a dissociação entre trabalhador e o empresário, gerando condições propícias ao surgimento de tensões sociais, com efeitos radicalmente contrários aos objetivos então alegados em favor da criação do Fundo.

Cabe ressaltar que a ideia de FGTS em si, como instrumento de “estabilidade econômica” do trabalhador, não merece qualquer reparo. O que tornou intolerável para as classes trabalhadoras foi o fato de, sob o manto enganoso da “opção“, ter sido na prática eliminada a garantia do emprego conquistado pelo trabalhador durante várias décadas de sofrimento e luta.

Urge, portanto, inscrever na nova Carta magna novo preceito claro e insofismável, que venha a resgatar para o trabalhador seu direito básico à manutenção do emprego, eis que só assim se poderá alcançar a almejada

integração do trabalhador à vida e ao desenvolvimento da empresa como organismo social. É necessário, para isso, conciliar o interesse da empresa com o organismo social, com o interesse social que representa a fixação de um regime de segurança para o trabalhador, e como o objetivo de dignificação da pessoa humana no respeito aos seus direitos fundamentais.

A fórmula sugerida contempla a competitividade e a simultaneidade dos dois sistemas, reduzindo-se para 10 para 5 anos o tempo de serviço necessário à aquisição do direito a estabilidade. Tal opção nos parece mais realista, além de evitar a insustentável situação vigente no sistema de estabilidade aos 10 anos, no qual o trabalhador mantinha até nove anos de expectativa, até se ver lançado na situação de desempregado em idade que lhe impunha condição desfavorável de competição no mercado de trabalho.

Importante registrar que embora nesta fase os institutos de proteção ao trabalho e contra a dispensa aleatória tenham se juntado ao instituto da estabilidade, todos os argumentos direcionam para a proteção contra a dispensa arbitrária ou injustificada, e até no plano da estabilidade vieram sedimentados no argumento de ter o trabalhador uma disponibilidade jurídica sobre seu emprego. As emendas que destacamos ressurgem como resgate da discussão de incoerência do regime do FGTS como única garantia atribuída ao trabalhador nos atos das dispensas aleatórias, e que ao longo de toda a existência da Constituição Federal, promulgada desde 1988, não teve a existência secundária e transitória que lhe foi atribuída no tocante à indenização prevista pelo artigo 10, I, do ADCT, mas assumiu o papel principal e condutor limitativo e impeditivo do exercício da garantia fundamental do direito ao trabalho e da proteção jurídica contra a dispensa imotivada.

Criou o sistema do FGTS uma pretensa estabilidade de traço econômico, e não uma garantia jurídica e social nos moldes dos princípios estabelecidos pela Constituição para a manutenção do emprego, não oferecendo, ainda, qualquer respaldo para a proteção sobre os mais velhos, que uma vez despedidos sempre encontram maiores dificuldades no retorno ao mercado de trabalho diante inclusive de uma dilatação do tempo de formação e estudo disponibilizado aos mais jovens, e que se encontram na disputa para o ingresso no mesmo mundo do trabalho. Trouxe ainda o regime fundiário uma sistemática de disponibilidade absoluta do contrato de emprego para o empregador, uma vez que a indenização suportada assumiu a centralidade do eixo de legalidade da dispensa não obstante outros fatores jurídicos de abusividade e arbitrariedade possam estar envolvidos.



Esse elemento ainda contemplou a característica da rotatividade de mão de obra num sistema de compensação meramente econômica. Como ressalta Maria Madalena Telesca<sup>92</sup>:

O regime do FGTS foi instituído com a finalidade indisfarçável de acabar com a estabilidade no emprego, e numa perspectiva de justificativa que anula a importância do trabalho para o indivíduo senão sob uma justificativa econômica de que ao empregado ficaria assegurada uma estabilidade econômica pela total e continuada compensação do seu tempo de serviço.

Ainda que extensivo todo o processo de discussão da garantia do emprego no plano de elaboração da Constituição, e mesmo considerando que os institutos da estabilidade e da proteção contra a dispensa imotivada possuem essência distinta, os debates no plano jurídico centraram o norte traçado pelas garantias e princípios fundamentais insertos no texto constitucional, e se distanciaram na elaboração da redação final apenas pela existência e superveniência de um conteúdo político que não se confundiu em absoluto com o elemento jurídico pretendido, elaborado e discutido.

Por este conteúdo político, imprescindível registrar a atuação dos grupos de pressão e de embates que possibilitam a compreensão da dualidade e da linha divisória que se estabelece para a ciência jurídica e para a avaliação política. A Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 foi marcada pela presença e atuação de blocos suprapartidários, destacando-se como mais relevante o que veio a ser conhecido como *Centrão*, que não se constituiu com a característica de grupo com intenções e atuações despretensiosas, mas decorreu de um processo político, histórico e institucional no campo de definições de atuações e demarcação de áreas de lideranças para o novo ambiente do Legislativo. O *Centrão* teve como marco a insatisfação com a concentração de poderes atribuídos à comissão de sistematização da Assembleia Nacional Constituinte, cuja composição tinha preponderância oriunda dos maiores partidos que integravam o processo constituinte. Ressalta o Professor Amauri Mascaro Nascimento<sup>93</sup> que:

---

<sup>92</sup> In: **Revista da Associação Latino-Americana de Juizes do Trabalho**, número 9, abril 2013, p. 25.

<sup>93</sup> In: **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 8.

O corporativismo está expresso na organização do Poder Legislativo, com a presença, no processo de elaboração legislativa, ao lado da representação política, da representação profissional e econômica, de modo a acrescentar na Câmara dos Deputados, além dos representantes eleitos por sufrágio universal, os deputados classistas, representado as forças produtivas, o capital e o trabalho.

Sara Regina Munhoz<sup>94</sup>, em estudo específico sobre a atuação do *Centrão*, estabelece o dia 03 de dezembro de 1987 como a oficialização de sua existência, e o faz com base num acontecimento histórico quando parlamentares se juntaram e votaram a favor da alteração do Regimento Interno da Assembleia, mencionando o fato de que o bloco reunido não atuou de maneira homogênea ao longo de todas as votações da Constituinte. Registra Munhoz que:

O *Centrão* conseguiu reunir assinaturas de 290 constituintes naquela que o Jornal Estado de São Paulo considerou a sessão mais tumultuada da história do Congresso Nacional (Estado de São Paulo, 04/12/1987). Como uma das principais propostas de alteração do *Centrão*, estava uma importante inversão: para que um texto destacado fosse mantido, seria necessária a formação de uma maioria absoluta.

O *Centrão* surgia e se rebelava contra os poderes e a concentração deste na Comissão de Sistematização, e não apenas em relação às comissões temáticas como também em relação às votações em plenário.<sup>95</sup>

Registra Ricardo Corrêa Coelho<sup>96</sup> que:

---

<sup>94</sup> *In*: A atuação do “Centrão” na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988: dilemas e contradições. **Revista Política Hoje**, Vol. 20, n. 1, 2011, p. 363/364.

<sup>95</sup> A Constituinte se organizou em oito comissões temáticas subdivididas em vinte e quatro subcomissões que deveriam promover as reuniões de discussões das propostas de seus membros e disponibilizarem espaços para manifestações públicas, mas desde meados de 1987 inúmeros constituintes já se posicionavam contra a sistemática de elaboração da Constituição. Para muitos as subcomissões teriam um trabalho teatral enquanto os relatores das comissões, controlados pelo partido majoritário, teriam o poder concentrado de alterações. Pelo Regimento Interno, as atividades da chamada comissão de sistematização eram organizadas para a elaboração de um texto concentrado advindo das propostas setoriais das comissões, e que apenas posteriormente seria levado ao plenário para as discussões. Neste ponto residia o descontentamento com a forma organizacional, já que em plenário o texto concentrado apresentado enfrentaria dificuldades para alterações.

<sup>96</sup> *In*: **Partidos Políticos, Maiorias Parlamentares e Tomada de Decisão na Constituinte**. [Tese de Doutorado em Ciência Política] – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 1999, citado por MUNHOZ, Sara Regina. *In*: A atuação do “Centrão” na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988: dilemas e contradições. **Revista Política Hoje**, Vol. 20, n. 1, 2011, p. 354.

O PMDB e o PFL tinham 431 constituintes, o que representava 77,10% da Assembleia Nacional Constituinte, estando os demais partidos considerados mais à esquerda - como o PT, PCB, PCdoB e PSB - com apenas 26 representantes. O PMDB, por exemplo, procurou comandar a área econômica, a área de definição do governo e a social. O PDS demonstrou maior interesse na questão da propriedade dos meios de produção, e os três partidos de orientação trabalhista (PT, PDT, PTB) privilegiaram as comissões e subcomissões da área social em detrimento do ordenamento político-territorial.

Para muitos que integraram o grupo suprapartidário um dos argumentos principais de contrariedade à composição da comissão de sistematização, e que provocou o interesse na mudança do regimento interno, era de que havia na Assembleia Nacional Constituinte uma imposição por uma minoria que pretendia aprovar propostas sem qualquer interferência ou poder de intercessão por uma maioria concentrada no plenário. Acrescenta ainda Ricardo Corrêa Coelho, no mesmo estudo que resultou na Tese de Doutorado mencionada, que:

A composição da comissão de sistematização não divergia muito da Assembleia como um todo em seu perfil político e partidário. Entretanto, os peemedebistas escolhidos pelo partido para compô-la eram de uma ala ideológica mais à esquerda. Entre os 49 peemedebistas da comissão de sistematização, 12 (ou seja, 24,49%) se rebelaram contra a liderança do partido e contra o sentido impresso ao Projeto de Constituição resultante das votações da Comissão, assinando o Projeto de Resolução *Centrão*. No plenário, a proporção de peemedebistas a fazê-lo foi bem maior (43,46%), o que mostra que os peemedebistas com assento na Comissão de Sistematização não eram tão representativos do PMDB na Assembleia.<sup>97</sup>

O *Centrão* provocou imensas reações e foi responsável pela elaboração de consensos e embates que ditaram a política ao longo de toda a existência da Constituição Federal de 1988, o que decorreu de uma atuação cujos posicionamentos trouxeram reflexos no contexto jurídico/constitucional do País. O projeto de Bernardo Cabral foi muito

---

<sup>97</sup> Registra Sandra Regina Munhoz que apesar de uma participação muito grande, em números absolutos, dos peemedebistas no *Centrão*, menos da metade de sua bancada votou com o bloco. PDS, PFL e PTB foram os partidos com maior participação percentual, o que nos permite compreender aqueles discursos de oposição ao *Centrão* que o acusavam de conservador ou antidemocrático. Os partidos com maior adesão, como mostram dados, eram aqueles com ligação mais estreita com o regime político dos militares. *In: A atuação do “Centrão” na Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988: dilemas e contradições. Revista Política Hoje*, Vol. 20, n. 1, 2011, p. 367/368.

criticado tanto no meio político pelos parlamentares quanto pela imprensa e por grupos distintos de atuação no processo, e enfrentou como um dos maiores problemas a extensão do texto constitucional apresentado, que contava com 501 artigos, e foi considerado incompatível para um modelo de Constituição. Além deste aspecto estrutural, o projeto recebeu críticas em face de posições sobre temas polêmicos envolvendo o sistema de governo, o mandato presidencial e a reforma agrária, resultando num agravamento das discussões no plano interno na Assembleia Constituinte, e que levou parlamentares de partidos distintos a se manifestarem e se associarem no interesse por mudanças regimentais. Entre tantas manifestações os integrantes do bloco *Centrão* pretenderam a diminuição do poder nas mãos dos relatores, o que foi assinalado como uma forma de controle sobre as tendências e comportamentos “esquerdistas”.

A extensão da Carta, que embora tenha sido bastante alterada depois da mudança regimental apresentada pelo *Centrão*, ainda é uma das principais críticas à chamada Constituição Cidadã. Entre tantos aspectos se destacam a existência de um excesso de políticas dependentes de consolidação e sedimentadas através de garantias e de direitos futuros marcados por um processo de incertezas, havendo ainda incompatibilidade entre os elementos históricos e políticos vivenciados à época onde uma demanda social se apresentava após longo lapso de ausências envolvendo direitos civis e políticos. Em relação ao direito trabalhista as propostas também sofreram com a atuação do *Centrão*, havendo discrepância na atuação do partido majoritário integrante da Assembleia Constituinte, que num percentual de 60% foi contrário às propostas em plenário, enquanto apenas 45% de sua composição se comportaram da mesma forma que os membros do PMDB que participavam da supercomissão.<sup>98</sup>

Florestan Fernandes<sup>99</sup> registra que a maior derrota imposta pelo bloco do *Centrão* com a mudança regimental se deu para o próprio PMDB. Para o deputado constituinte:

A esquerda já prevê em seu próprio embasamento teórico e ideológico que o parlamento não é um reduto de grandes transformações, mas de embate político das classes dominantes. A esquerda não vai à Assembleia Nacional Constituinte para fazer a *revolução social*, mas para garantir alguns direitos e liberdades políticas que a burguesia cede em troca da manutenção da ordem capitalista. Sendo assim, uma vitória conservadora não se apresenta como uma grande surpresa à esquerda e nem tampouco a

---

<sup>98</sup> Dados extraídos de MUNHOZ, Sara Regina, *In* A atuação do “Centrão” na Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988: dilemas e contradições. **Revista Política Hoje**, Vol. 20, n. 1, 2011, p. 365/366.

<sup>99</sup> *In*: **A Constituição Inacabada**. São Paulo: Estação Liberdade, 1989, p. 191.

deslegitima frente ao eleitorado, pois ninguém espera milagres de sua ação política.

Numa linha de atuação que era defendida uma maior igualdade entre parlamentares no processo de elaboração da Constituição, o *Centrão* é definido por Maria Dalva Kinzo<sup>100</sup>, como o “*partido* mais governista, mais conservador, menos democrático, menos nacionalista e entre os menos posicionados contra o sistema financeiro”, e assumiu uma identidade de grupo conservador e retrógrado, responsável por não ter conferido à Constituição avanços com significada importância, o que pôde ser perceptível na comparação do primeiro projeto apresentado pela comissão de sistematização e a Constituição final promulgada, quando um universo de garantias foi suprimido ou minimizado em perspectivas de direito futuro. Para o grupo de oposição ao *Centrão* o resultado final do texto constitucional apresentou elementos de maior desigualdade para o povo brasileiro, e numa perspectiva de análise isolada que interessa a investigação desta tese foi perceptível esta constatação quando aferimos as sugestões, emendas e propostas que aqui ressaltamos, e os elementos conclusivos do texto final em relação a todo o processo de discussão e construção do artigo 7º, I, da Constituição Federal. Não há congruência dos elementos jurídicos postos e discutidos envolvendo a proteção jurídica contra a dispensa imotivada com o resultado final redigido, o que se consumou com a atuação do grupo suprapartidário na defesa de interesses corporativos.

A própria identidade política e ideológica de um grupo significativo do *Centrão* demonstra a relação com grupos de interesse ou pressão, como assinala Sara Regina Munhoz<sup>101</sup>:

Dados recolhidos nos revelam ligações entre alguns parlamentares do *Centrão* e grupos de interesse como a UDR (União Democrática Ruralista). Na região Centro-Oeste, por exemplo, oito dos trinta e dois membros do *Centrão* foram, assumidamente, apoiados pela UDR em suas campanhas. Cruzando os dados recolhidos em minha própria pesquisa e pesquisas sobre a UDR na Constituinte, percebemos que 26 candidatos a constituintes apenas no Centro-Oeste (Goiás e Mato Grosso do Sul) tiveram apoio em suas campanhas da UDR, ainda que nem todos tenham vencido as eleições de 1986. A entidade tinha grande poder e mesmo a

---

<sup>100</sup> KINZO, Maria Dalva Gil. “O Quadro Partidário e a Constituinte”. In: Bolívar Lamounier (org.). De Geisel a Collor: O Balanço da Transição. São Paulo, 1990, IDESP, p.105-134.

<sup>101</sup> In: A atuação do “Centrão” na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988: dilemas e contradições. Revista Política Hoje, Vol. 20, n. 1, 2011, p. 377.

mídia a reconhecia como um dos mais poderosos grupos lobistas da época.

Os opositores do *Centrão* se concentraram nos partidos de esquerda e nas atuações dos sindicatos e da Central Única de Trabalhadores – CUT, que denunciaram a atuação do grupo em defesa dos interesses do capital e de conglomerados de empresas nacionais e estrangeiras, de interesses dos ruralistas e contra um Estado com atuação marcante, num período da história econômica e política que marcou o final da década de 80 como um momento de mudanças e disputas numa tendência mundial para um Estado de bem-estar social e o apogeu do neoliberalismo. Para Florestan Fernandes<sup>102</sup> “o *Centrão* foi um conglomerado de políticos unidos pelos interesses do capital e pela necessidade que eles impõem na defesa da ordem existente”.

Em todo o processo constituinte restou evidente a proclamação do direito ao trabalho como garantia fundamental intrinsecamente vinculado com a proteção jurídica contra a dispensa imotivada, não restando dúvidas que as exceções reportadas para posterior regulamentação em nada obstam, no plano jurídico, o enquadramento dos atos como atos jurídicos passíveis de correção e revisão, seja por sua abusividade, excesso ou mesmo ilegalidade, seja como esteio em princípios da ordem constitucional ou no plano da teoria geral do direito.

Esgotaram-se inclusive neste campo os elementos de definição dos meios legislativos de regulamentação, o que foi delineado em emendas que realçaram o conteúdo político do resultado redigido que impingia toda ordem de dificuldade em quóruns de votação exigidos no que seria etapa de regulamentação futura, e que destacamos para registrar a linha que divide no plano de elaboração da Constituição a ciência jurídica da convicção e atuação meramente política:

EMENDA: 00013  
APRESENTAÇÃO: 07-07-1988 – REJEITADA  
FASE U: EMENDAS (2T) AO PROJETO 'B'  
AUTOR PMDA – RN ISMAEL WANDERLEY  
TEXTO  
Suprima-  
se a expressão "complementar", do inciso I, do Art. 7o., do Texto.

---

<sup>102</sup> In: **A Constituição Inacabada**. São Paulo: Estação Liberdade, 1989, p. 191-192.

**JUSTIFICATIVA**

Entendemos que a relação de emprego deve ser protegida contra despedida arbitrária ou sem motivação (justa causa). O texto todavia, não afasta, inexoravelmente, a despedida arbitrária, ao revés, chega a admiti-la, situação mediante à qual se concede, ao trabalhador, indenização compensatória, o que na verdade, não inibe aquela. Além disso, a questão, sendo remetida à Lei Complementar – cuja aprovação depende de maioria absoluta nas duas casas congressuais – haverá de encontrar, pois, mais obstáculos, ao contrário do fosse a despedida arbitrária disciplinada por Lei Ordinária. Portanto, entendemos que a proteção contra a despedida arbitrária deva ser tratada por Lei Ordinária, o que, ainda, não implica a plena satisfação dos desejos do trabalhador brasileiro que quer, decerto, é a nulidade da dispensa imotivada, consoante prevê a convenção nº 158, da OIT, ao invés de sua conversão em indenização compensatória.

**EMENDA: 01198**

APRESENTAÇÃO: 11-07-1988 – **REJEITADA**

FASE U: EMENDAS (2T) AO PROJETO 'B'

**AUTOR** – PSDB – DF - POMPEU DE SOUZA

**TEXTO:**

Suprimam-se do Art. 7o., inciso I, as expressões "complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos".

**JUSTIFICATIVA** O assunto apresenta um grau de complexidade social – tanto do ponto de vista do trabalhador quanto do da empresa - que se agrava em função, não apenas da mutabilidade, frequentemente veloz, no processo das relações de emprego, mas também da diversidade de situações decorrentes das condições de trabalho, variáveis, não só entre as diversas categorias profissionais e suas múltiplas formas de atividade, mas igualmente, e muito, em razão da diversidade de situações regionais num país da extensão e variedade de características existenciais do Brasil, que, nesse, sentido, apresenta, às vezes, o caráter de um verdadeiro arquipélago social. Cumpre, pois, que a solução de um problema de tal complexidade - tanto no tempo quanto no espaço social brasileiro - não se revista constitucionalmente da rigidez de dispositivo tão imobilizadamente especificizante e casuístico. Deve-se dar ao seu disciplinamento legislativo um tratamento constitucional tão genérico que permita uma flexibilização o mais dinâmica e permanentemente atualizável possível. Daí, a absoluta conveniência de não se especificar, no próprio texto constitucional, nenhuma forma de medida compensatória nos casos de despedida arbitrária do emprego, ainda mais em face da elástica (mas constitucionalmente inócua) previsão contida na frase "dentre outros direitos"; deixando-se a regulamentação da matéria para o campo da legislação ordinária, bem mais susceptível, que a própria lei complementar, de pormenorização - aqui, sim, necessariamente casuística - em função da diversidade de situações, e de flexibilização e dinamismo, nas suas possíveis alterações ao longo do tempo.

**EMENDA: 01331**

APRESENTAÇÃO: 11-07-1988 **REJEITADA**

FASEU: EMENDAS (2T) AO PROJETO 'B'

**AUTOR** – PT – SP - LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

**TEXTO:**

Suprima-se, no inciso I do artigo 7º, “a”, expressão “nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”, ficando referido inciso assim redigido:

“I – relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa”;

JUSTIFICATIVA:

Trata-se de emenda supressiva destinada a assegurar a efetiva proteção da relação de emprego e a retirar do texto constitucional a absurda possibilidade de se relevar a arbitrariedade da demissão com uma simples indenização.

A regra inserta no artigo 7º, I, da Constituição Federal, nomina garantia de direito social afirmativa e inter-relacionada com direito fundamental previsto no próprio corpo constitucional, e teve sua elaboração respaldada em argumentos e construção teórica jurídica dotada de autonomia inquestionável para o direito que declara. Os desvios políticos da redação final não alteram a eficiência da essência normativa e da proteção conferida, e não prescrevem argumentos impeditivos da subsistência e existência da *proteção jurídica contra a dispensa imotivada* já que o enunciado, por si só, é dotado de existência no mundo jurídico, o que resulta e constitui aferição decorrente de todo um arcabouço teórico e histórico aqui registrado, incompatível com a formatação e interpretação jurídica vigente de invalidação de um Direito implicado com norma fundamental.



## **5 A PROTEÇÃO JURÍDICA CONTRA A DISPENSA IMOTIVADA EM FACE DO ABUSO DO DIREITO E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE JUSTIÇA SOCIAL**

### **5.1 O Abuso do direito e o contrato de trabalho: situando a dispensa imotivada na teoria do abuso do direito**

Tanto quanto para os demais ramos do Direito, é preciso entender que para o Direito do Trabalho são habituais, amplas e irrestritas as condutas que demonstram haver excesso no exercício de um direito, e abuso no exercício do *Direito*. Situando o objeto desta investigação/tese, cuja essência vincula uma ruptura sobre a inércia do artigo 7º, I, da Constituição Federal, este capítulo incorpora a discussão sobre novos comportamentos e possibilidades jurídicas de eficácia sobre a proteção jurídica contra a dispensa imotivada, a partir do seu intercâmbio com a Teoria do Abuso do Direito, tendo como marco teórico a obra de Louis Josserand<sup>103</sup>, e com a afirmação e implicação dos princípios de Justiça Social insertos na Carta constitucional. Para tanto, essencial uma elaboração dos conceitos e delimitações do abuso do direito no plano da relação de emprego, bem como os caminhos que entrelaçam este abuso nos atos das dispensas e rupturas dos contratos de trabalho.

Para o Direito do Trabalho esta abordagem incrementa importância na medida em que se ampliam as situações e discussões sobre um processo de flexibilização de normas trabalhistas, priorizando-se uma autonomia privada e um comportamento social individualista no campo laboral, em detrimento do caráter público e imperativo da legislação sobre o trabalho. Registra Edilton Meireles<sup>104</sup> que:

Com a flexibilização, se não ocorre uma desregulamentação das relações de emprego, há um verdadeiro retorno ao primeiro estágio do direito do trabalho, ao menos parcialmente, pois com ela os sujeitos contratantes readquirem uma parcela da autonomia privada suprimida em grande parte pela legislação protetora. A ampliação do campo de atuação da autonomia privada, porém, traz à tona toda discussão a respeito do abuso do direito. Amplia-se, assim, a possibilidade do abuso do direito no direito do trabalho.

---

<sup>103</sup> **De L'esprit Des Droits et de Leur Relativité** – Théorie dite de l'abus des droits. Paris: Dalloz, 2006.

<sup>104</sup> *In: Abuso do Direito na Relação de Emprego*. São Paulo: Ltr, 2005, p. 19.

Ensina Josserand<sup>105</sup> “que cada direito tem seu espírito, seu objeto e sua finalidade, e quem quer que intente apartá-lo de sua missão social comete uma falta delituosa, ou quase delituosa, um abuso do direito susceptível de comprometer, dado o caso, sua responsabilidade”. A expressão *abuso do direito* é aquela em que um ato comporta tecnicamente ao mesmo tempo um direito subjetivo, porém contrário ao direito objetivo em face das regras sociais obrigatórias. E quando se fala em abuso do direito se quer mencionar o uso ilegítimo de uma faculdade jurídica, não se confundindo *direito* com o seu *exercício*. O direito, como evidencia Edilton Meireles<sup>106</sup>, “é a faculdade ou atribuição conferida a um titular, enquanto o segundo é o modo pelo qual se exercita essa faculdade ou atribuição.” É preciso distinguir que o abuso ocorre no exercício, o que encerra qualquer menção a uma possível contradição no termo *abuso do direito*.

A doutrina subjetiva classifica o abuso do direito apenas em situação onde houver a intenção de prejudicar terceiros. Para os que se vinculam a doutrina objetiva, pode haver abuso do direito mesmo que o indivíduo não tenha a intenção de prejudicar outrem. Seu objeto ou as circunstâncias, por si sós, podem revelar o abuso do direito. Ele pode surgir quando o seu titular usa-o de maneira “excessiva, desarrazoada, anormal, de forma não costumeira, extraordinária, incoerente, irregular ou agravante”, nos termos ressaltados por Emilio Romero Jouvin<sup>107</sup>.

Para algumas correntes doutrinárias o abuso do direito se trata apenas de uma extensão da responsabilidade civil, não existindo em seara jurídica própria. Destaca, porém, Heloísa Carpena<sup>108</sup> que:

O ilícito pressupõe a existência de concretas proibições normativas, ou seja, é a própria lei que irá fixar limites para o exercício do direito. No abuso não há limites definidos e fixados aprioristicamente, pois os mesmos serão dados pelos princípios que regem o ordenamento, os quais contêm seus valores fundamentais.

---

<sup>105</sup> *In: De L'esprit Des Droits et de Leur Relativité* – Théorie dite de l'abus des droits, Paris: Dalloz, 2006, p. 5.

<sup>106</sup> *In: Abuso do Direito na Relação de Emprego*. São Paulo: LTr, 2005, p. 23.

<sup>107</sup> *In: Abuso do Direito na Relação de Emprego*. São Paulo: Ltr, 2005, p.33.

<sup>108</sup> O Abuso do Direito no Código de 2002 – Relativização de Direitos na Ótica Civil-Constitucional. *In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 382.

Em ambas as situações, porém a pessoa atua fora dos limites estabelecidos pela ordem jurídica.

O sistema jurídico da responsabilidade não é uma construção feita de peça única. E não é elemento composto apenas de dois polos objetivo e subjetivo. É feito de material complexo e variado onde o abuso faz parte, e onde o equilíbrio de direitos aparece como finalidade. Para Josserand<sup>109</sup>, a teoria do abuso do direito pode ser considerada tanto subjetiva como objetiva de acordo com o ponto de vista na qual ela se apresenta. “Ela é objetiva se nos referirmos ao critério da função social dos direitos, mas ela é subjetiva porque pode resultar na conclusão de que o ato é contrário ao espírito do direito exercido. É preciso analisar as condutas dos agentes”.

Tudo leva Josserand<sup>110</sup> a distinguir, resumindo todo o problema da responsabilidade, três tipos de atos capazes de enquadrar a responsabilidade do agente: *o ato ilegal, o ato abusivo e o ato excessivo ou arbitrário*. “Entre o primeiro e o terceiro tipo, que compreendem expressões de uma concepção objetiva da responsabilidade, o ato abusivo, ao lado de outras espécies de atos culposos, assegura seu lugar na concepção subjetiva”. Estas três categorias de atos, por sua vez, se aplicam com coerência sobre a interpretação das condutas demissórias dos contratos de trabalho: *os atos ilegais* que representam aqueles vedados legalmente e dotados de uma sanção própria; *os atos ilícitos e abusivos*, que se tornam ilegais na medida em que direcionados a determinada situação. Isto significa que a prática de um ato dentro de uma prerrogativa subjetiva apresenta um desvio abusivo sobre o outro. São aqueles atos que não encontram a vedação no texto legal, mas se constituem em atos faltosos que deturpam um direito. Não violam a letra da lei, mas se chocam com seu espírito, e como tal são ilícitos, injustificados e abusivos; e *os atos excessivos ou arbitrários*, que não produzem a responsabilidade no plano objetivo, senão em razão do excesso e da anormalidade do dano que resultou para outro. Não constituem atos ilegais nem ilícitos porque na verdade estão conexos a um direito e conforme o seu destino, porém não produzem obrigação e se apresentam como auto-reprováveis em essência e finalidade. Seu destinatário se beneficiará de completa imunidade. É um ato criador de riscos e que seu autor deve suportar os riscos de sua incidência.

---

<sup>109</sup> **De L'esprit Des Droits et de Leur Relativité** – Théorie dite de l'abus des droits. Paris: Dalloz, 2006, p. XXI.

<sup>110</sup> **De L'esprit Des Droits et de Leur Relativité** – Théorie dite de l'abus des droits. Paris: Dalloz, 2006, p. XXI e XXII.

Para Josserand a *culpa* não recebe uma definição unívoca. Compreende um termo genérico como categoria que recobre diversas espécies: culpa contratual ou delituosa, subjetiva ou objetiva, intencional ou involuntária, civil ou penal. O ato abusivo constitui, assim, uma categoria jurídica autônoma, original no campo mais geral da responsabilidade civil delituosa.

Pelo critério objetivo o abuso do direito resta indubitável sempre quando no exercício de um direito o mesmo é consumado de forma contrária aos fins sociais, econômicos, bons costumes e com violação à boa-fé. Para a teoria objetiva, o exercício de um direito tem como condição precípua o respeito à sua finalidade ou função. Para muitos juristas esta teoria objetivista abrange a doutrina subjetiva e tem prevalência sobre a mesma, uma vez que a atuação no exercício de um direito de forma dolosa, culposa, ou mesmo com a intenção de causar prejuízos, e ainda que sem qualquer justificativa, traz como resultado uma violação aos fins sociais, econômicos e ao princípio da boa-fé.

Adotamos nesta tese o entendimento de que o *abuso do direito* constitui uma espécie de ato ilícito - antijurídico - que se distingue daqueles considerados como propriamente ilícitos em seu conceito restrito e previsto normativamente pelo arcabouço jurídico da responsabilidade, nos vinculando a um conceito mais compatível com a teoria objetiva, e que ainda encontra sintonia com a legislação nacional em face do artigo 187<sup>111</sup>, do Código Civil Brasileiro, que recebeu inspiração do Código Civil português quando de sua elaboração. Como fonte imediata o código português recebeu a influência do artigo 281, do Código Civil grego, de 23.02.1943. Nas regras gerais do Código brasileiro não há qualquer distinção entre ato ilícito e abuso do direito. Para Clóvis Bevilacqua, à luz do Código Civil de 1916, o abuso do direito é ato ilícito que consiste no exercício irregular ou anormal do direito, de modo a prejudicar alguém. É o exercício anormal do direito com respeito à sua estrutura formal, mas com violação à sua substância no campo funcional ou teleológico.

Nesta linha de pensamento jurídico que adotamos nesta tese, a responsabilidade em face do abuso do direito tem uma característica mista na medida em que ela implica necessariamente a confrontação de um ato enquanto oriundo de uma vontade jurídica (subjetiva) com a função social de um direito em seu conceito objetivo. Enquanto no abuso do direito o indivíduo usa o próprio direito excedendo os limites do seu exercício, no ato ilícito, diferentemente, há uma contradição entre a norma e o fato concretizado, e cujo

---

<sup>111</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

percurso de sua concretude apresenta falta de sintonia entre forma e execução. Neste particular Louis Josserand<sup>112</sup> sublinha “o lugar íntimo que une a teoria do abuso do direito, mais geral, com a teoria da responsabilidade civil delitual”.

Dentre as críticas sobre a teoria do abuso do direito uma delas argumenta que o ato abusivo não é outro senão um ato sem direito. Nesta investigação nos filiamos à compreensão jurídica de que o abuso de direito constitui sempre uma limitação ao conteúdo de um direito. Um ato pode ser conforme e tal qual o direito determina ao mesmo tempo em que pode ser contrário ao direito quando considerado em sua generalidade e seu objetivo. O ato abusivo acompanha a verdade do direito subjetivo onde os limites devem ser observados e respeitados. Pela teoria é possível detectar que determinado ato pode ser conforme um determinado direito, ao mesmo tempo em que pode ser contrário ao *Direito* como um todo. Isto significa considera-lo no plano do direito subjetivo e no plano da juridicidade e das regras sociais coletivas. Como assinala Josserand<sup>113</sup> “o abuso do direito constitui uma teoria viva e em movimento, de uma grande plasticidade. Um instrumento de progresso. Um procedimento de adaptação do direito aos desejos sociais, e que se constitui numa grande força evolutiva”. O ato abusivo considerado em si é legal. Por si só ele não é capaz de atribuir a responsabilidade ao seu autor. Ele causa ao outro um prejuízo apreciável. Um erro de direcionamento no exercício de um direito que conduz a uma consequência jurídica.

Os críticos de fundo da teoria do abuso do direito centram suas opiniões não somente na maneira e na forma técnica como ela se apodera dos direitos subjetivos em sua tendência moralizadora. Condenam seu poder e seu dinamismo, onde enxergam um perigo social e ao mesmo tempo uma heresia jurídica. Para Josserand há nesta crítica uma confusão entre direito e moral, essencialmente porque o direito não é outra coisa senão a moral que impõe e se torna suscetível de coerção: a moral social, a moral em ação. O direito que como um todo é impregnado profundamente de moral, onde nos debruçamos sobre os atos para fixação de valores morais e dos valores jurídicos que ditarão as finalidades sociais dos direitos, definindo se os atos são legais e regulares, ou abusivos. Acrescenta Josserand, que é preciso superar a ideia de que o abuso de direito deve ficar limitado pelo domínio dos direitos subjetivos, mais especialmente em razão das garantias patrimoniais e do direito de propriedade, onde deve haver, verdadeiramente, o abandono da

---

<sup>112</sup> *In: De L'esprit Des Droits et de Leur Relativité* – Théorie dite de l'abus des droits. Paris: Dalloz, 2006, p. XX/XXI.

<sup>113</sup> *In: De L'esprit Des Droits et de Leur Relativité* – Théorie dite de l'abus des droits. Paris: Dalloz, 2006, p. 336.

concepção pura e simples do poder sancionador da ordem jurídica para uma transposição que compreenda *abuso* como uma verdadeira agressão a liberdade dos sujeitos.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como foco central do direito contratual a dignidade da pessoa humana, transformada em princípio basilar, que rompe com a centralidade absolutista da autonomia da vontade, o que conferiu aos contratos uma feição social enquanto instrumentos de circulação de riquezas, e com vistas à afirmação do pressuposto que fixa uma sociedade justa, livre e solidária como objetivo da República. Este é o substrato constitucional inserto no artigo 3º, I, da Carta Magna, e que se associa aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, incisos I e IV, e artigo 170, caput). A constitucionalização do princípio da valorização do trabalho humano impõe a tomada de posições afirmativas desta ordem frente ao direito do trabalho infraconstitucional.

Acrescenta Monica Yoshizato<sup>114</sup> que:

O contrato deve servir não só como instrumento de justa circulação de riquezas entre as partes, mas também atender aos interesses sociais que estejam acima dos particulares, pois, em última análise, a proteção dos direitos sociais nada mais é que a consagração dos direitos de igualdade e liberdade.

O cumprimento desta função social do contrato se encontra amparado ainda no artigo 421<sup>115</sup>, do Código Civil Brasileiro, e que apresenta sintonia com os argumentos de base da Constituição Federal. Sobre estes argumentos, necessária a afirmação de todas as estruturas fundamentais que representam a armadura de todas as legislações em todas as épocas e em todos os países, e que periodicamente ou constantemente se encontram sujeitas a contestação, regressão ou mesmo à negação. Sobre a ineficiência da interpretação *ad futurum* dada à proteção jurídica contra a dispensa imotivada se associa o conceito de relatividade e, por consequência, de abuso de direito, o que constitui uma das peças matrizes dos sistemas jurídicos de todos os países civilizados, ou mais exatamente uma categoria no qual os sistemas se desenvolvem e se realizam.

---

<sup>114</sup> *In: Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.45.

<sup>115</sup> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Por vezes a arbitrariedade do legislador, que não conhece a verdade superior, materializa o direito em termos e princípios promulgados de forma expressa e imperativa, mas este encontra resistência por uma supervalorização de conceitos embasados numa hermenêutica político/econômica. O direito que pretenderam regulamentar sobre a proteção jurídica contra a dispensa imotivada é capaz de funcionar no meio social e para este meio social, e não para uma direção qualquer e aleatória. Seu destino é realizar a Justiça e não se rebelar contra ela, atuando sobre os contrassensos jurídicos e sobre os abusos que clamam por uma atuação e sanção corretiva no campo do direito do trabalho. E é nesta perspectiva que se enquadram as disposições do artigo 7º, I, da Constituição Federal, que reproduz além de uma garantia determinada e indubitosa uma relação de dialética essencial com a garantia fundamental do *direito ao trabalho*.

Na ciência jurídica é preciso ficar sempre atento ao fenômeno de dissociação do direito em legislação escrita e os seus procedimentos de realização, de administração e de política jurídica. Isto se observa em todos os países com certo grau de civilização, e que no Brasil se impõe agora pela afirmação das bases de uma ciência jurídica que deve ser posta e sobreposta sobre reais comportamentos interpretativos da jurisprudência e da maxi ampliação de princípios. Por vezes há um choque do direito escrito e estrito com a equidade. Como assinala Henry Basnage<sup>116</sup>:

Há certa injustiça em determinados valores legalmente escritos que se prestam ao topo inflexível de ser o mais justo. Uma equidade que é naturalmente contrária a esta Justiça inflexível que não perdoa nada. Um direito que se porta à distância e que revela uma injustiça como já proclamara Voltaire.

Uma concepção de direito já existente, que se sedimenta e se explica historicamente pela evidência inelutável das reações sociais vigentes, deve conduzir ao rompimento do absolutismo jurídico que se impôs sobre determinados direitos objetivos ineficazes, e da qual faz parte a proteção jurídica contra a dispensa imotivada. O cenário do mundo e do mercado de trabalho demonstra atualmente uma característica social que é o isolamento do homem dentro da sociedade, e o isolamento deste dos interesses de proteção não consumados pelo Direito do Trabalho. É preciso compreender e aceitar a teoria do abuso

---

<sup>116</sup> Préface au Traité des Hypothèques, in JOSSERAND, Louis. **De L'esprit Des Droits et de Leur Relativité** – Théorie dite de l'abus des droits. Paris: Dalloz, 2006, p. 4.

de direito em domínios e territórios jurídicos onde jamais ela se enveredou ou tornou-se explorada. Seus elementos constituem argumento que são capazes de causar ou limitar direitos sobre os quais ela jamais manteve contato. Noutra ponta, ela se exprime em novos critérios e significados. Ao passo em que para os juristas romanos o ato abusivo era, sobretudo, senão exclusivamente, o ato malicioso, ele se desenvolveu no estágio atual do direito positivo como um ato anti-funcional. Um ato contrário ao espírito de um determinado direito. De intencional seus critérios ganharam contornos que revelaram critérios de valoração jurídico-social e que fizeram com que a teoria do abuso do direito ganhasse em poder e compreensão.

Este avanço em poder e compreensão da teoria do abuso do direito sobre o direito do trabalho constitui elemento de grande valoração e importância atual para a ciência jurídica laboral, não obstante sua constatação há tempo sedimentada, quase que unanimemente no campo do direito civil, onde civilistas já se inclinaram a favor da relatividade dos direitos em detrimento da doutrina absolutista da escola filosófica do século XVIII. Em outras palavras, tratar de tal evolução para o direito do trabalho representa também um rompimento da doutrina no seu papel de ciência jurídica com a jurisprudência. Enquanto esta última trata como intransponível a prescrição inserta no artigo 7º, I, da Constituição Federal, numa perspectiva de inaplicabilidade digna das ciências exatas e abstratas, esta tese propõe uma visão de ciência jurídica de observação social inerente ao Direito do Trabalho, e que não admite comportamento duvidoso diante de uma realidade que não admite mais a ficção jurídica do texto constitucional em sua particularidade aqui abordada (art. 7º, I).

A teoria do abuso do direito constitui elemento clássico da ciência jurídica em qualquer época e, como tal, perante o direito do trabalho, em face da proteção jurídica contra a dispensa imotivada, precisa respaldar como condição guia a difícil tarefa de rompimento da sistematização imposta sobre a norma constitucional do artigo 7º, inciso I, pela doutrina e pelos Tribunais. Ao invés de permanecermos no acúmulo dos obstáculos que se perpetuam desde o processo constituinte, e numa sequência infinita de rota histórica inacessível, é preciso romper com esta tendência tradicional e impulsionar a garantia do emprego para uma compreensão social além daquela que para o direito do trabalho se disseminou em senso comum odioso. Tal postura servirá objetivamente para valoração e consagração do que é justo (legal) e injusto (abusivo, arbitrário e excessivo) no plano de uma garantia constitucional. E este comportamento, no plano dos poderes públicos, representa pôr a disposição dos envolvidos os instrumentos jurídicos que não se dobram ou



se conformam com a temporalidade das regras do jogo econômico, uma vez que eleva uma garantia de direito invariavelmente social e de relevância pública.

A Jurisprudência como fonte de direito detém neste cenário papel fundamental de avanços, e não pode permanecer inerte num contexto de doutrina e hermenêutica desvinculadas de pensamento jurídico que acompanha a realidade de sociedade contemporânea. A Corte Constitucional Brasileira precisa retomar e resgatar a interatividade entre fato social, valor e norma, da qual faz parte a proteção jurídica contra a dispensa imotivada como elemento jurídico que consagra o direito ao trabalho, e tem que repensar valores que se apresentam essenciais para o ordenamento jurídico trabalhista, a partir dos princípios de justiça social insertos na Constituição Federal. As situações de abusividade, ilicitude e os comportamentos excessivos sobre os atos de dispensa vão além da questão discriminatória consumada na Súmula nº 443<sup>117</sup>, do Tribunal Superior do Trabalho, que teve origem nos posicionamentos que consagraram apenas irregularidades de dispensas em decorrência de doenças terminais (neoplasias diversas e suas variações), infectocontagiosas (AIDS), esquizofrenias e variações de distúrbios mentais e cardiopatias<sup>118</sup>.

É preciso repensar o critério jurídico consolidado na interpretação das normas constitucionais e na atribuição da tríade de valores que as consideram de eficácia plena, restrita ou limitada, em especial no campo doutrinário e jurisprudencial alusivo ao artigo 7º, I, da Constituição Federal. Diferentemente das normas e garantias fundamentais sociais de ordem pública, que estão a depender para sua concretização pelo Estado de uma previsão orçamentária para despesas, e que dificultam sua concretização no âmbito das políticas públicas, a garantia do artigo 7º, I, entrelaçada com a garantia fundamental do *direito ao trabalho*, demanda apenas uma postura de ação afirmativa no plano do

---

<sup>117</sup> SÚMULA 443 do Tribunal Superior do Trabalho.

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

<sup>118</sup> Versam sobre este posicionamento, perante o Tribunal Superior do Trabalho, os seguintes acórdãos que destacamos, dentre outros:

E-ED-RR - 76089/2003-900-02-00

Publicação: DJ - 30/11/2007 - Acórdão pela Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa;

RR 119500-97.2002.5.09.0007

Publicação: DEJT 23/03/2012 - Acórdão pelo Ministro Lelio Bentes Corrêa;

RR 18900-65.2003.5.15.0072

Publicação: DEJT 06/08/2010 - Acórdão pelo Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho;

RR 171300-82.2005.5.02.0031

Publicação: DEJT 15/10/2010 - Acórdão pelo Ministro João Batista Brito Pereira

reconhecimento pelo Direito. Tem capacidade de efeito imediato independente de um orçamento público e de uma concretização de despesas para sua efetivação, e mantém sintonia indexada com o artigo 5º, § 1º, do texto constitucional.

Ao Supremo Tribunal Federal já tarda a revisão do conceito alargado de eficácia limitada, imposto sobre as disposições constitucionais da proteção jurídica contra a dispensa imotivada, e que tem referencial numa premissa desconexa com a contemporaneidade de que esta ausência decorre de uma abstenção da Corte Constitucional, em respeito à repartição dos poderes, na tomada de posição jurídica que resulte no reconhecimento de efeitos sobre a norma protetiva do trabalho e do contrato de emprego. Impõe-se a revisão e a rediscussão da postura consolidada na jurisprudência da Corte Constitucional relativa à figura do *legislador negativo*, cuja essência não tem relação direta com o objeto desta tese já que não comporta a ideia de extensão de eficácia sobre norma ao encargo do legislativo, mas tão somente o reconhecimento de que já dispõe o ordenamento jurídico brasileiro dos meios disponíveis de sua consolidação plena<sup>119</sup>.

O panorama precisa ser ampliado nas mesmas perspectivas em que foram ressaltados os valores constitucionais no Acórdão que ora destacamos, o que fazemos por inserir pontos essenciais de magnitude distinta para as mais diversas situações contratuais, nos termos defendidos nesta tese, mas que ainda permaneceram na jurisprudência laboral apenas no plano da discriminação por doenças e estigmas delas decorrentes. O Recurso de Revista nº 10500-32.2008.5.04.0101, da 3ª Turma, do Tribunal Superior do Trabalho, e que teve acórdão lavrado à época pela hoje então Ministra da Corte Constitucional Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, apresenta nos pontos que sublinhamos todos os argumentos constitucionais que indexados à igualdade jurídica norteiam a proteção jurídica contra a dispensa imotivada a ser aplicada sobre as relações contratuais de trabalho, e que ora associados aos elementos da teoria do abuso do direito consagram o objeto jurídico desta investigação:

---

<sup>119</sup> Nesta linha de eficácia plena da garantia inserta no artigo 7º, I, Jorge Luiz Souto Maior destaca que “da previsão constitucional não se pode entender que a proibição da dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica, pois que o preceito não suscita qualquer dúvida de que a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa trata-se de uma garantia constitucional dos trabalhadores. Está-se diante, inegavelmente, de uma norma de eficácia plena”. (*In*: Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, ano 30, n. 116, p. 110, out./dez.2004).

**RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. DISPENSA ARBITRÁRIA. TRABALHADOR PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA.** 1. O sistema jurídico pátrio consagra a despedida sem justa causa como direito potestativo do empregador, o qual, todavia, não é absoluto, encontrando limites, dentre outros, no princípio da não discriminação, com assento constitucional. A motivação discriminatória na *voluntas* que precede a dispensa implica a ilicitude desta, pelo abuso que traduz, a viciar o ato, eivando-o de nulidade. **2.** A proteção do empregado contra discriminação, independente de qual seja sua causa, emana dos pilares insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil, notadamente os arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, *caput* e XLI, e 7º, XXX. **3.** Acerca da dignidade da pessoa humana, destaca Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra "Eficácia dos Direitos Fundamentais" (São Paulo: Ed. Livraria do Advogado, 2001, pp. 110-1), que "constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual são intoleráveis a escravidão, a discriminação racial, perseguição em virtude de motivos religiosos, etc. (...). O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças". **4. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites, igualmente, pelo princípio da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária, erigido no art. 7º, I, da Constituição - embora ainda não regulamentado, mas dotado de eficácia normativa -, e pelo princípio da função social da propriedade, conforme art. 170, III, da Lei Maior.** **5.** Na espécie, é de se sopesar, igualmente, o art. 196 da Carta Magna, que consagra a saúde como "direito de todos e dever do Estado", impondo a adoção de políticas sociais que visem à redução de agravos ao doente. **6.** Nesse quadro, e à luz do art. 8º, *caput*, da CLT, justifica-se hermenêutica ampliativa da Lei 9.029/95, cujo conteúdo pretende concretizar o preceito constitucional da não-discriminação no tocante ao estabelecimento e continuidade do pacto laboral. O art. 1º do diploma legal proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção. Não obstante enumere certas modalidades de práticas discriminatórias, em razão de sexo, origem, raça, cor, estado-civil, situação familiar ou idade, o rol não pode ser considerado *numerus clausus*, cabendo a integração pelo intérprete, ao se defrontar com a emergência de novas formas de discriminação. **7. De se observar que aos padrões tradicionais de discriminação, como os baseados no sexo, na raça ou na religião, práticas ainda disseminadas apesar de há muito conhecidas e combatidas, vieram a se somar novas formas de discriminação, fruto das profundas transformações das relações sociais ocorridas nos últimos anos, e que se voltam contra portadores de determinadas moléstias, dependentes químicos, homossexuais e, até mesmo, indivíduos que adotam estilos de vida considerados pouco saudáveis. Essas formas de tratamento diferenciado começam a ser identificadas à medida que se alastram, e representam desafios emergentes a demandar esforços com vistas à sua contenção.** **8.** A edição da Lei 9.029/95 é decorrência não apenas dos princípios embaixadores da Constituição Cidadã, mas também

de importantes tratados internacionais sobre a matéria, como as Convenções 111 e 117 e a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, todas da OIT. **9.** O arcabouço jurídico sedimentado em torno da matéria deve ser considerado, outrossim, sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como limitação negativa da autonomia privada, sob pena de ter esvaziado seu conteúdo deontológico. **10.** A distribuição do ônus da prova, em tais casos, acaba por sofrer matizações, à luz dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, tendo em vista a aptidão para a produção probatória, a possibilidade de inversão do encargo e de aplicação de presunção relativa. **11.** *In casu*, restou consignado na decisão regional que a reclamada tinha ciência da doença de que era acometido o autor - esquizofrenia - e dispensou-o pouco tempo depois de um período de licença médica para tratamento de desintoxicação de substâncias psicoativas, embora, no momento da dispensa, não fossem evidentes os sintomas da enfermidade. É de se presumir, dessa maneira, discriminatório o despedimento do reclamante. Como consequência, o empregador é que haveria de demonstrar que a dispensa foi determinada por motivo outro que não a circunstância de ser o empregado portador de doença grave. A dispensa discriminatória, na linha da decisão regional, caracteriza abuso de direito, à luz do art. 187 do Código Civil, a teor do qual o exercício do direito potestativo à denúncia vazia do contrato de trabalho, como o de qualquer outro direito, não pode exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. **12.** Mais que isso, é de se ponderar que o exercício de uma atividade laboral é aspecto relevante no tratamento do paciente portador de doença grave e a manutenção do vínculo empregatício, por parte do empregador, deve ser entendida como expressão da função social da empresa e da propriedade, sendo, até mesmo, prescindível averiguar o *animus* discriminatório da dispensa. **13.** Ilesos os arts. 5º, II - este inclusive não passível de violação direta e literal, na hipótese -, e 7º, I, da Constituição da República, 818 da CLT e 333, I, do CPC. **14.** Precedentes desta Corte. Revista não conhecida, no tema. (Recurso de Revista nº 10500-32.2008.5.04.0101, da 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, - DEJT 05.08.2011/J-29.06.2011 - Decisão por maioria).

É precisamente em direção a uma prescrição jurídica sedimentada na Constituição, e que afirma uma essência (*l'esprit des droits*) de direito (proteção jurídica contra a dispensa imotivada) que se endereça e se direciona esta tese, e que tem por razão e ambição assegurar o triunfo e a autonomia de um traço essencial do Direito do Trabalho inserto na Constituição Federal, com vistas aos essenciais norteadores de direito e de justiça, desde o processo constituinte, e que uma vez relativizado ao longo de mais de duas décadas, em textos legais e em fórmulas abstratas da ciência jurídica, relegam um ideal legal mais que substancial, e de imprescindível aplicação, diante de uma realidade viva e vivenciada sobre a categoria trabalho e sobre o corpo social de trabalhadores, num país de

acessos desiguais em contextos de investimentos sobre educação, profissionalização e políticas de ingresso e retorno.

Esta realidade demonstra, ainda, que uma das maiores crises na ciência jurídica consiste na superação da dualidade que hoje permeia a juridicidade. De um lado o direito escrito propriamente dito: a regra jurídica perfeitamente compreendida. De outro lado os procedimentos de sua realização: os meios pelos quais os direitos são administrados; a política jurídica aplicada. Num ponto de partida a letra da lei e o direito como abstrações teóricas. Num ponto de chegada os atos de execução deste direito e da lei que não deveriam fluir em direção ao vácuo porventura buscado e perseguido em sua prescrição, mas deveriam intervir no meio social determinado e para o qual tiveram a essência e alma de sua instituição, e que são naturalmente compreendidos de forma autônoma e clara. Como assinala Josserand<sup>120</sup>, “na medida em que as nações crescem e se desenvolvem, na mesma proporção que sua consciência social se afirma, o fator de essência e alma que justificou e originou a existência do direito escrito deve ser o elemento a ter precedência sobre a letra da lei”. Isto resulta numa conciliação do preceito com a aplicação de sua essência e origem. Representa a ciência pura em consonância com a juridicidade. E foi neste ponto que o desenvolvimento posto pela teoria do abuso do direito triunfou como conquista de todos os países, de todos os séculos, de todas as civilizações. Representou uma evolução crucial de inegável necessidade, e que agora se propõe como aplicação de essencial compreensão para o dispositivo constitucional que garante a proteção jurídica contra a dispensa imotivada, e de cuja origem precedeu o reconhecimento de uma garantia fundamental do *direito ao trabalho*.

Com base na teoria do abuso do direito a análise jurídica da dispensa imotivada deve comportar a dupla face que a própria teoria comporta: sua face subjetiva e sua face objetiva. Pela primeira é preciso compreender na abordagem do comportamento do agente os motivos por ele adotados que implicam na imersão sobre os elementos pessoais e subjetivos, e que devem ser contrapostos com a função e o propósito do direito em causa, e que vem a ser o elemento social e objetivo. Para esta análise impõe-se ainda estabelecer os quatro critérios realçados por Josserand<sup>121</sup> na aferição dos atos enquadrados pelo abuso de direito: *critérios intencionais, critérios técnicos, critérios econômicos e critérios sociais ou finalistas* (o fim pelo qual o direito foi concebido historicamente). No primeiro verifica-se

---

<sup>120</sup> *In: De L'esprit Des Droits et de Leur Relativité* – Théorie dite de l'abus des droits, Dalloz, Paris, 2006, p.315.

<sup>121</sup> *In: De L'esprit Des Droits et de Leur Relativité* – Théorie dite de l'abus des droits, Dalloz, Paris, 2006, p.366.

a intenção do dano e seus derivados e consequências. No segundo as falhas e culpa na conduta sob uma ótica técnica. No terceiro a ausência de interesse legítimo sob uma ótica de ordem econômica e social e, por último, a deturpação do exercício de um direito em face de sua função social e de sua própria finalidade de existência. O campo de situações envolvendo as dispensas e resilições contratuais no direito do trabalho é vasto e diversificado, e apresentam as mais distintas características onde podem se assentar os critérios de valoração aqui defendidos. A abusividade, a ilegalidade, o excesso e a arbitrariedade ecoam em inúmeras situações onde as mais elementares garantias dispostas no texto constitucional são invalidadas sem uma aferição senão genérica no campo das demandas posta a Juízo. Acontecem no exercício da atividade sindical, pelo exercício do direito de ação, pela atuação na condição de testemunhas, por questões de convicção e atuação política, religiosa ou sexual, em atos que obstaculizam a aposentadoria ou a conquista de progressões laborais, em atos que discriminam pela condição de mulher/mãe, por adesão a movimentos de greve ou de reivindicação legítimos, quando o empregado contrai dívida para melhor exercer sua atividade laboral, e isto implica mudança de domicílio, ou compra de carro para a atividade. Nas situações em que o empregado ingressa em curso de aperfeiçoamento, treinamento e especialização para melhor desenvolver seu trabalho investindo em nome próprio para o melhor desempenho da empresa<sup>122</sup>, além de uma infinidade de condutas e atos cuja prática e o universo social do trabalho são capazes de gerar.

Para concretização da análise dos atos perpetrados sobre os contratos de trabalho, e que sedimentam o espaço de atuação da proteção jurídica contra a dispensa imotivada, associem-se, sobre a aferição das condutas, as particularidades que evidenciem ainda os seguintes critérios de análise: desproporcionalidade, violação da boa-fé, função social, função econômica, bons costumes, e incompatibilidade com a equidade, não se ultrajando de forma antijurídica a regra de que não se pode levar ninguém à ruína ou a espoliação do seu patrimônio sem uma justificativa plausível e razoável de sua evidência. Embora comumente praticado pela parte detentora da hierarquia econômica, para ambos os lados da relação contratual de trabalho pode ser preciso mostrar e provar a real necessidade da resilição contratual, sob pena de uma invalidação da conduta para um lado (reparação pelo

---

<sup>122</sup> Importante nestas situações relembrar a redação do artigo 473, § único do Código Civil, que assim dispõe: Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

empregador) ou de imposição de uma indenização para o outro (reparação pelo empregado). Em ambas as situações a dispensa pode reportar para um resultado em que a análise demonstre o ato como agressão ao destino social e econômico caracterizando-se como abuso do direito. Mas o “dano não é o requisito essencial para a configuração do abuso do direito, mas uma de suas consequências possíveis” como registra Cleber Lúcio de Almeida<sup>123</sup>.

Os direitos como prerrogativas sociais são estabelecidos e concebidos para realizar um equilíbrio social, e para assegurar interesses legítimos ameaçados ou deturpados. Não serve nem estão a serviço da malícia, da maldade e dos malfeitores. Sua origem, sua essência, e sua finalidade se opõem irredutivelmente a qualquer dinâmica desta tríade, e todo e qualquer ato que venha submergido de uma intenção, ainda que mínima de gerar dano, não pode ter a benevolência e a complacência da proteção legal, mesmo que ainda se apresente hipoteticamente sob o exercício de uma faculdade legal. E se esta é uma premissa aceita por todos os sistemas legais e jurisprudenciais mundiais, seus limites deverão ser exatos e precisos, e não podem conviver com a inoperância eternizada de uma omissão que, sob a alegação de proteção e de previsão no corpo da Constituição Federal, olvidam e agridem princípios e garantias fundamentais que se sobrepõem e se antecedem a esta vazia regulamentação do artigo 7º, I, da Carta Maior.

A interpretação da limitação da dispensa, e da proteção contra a dispensa imotivada e aleatória, deve observar no critério de ausência de interesse legítimo que ninguém pode tirar proveito do seu ato causando prejuízo a outro, e que dentro deste prejuízo é preciso valorar se a conduta constitui um ato econômico e socialmente maldoso, de contrassenso social e econômico, e sob tal consequentemente abusivo. O direito de propriedade é concebido a partir de uma valoração social sobre o qual o trabalho se assenta como premissa fundamental. Já tarda sobre a Constituição Federal a observância e cumprimento fiel dos princípios basilares de Justiça Social, e que são essenciais para o Direito do Trabalho.

---

<sup>123</sup> *In*: Abuso do Direito no Processo do Trabalho, **Inédita**, 2000, p. 25.

## 5.2 A ausência de proteção contra a dispensa imotivada e a violação aos princípios de Justiça Social da Constituição Federal Brasileira

Em trabalho sobre igualdade, discriminação e Direito do Trabalho registra o Professor Estevão Mallet<sup>124</sup> que:

A evolução da humanidade se processa no sentido de redução das desigualdades entre as pessoas. Dá-se tal evolução, portanto, com a gradativa eliminação das discriminações”. E acrescenta ainda que “se não há uma certa igualdade, algum tipo de igualdade pelo menos, não há como falar em justiça.

A ausência de uma regulamentação de proteção contra as dispensas abusivas e imotivadas tem demonstrado no campo do direito do trabalho uma dificuldade num avanço que se direcione a concepção de um sistema de proteção da relação de emprego, que seja capaz de conciliar a razão jurídica dentro de uma sociedade capitalista com a preservação do trabalho e do contrato de trabalho. São duas matrizes de representação significativas que ainda não conseguiram um equilíbrio dentro da tensão em que convivem, havendo apenas pontos de preservação e de garantias provisórias e transitórias, oriundas de regulamentações específicas, ou de proteção legal vinculadas a fatos específicos, materializados em estabilidades impositivas ou conquistadas de forma provisória.

Dispersaram-se neste campo os conteúdos principiológicos da igualdade, da vedação à discriminação e da dignidade humana, centrando o conceito de justiça numa dimensão relativa e desigual, sendo necessário um caminho de resgate e reconquistas com esteio na própria Carta Constitucional brasileira. Como ensina o Professor Estevão Mallet<sup>125</sup> “para o legislador constituinte, como todas as pessoas naturais são seres humanos, não há mais distinções aceitáveis em face da lei, embora algumas poucas, resquícios de tempos pretéritos, tenham permanecido mais do que deveriam, chegando até a Constituição de 1988”.

No plano constitucional, o tratamento da proteção jurídica contra a dispensa imotivada ainda prevalece sob uma condição individualista e antissocial, consumando-se

---

<sup>124</sup> *In*: Igualdade, discriminação e Direito do Trabalho, **Revista Trabalhista Direito e Processo**, ano 7, nº 28, p. 15/16.

<sup>125</sup> *In*: Igualdade, discriminação e Direito do Trabalho, **Revista Trabalhista Direito e Processo**, ano 7, nº 28, p. 15-16.



validade jurídica sobre todas as dispensas sem motivação, cujo respaldo é argumento do traço absolutista do chamado *direito potestativo*, ainda que tenha a Carta constitucional de 1988 avançado nos elementos de Justiça Social. Sobre esta ótica petrificada propõe esta investigação/tese uma ruptura doutrinária e jurisprudencial, o que se faz com base na teoria do abuso do direito, e agora com propósitos de resguardar e de fazer cumprir a ordem dos princípios constitucionais de justiça social.

Registra Maria Madalena Telesca<sup>126</sup>:

Que nas últimas décadas nunca estiveram tão escassos, e juridicamente tão difíceis, os esforços para defender um conceito emancipatório humano de trabalho. O desenvolvimento da dinâmica do trabalho na indústria e nos serviços apresenta uma face que ao longo deste tempo permanece inerte em duas essenciais características: a de uma parte crescente da população que luta tão somente para ter acesso a uma chance de ocupação capaz de assegurar a subsistência, e a outra parte que executa atividades em condições precariamente protegidas e altamente desregulamentadas. Uma terceira parte ainda experimenta atualmente a desprofissionalização e terceirização de seus postos de trabalho, que anteriormente ainda tinham um status assegurado.

É neste panorama de um trabalho ainda desprotegido em regras de proteção e permanência que também se constata um deslocamento do pensamento jurídico, não havendo um posicionamento de avanço na redefinição das regras de proteção contra a dispensa, que refletem na emancipação e humanização do trabalho. O distanciamento e deslocamento no enfrentamento da ineficiência do artigo 7º, I, da Constituição Federal, são sobrepostos por questões alusivas à integração política e aos direitos de cidadania, sem uma dedicação apurada e concentrada envolvendo as ameaças dirigidas às conquistas trabalhistas historicamente surgidas desde o nascimento da fase de produção. Esta investigação retoma o campo da discussão resgatando a temática da importância do trabalho no contexto social vivido e no sentido normativo, e o faz reafirmando a necessidade de nos debruçarmos sobre a realidade daqueles que temem por seu posto de trabalho e pela qualidade dele para que possamos encontrar reflexos na teoria crítica de sociedade e no pensamento jurídico.

Não é papel central da jurisprudência o suprimento das necessidades e mudanças do mundo do trabalho, essencialmente quando não é capaz de assegurar a garantia imediata de

---

<sup>126</sup> In: **Revista da Associação Latino-Americana de Juizes do Trabalho**, número 9, abril 2013, p. 28.

que tanto se precisa. Esta ausência de elementos constitutivos eficazes tem feito com que no pós-positivismo jurídico os princípios adquiram a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes, válidas e como únicos argumentos eficazes. Isto resulta no retorno da moral como elemento central no Direito, e a ideia de *justiça* como resultado manifestado de forma contundente na interpretação jurídica.

Há no Direito, e em especial no campo do direito do trabalho, uma face que, embora tenha por objeto a distribuição de renda numa afirmação econômica de sua feição prestacional, objetiva e pretende manter a defesa de liberdades e igualdades ali existentes. O direito do trabalho, que incorpora desigualdades jurídicas para compensar em parte desigualdades econômicas e sociais, reivindica há tempo uma superioridade de normas fundamentais insertas na Constituição, sem que haja a contaminação por respostas contraditórias, menos precisas, inseguras e ambivalentes, oriundas de uma relativização de princípios de importância essencial, inscritos em sua própria origem, e que migraram para a ordem constitucional. No campo desta ambivalência e insegurança se encontra a *proteção jurídica contra a dispensa imotivada*, que vinculada ao preceito fundamental do *direito ao trabalho*, é resgatada nesta tese numa perspectiva que explora e se vincula às interconexões envolvendo o direito constitucional, o direito civil e o direito do trabalho.

Afirmar o leque das garantias laborais previstas na Constituição é reconhecer na autonomia dos enunciados jurídicos a prevalência de um interesse social sem face e rosto, e que tem na dispensa abusiva, arbitrária e injustificada um elemento incompatível com uma previsão constitucional clara e definida, cujo elemento político e discricionário, que acompanha a parte final do artigo 7º, I, não modifica ou altera a prescrição do direito ali incluso, e que se acha diretamente implicado com os princípios que asseguram as liberdades e garantias fundamentais, dentre os quais ganham especial deferência os princípios da igualdade e a dignidade da pessoa humana, que aqui surgem com relevância indispensável no diálogo com o direito laboral.

Releva o Professor J. J. Gomes Canotilho<sup>127</sup> que “como o tema da dignidade humana não é estático na ordem democrática, as normas constitucionais não podem ser consideradas de forma isolada e dispersa, mas, sim, como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios”. Esta perspectiva torna o arcabouço constitucional comprometido com a Justiça Social como centro de conexão para todo o ordenamento

---

<sup>127</sup> In: **Direito Constitucional**, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 232.

jurídico, o que demonstra sua condição de regra e essência para e no Estado Democrático de Direito.

Peter Habermas<sup>128</sup> referencia:

Que uma Constituição que se compromete com a dignidade humana lança, com isso, os contornos da sua compreensão do Estado e do Direito e estabelece uma premissa antropológico-cultural. Respeito e proteção da dignidade como dever (jurídico) fundamental do Estado constitucional constitui premissa para todas as questões jurídico-dogmáticas particulares. Dignidade humana constitui a norma fundamental do Estado, porém é mais do que isso: ela fundamenta também a sociedade constituída e eventualmente a ser constituída. Ela gera uma força protetiva pluridimensional, de acordo com a situação de perigo que ameaça os bens jurídicos de estatura constitucional.

Para Jorge Luiz Souto Maior<sup>129</sup>:

É preciso urgentemente conferir eficácia ao preceito constitucional que garante aos trabalhadores a relação de emprego contra dispensa arbitrária. Se o emprego é um valor fundamental, considerado como forma de sobrevivência para milhões de pessoas no modelo de produção capitalista, não se pode permitir, juridicamente falando, que uma pessoa seja conduzida ao desemprego por mero prazer do empregador. Mesmo considerando o paradigma liberal jurídico da ponderação de valores postos em confronto a mera vontade do empregador em despedir o empregado, e a necessidade do empregado em preservar a sua fonte de sobrevivência, é obvio que o primeiro valor sucumbe ao segundo até porque há o interesse da própria sociedade capitalista na preservação dos empregos. É essencial, portanto, que o empregador, mesmo sendo o titular dos meios de produção, tenha motivo jurídico suficiente para conduzir alguém ao desemprego, valendo lembrar que a propriedade, na órbita do Direito Constitucional, só se legitima quando cumpre sua função social e que os direitos dos trabalhadores foram alçados, por razões históricas, a direitos fundamentais.

---

<sup>128</sup> A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal. *In: Dimensões a dignidade*. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Obra coletiva. SARLET, Ingo Wolfgang (org. e tradutor Pedro Scherer de Mello Aleixo). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 128.

<sup>129</sup> *In: Capitalismo, Crise, Meio Ambiente e Direito do Trabalho, Anais do 6º Congresso dos Magistrados do Trabalho da Região Sudeste*, realizado em Campos do Jordão de 22 a 25 de março de 2012, p. 72-73.

O caput do artigo 7º enuncia a base de substrato da própria Constituição em relação aos valores sociais e a dignidade humana quando preceitua que “*são direitos dos trabalhadores além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”. O dispositivo preconiza ainda um comando impositivo/afirmativo de que “*é direito do trabalhador a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa...*”. Ainda que a parte final pressuponha uma condição de regulamentação do que hipoteticamente seriam as previsões excludentes da abusividade, na seara do vácuo discricionário-político do legislador, a afirmação constitucional tem alma e princípio próprio. Estabelece e declara que não é jurídica a dispensa imotivada, e fixa que a partir de 05 de outubro de 1988 a despedida injusta, abusiva e arbitrária constituem atos antijurídicos e não protegidos pela legislação, ainda que futura ou superveniente as situações que contraditória e inexplicavelmente pretenderia uma legislação complementar abranger de forma exata, precisa e exaustiva. Nesta linha, impõe realçar a antijuridicidade da dispensa imotivada, cuja dependência seria apenas para as previsões legais futuras e excludentes. O dispositivo constitucional reporta como efeito para o ato demissório imotivado, abusivo e arbitrário, uma condição de invalidade vinculada a um preceito de desconformidade com o Direito, e em especial com todo o arcabouço de princípios fundamentais fixados nos artigos antecedentes ao artigo 7º da Carta. Como afirma Edilton Meireles<sup>130</sup>, “a despedida arbitrária ou sem justa causa, portanto, não se constitui em direito potestativo do empregador. É um ilícito. E se o empregador não tem o direito a despedir arbitrariamente, logo ele não pode abusar do direito (que não tem) de despedir”.

Estabelecer limites na liberdade do empregador em dirigir, assalariar e dispensar sem motivação os empregados constitui o fundamento teórico aqui delineado, e que se alinha ao exercício deste poder dentro dos limites da função social do contrato e das disposições constitucionais que emanam e reverenciam a Justiça Social. O ato de dispensa não pode ficar submetido com exclusividade ao juízo de conveniência e oportunidade do empregador. É necessário reduzir esta discricionariedade que tem forma dispersa e aleatória, e que para aferição de sua congruência jurídica pode ser também objeto de submissão de sua validação a uma apreciação estatal (fiscalização), sindical ou por comissão de fábrica, valorizando uma atuação e uma legitimidade coletiva de categoria, sem prejuízo ou limitação da aferição judicial.

---

<sup>130</sup> In: **Abuso do Direito na Relação de Emprego**. São Paulo: Ltr, 2005, p. 199.

Assinala Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>131</sup>, “que o tema da Justiça Social está contemplado na Constituição Federal, sobretudo nos artigos 6º, 7º, 170 e 193, ainda que em outros também possamos encontrar exemplos de grande significação. Mas essencialmente nestes artigos se estruturam preceitos de máxima relevância”. O Título VII da Constituição Federal, que trata *Da Ordem Econômica e Financeira*, tem início com o artigo 170<sup>132</sup> que preceitua obrigações, exigências e imposições para que a ordem econômica e social se organize e se estruture observando comandos claros assinalados. Este mesmo artigo também estabelece esta tríade obrigacional através de finalidades e caminhos que deverão ser seguidos, e pelos quais são estabelecidos e erigidos como princípios. Como tal, os comandos constituem elementos nucleares de um sistema normativo, e servem de critério para sua exata compreensão já que definem sua própria racionalidade e lhe confere significado harmônico. Violar um princípio é bem mais grave do que transgredir uma norma uma vez que sua inobservância constitui afronta a todo um sistema de imperativos legais.

O caput do artigo 170, da Constituição Federal não estabelece apenas um norte e uma diretriz de observância para o legislador, mas assinala uma fonte de direito subjetivo para o trabalhador onde qualquer ato que traduza desrespeito à valorização do trabalho terá efeito inconstitucional, e estará transgredindo direito de todos e de cada um dos indivíduos atingidos. Esta afirmação da condição de princípio legitima a invocação do comando constitucional do próprio artigo 170 como elemento imediato de uma pretensão jurídica,

---

<sup>131</sup> *In: Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*, 1. ed, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 32.

<sup>132</sup> Dispõe o artigo 170, da Constituição Federal brasileira:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

que por vezes tem sido abandonado no campo do intercâmbio e da adesão total ao direito do trabalho. Ensina José Afonso da Silva<sup>133</sup>:

Que todo trabalhador deve ser visto como detentor de direitos fundamentais sociais, amparado por normas pétreas da Constituição, que não podem ser afastadas nem eliminadas sequer por Emenda Constitucional, em face do implícito princípio constitucional que veda o retrocesso social. Para tanto é preciso conciliar os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa num ambiente de efetiva concretização do princípio da dignidade humana, mediante a fiel observância da função social da empresa, definida no artigo 170, da Lei Maior.

Dentre as teorias alternativas econômicas à disposição do Estado, é vedada a dissociação do valor social do trabalho e da função social que atribui significado ao direito de propriedade. Todas as vias neste campo devem ser percorridas sacrificando-se interesses distintos e que impliquem ofensa aos princípios do artigo 170, da Constituição Federal. É inconstitucional a escolha por qualquer caminho de feição econômica que agrida diretamente os objetivos de afirmação e valorização na concretização da Justiça Social, ou que vá de encontro às disposições do artigo 170, e seus incisos, da Carta. Quaisquer atos que enveredem em direção de choque com resultados proibidos pela Constituição devem ser rejeitados, tanto por negá-la ante suas premissas fundamentais instituidoras, quanto por atingir a clareza dos seus comandos aqui destacados.<sup>134</sup>

Para Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>135</sup>, “é puramente ideológica, e não científica, a suposição de que este preceito necessitaria de ulteriores especificações para embasar oposição e atos descompassados com tal mandamento”. Nesta sequência registra o professor Bandeira de Mello que:

<sup>133</sup> *In*: A Dignidade da Pessoa Humana com Valor Supremo da Democracia. *In*: **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, 1998, p. 91.

<sup>134</sup> Registra Sérgio Alves Gomes, “respeitar a Constituição não significa apenas deixar de fazer o que ela proíbe, mas também e, sobretudo, fazer o que ela determina. Isso porque o referido paradigma estatal tem por escopo principal a transformação de uma sociedade injusta, egoísta, de raízes escravagista e subdesenvolvida para uma sociedade livre, justa e solidária. A Constituição Federal de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito, documenta um pacto comprometido com tal transformação”. (*In*: **Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático**, Curitiba: Juruá, 2008, p. 445-446).

<sup>135</sup> *In*: **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**, 1. ed, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 37-38.

Nem se diga que está em pauta conceito vago, fluido, impreciso e, por isso, carente de especificação legal. Já se anotou que os conceitos desta ordem são comuns nas regras jurídicas e, todos eles, têm um núcleo significativo estreme de dúvidas. Por isso, ao Judiciário cabe conhecer de seu alcance para aplicação do Direito no caso concreto. Não há supor que a inteligência judicial seja, de direito, e muito menos de fato, desamparada de luzes bastantes para extrair deste preceito a dimensão que tem. Falece razão lógica prestante para preservar ao Legislativo a compreensão de um mandamento constitucional e a assinatura de sua amplitude.

A indeterminação e amplitude do conceito de *função social* não é argumento suficiente para tê-lo como de valor relativo e secundário, e olvida-lo não passa de persistência jurídica negativa sobre o que no texto se encontra expresso. Qualquer comportamento que o vislumbre como impreciso “corresponderia a ter como não escrito o que ali se consignou. Equivaleria a desmanchar, sem título jurídico para tanto, um princípio apontado como cardeal no sistema, donde, no interior do campo significativo irrecusável comportado pela expressão *função social*, é também dever do Judiciário, sob apelo do interessado, fazê-lo aplicável nas relações controvertidas”, como bem registra Bandeira de Mello.

As disposições constitucionais relativas à Justiça Social não são meros instrumentos de conselho ou de invocação para um respaldo de valor moral. Todas representam comandos jurídicos obrigatórios que geram para o Estado os deveres de fazer ou não fazer, inclusive em relação às disposições programáticas. No que se referem à Justiça Social:

As normas da Constituição, tenham a estrutura tipológica que tenham, surtem, de imediato, o efeito de compelir os órgãos estatais, quando da análise de atos ou relações jurídicas, a interpretá-los na mesma linha e direção estimativas adotadas pelos preceitos relativos à Justiça Social. Uma vez que os efeitos correspondentes a cada espécie tipológica eclodam de imediato, a disponibilidade dos direitos assim gerados independe de lei ulterior mesmo quando o preceito constitucional prevê regulamentação restritiva de seu âmbito. Por mais fluido que seja um conceito, terá sempre um núcleo significativo indisputável. É puramente ideológico e sem nenhuma base jurídica o entendimento de que a ausência de lei definidora obsta à identificação do conceito e à invocação do correlato direito.

É esta a linha juridicamente defensável, indicada nas ponderações acima mencionadas de Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>136</sup>, que adotamos nesta tese, e que concebemos toda a interpretação sobre o núcleo proclamado pelo artigo 7º, I, da Constituição Federal. Rompemos com o ideologismo que nega toda a origem histórica, conceitual e normativa do dispositivo de proteção jurídica contra a dispensa imotivada, num processo de superdimensionamento de uma hermenêutica negativa, que insistentemente se sobrepõe sobre princípios da ordem fundamentais<sup>137</sup>. Os direitos sociais fazem parte do acervo histórico, jurídico, ético e cultural dos povos civilizados. Integram o patrimônio cultural do povo brasileiro, e como tal se incluem no conceito de patrimônio público. Assim devem ser tratados sem qualquer negociação na ordem privada.

Como sintetiza Dinaura Pimentel Gomes<sup>138</sup>:

Urge, portanto, dar ao Direito um sentido de instrumento transformador dessa vigente realidade injusta. Advém dessa assertiva a necessidade de se afirmar de forma permanente a supremacia da Constituição Federal em prol da concretização dos direitos fundamentais sociais, centrada no respeito à dignidade humana.

Quem por ação ou omissão colocar-se contra esses objetivos transformadores permanece no comprometimento com o retrocesso democrático e o subdesenvolvimento cultural e social vedando o progresso emancipatório da condição de cidadania.

---

<sup>136</sup> *In*: Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais, 1. ed, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 56-57.

<sup>137</sup> Maurício Godinho Delgado registra “que mesmo a leitura que defende a absoluta esterilidade da garantia de emprego mencionada no inciso I, o artigo 7º, constitucional, é tecnicamente passível de questionamento... A teoria constitucional moderna, mais bem ajustada à interpretação de novas constituições, tende a apreender, necessariamente, certa eficácia às normas constitucionais – ainda que diferenciada, em intensidade, a eficácia de uma e outra regra constitucional. Nessa linha, o preceito contido no inciso I, do artigo 7º, em análise pode ser tido como regra de eficácia contida, produzindo, pelo menos, certo efeito jurídico básico, que seria o de invalidar dispensas baseadas no simples exercício potestativo da vontade empresarial, sem um mínimo de justificativa socioeconômica ou técnica ou até mesmo pessoal em face do trabalhador envolvido”. (*In*: **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2004, p. 115).

<sup>138</sup> *In*: **Revista Trabalhista Direito e Processo**, ano 8, nº 29, p. 65.



## **6 A PROTEÇÃO JURÍDICA CONTRA A DISPENSA IMOTIVADA EM NOVAS BASES JURÍDICAS PERANTE O DIREITO DO TRABALHO: CAMINHOS E POSTURAS PARA EFETIVIDADE E EFICÁCIA.**

A influência e inserção das teorias que norteiam os princípios do direito do trabalho tem sido objeto de constante abrangência sobre as demais áreas das ciências jurídicas, e são cada vez mais frequentes os avanços que entrelaçam o direito laboral com a economia, a sociologia e demais áreas de conhecimento das ciências humanas. Tais aspectos se verificam sobremaneira pela emergência nas agendas acadêmicas, políticas, e até como substrato cultural contemporâneo, da questão social como elemento de relevância para a humanidade. Este ponto ressalta a proeminência dos direitos humanos como fator essencial no atual estágio do capitalismo, onde o processo de mundialização das sociedades tem referenciais de descontrole e rapidez, e onde fatores originários de conteúdo econômico sempre estiveram paralelos à acentuação e incremento de desigualdades e marginalização social.

A busca de alternativas para o enfrentamento destes pontos de desigualdade e marginalização é objeto dos mais diversificados estudos acadêmicos, não sendo outro o comportamento perante as ciências jurídicas que buscam meios de sustentabilidade e avanços em padrões mundiais de convergência, hoje sedimentados na manutenção de bases elementares de igualdade e dignidade humana como marco referencial. No plano do direito do trabalho o avanço legislativo não apresenta racionalidade entre tempo e comportamento social, havendo uma desconexão entre fato, valor e norma que vem resultando na ocupação de espaços desconexos pela hermenêutica jurídica materializada na atividade jurisdicional. Buscar caminhos que resgatem a uniformidade e compreensão jurídica com pontos de convergência social mundial tem sido tarefa difícil no plano acadêmico, o que não significa não seja possível a partir de normas e princípios vigentes de aplicação imediata com releitura jurídica em intercâmbio normativo transdisciplinar dos fatores socioeconômicos que se abateram sobre o direito. A consciência plena de realidade é o elemento a impulsionar e a refletir sobre o comportamento jurídico, e vem acompanhada com o aspecto mais exigente e sobre onde mais se afligem as questões relevantes das ciências jurídicas: qual o conteúdo e a racionalidade hoje predominante na consciência do direito, em especial na consciência do direito do trabalho?

Buscar respostas, ainda que mínima para refletir novas posturas jurídicas e jurisdicionais, constitui objetivo central deste trabalho, situando a questão no plano da garantia fundamental do direito ao trabalho e sua implicação com a proteção jurídica contra a dispensa imotivada. Abordar esta temática em particular expõe novas posturas sobre o direito do trabalho dotado do papel de reconstrução de comportamentos vigentes numa sociedade capitalista, porém a partir de outros valores que ressaltam uma perspectiva de construção da justiça social num plano progressivo de sociedade. É preciso aprimorar o método do direito no campo do trabalho para aprimorar e melhorar este ramo, e para que seja possível sua construção contínua e de forma a melhorar a condição humana dos indivíduos. Já dispomos e temos isto diante do nosso próprio ordenamento jurídico constitucional e que agora agregamos com o intercâmbio da teoria do abuso do direito na obra de Louis Josserand.

O princípio basilar da progressão social, consagrado no plano constitucional brasileiro de forma expressa no artigo 7º, caput, da Carta Magna, que em sua parte final estabelece que são direitos dos trabalhadores aqueles elencados em seus diversos incisos, *“além de outros que visem à melhoria de sua condição social”*, não é um princípio estático, mas um princípio que a cada instante renova a perspectiva de melhorar a condição do trabalhador no campo de sua vivência pessoal, de trabalho e num contexto econômico. O foco é no trabalhador porque ele constitui o humano, o ser transformado em mercadoria na perspectiva capitalista de produção. É um princípio continuamente em construção tanto quanto o próprio direito do trabalho. E o valor que se deve construir pelo Direito deve atentar para os princípios que historicamente foram construídos pela ideia e essência do Direito Social, e que ainda se encontram insertos em suas formulações. Os documentos históricos nesta tese registrados, o Tratado de Versailles, a Carta dos Direitos Humanos de 1948, a Carta Social Europeia, dentre tantos outros, demonstram as bases históricas de princípios historicamente construídos e consagrados. A construção de um arcabouço normativo com sua feição puramente programática não conduz aos propósitos de construção de uma sociedade socialmente mais justa e de melhores oportunidades, e não compatibiliza hoje o direito do trabalho com a sociedade. A grande questão consiste em transpor a juristas e operadores do direito a criação de um método jurídico que reproduza e afirme a consistência de uma justiça social e dos valores sociais humanos, e não de reprodução do modo capitalista de opressão. No campo do direito do trabalho este método é imprescindível como meio de se buscar, sem o abandono das construções históricas, novas bases jurídicas de prevalência social. Não se pode abandonar nem perder a sintonia

entre a concessão de direitos pelo Estado e a consciência social prevalecente, sob pena do desregramento entre realidade social e norma jurídica laboral.

Os Direitos Sociais insertos na Constituição Federal brasileira não são compromissos ali sedimentados; são direitos efetivamente alinhados na história e ali inseridos num avanço de um processo de amadurecimento da sociedade brasileira. A leitura que se tem de que são normas de compromisso feitas para não serem efetivadas é a forma mais cômoda, porém inaceitável, no plano da racionalidade jurídica efetivada. Uma vez postos na Constituição tem que ter os seus caminhos de efetividade e aplicabilidade. Tem que ter prioridade e prevalência.

A proposição de efetividade pressupõe um processo de consciência doloroso isento de todas as contaminações da racionalidade econômica, admitindo-se que muitas das práticas hoje sedimentadas em posicionamentos jurídicos e jurisprudenciais representam a quebra do pacto estabelecido pelo Direito Social. É sempre mais cômodo a criação do argumento jurídico justificador da permanência coletiva vigente, do que o argumento jurídico que rompe com a lógica vigente que impera sobre a *consciência do direito* sem o viés da *consciência social*. Pensar em novas posturas para o direito do trabalho, a partir do plano normativo disponível e vigente, tem como passo inicial romper com padrões clássicos impostos sobre uma *consciência de direito* que não detém mais a reprodução questionadora e argumentativa exigida pela realidade social, em constante e rápida mutação.

Vive-se uma desconexão entre o compromisso de consciência e a compreensão dos valores inscritos pelo direito social, que resultaram em bases para o direito do trabalho, e o compromisso de ação com ele. Compreende-se e se descreve muito bem os compromissos e os valores sociais deste direito, mas se rompe esta compreensão no plano da ação e da prática jurídica e jurisdicional. A sedimentação dos compromissos que resultaram em princípios de uniformidade social para o direito do trabalho se apresenta hoje, na prática, como desestruturante no plano da afirmação de patamares mínimos instituídos pelo Direito Internacional do Trabalho, o que vem representando uma desconexão na evolução da norma trabalhista em face das realidades sociais e econômicas, e a reprodução de comportamentos jurídicos estáticos. Paradoxalmente a este comportamento estático perante a norma trabalhista produzimos uma nova racionalidade no comportamento social, cuja evolução tem sedimentação num contexto econômico que se comporta diametralmente oposto aos valores sociais mais elementares de solidariedade e igualdade. O comportamento social se delinea pela busca incansável, sobre mínimos detalhes, de

pessoas como únicas, desiguais, especiais e diferenciadas no consumo e na visibilidade. A insatisfação também constitui o elemento que permeia a busca eterna pelo que ainda não se tem, e que não permite vivenciar o saciável e o desnecessário. Intensificam-se a cada dia os mecanismos da individualização e do rompimento das esferas sociais coletivas respaldadas nas premissas de solidariedade e de condições mínimas de divisão e compartilhamento. E isto não tem sido diferente no campo do Direito onde o mecanismo de sua aplicação, interpretação e evolução também caminham numa direção que aponta para o mesmo sentido.

O modelo e a permanência de uma sociedade organizada nos sedimentos do capitalismo constitui o grande questionamento que hoje vivenciamos, e que atinge também a permanência das bases de sua premissa ideológica, não sendo por demais registrar as derrocadas econômicas sofridas pelas grandes nações, cuja transposição econômica se deu com proeminência do modelo liberal. No campo social ressurgem as figuras do trabalho escravo e infantil, o incremento da exclusão sem retorno, e a inacessibilidade ampla e irrestrita inclusive sobre os campos estatísticos formais e informais. A sociedade tem em sua composição uma gama de indivíduos sequer indetectáveis, o que contempla categorias diversificadas em gênero e idade.

Estamos diante de uma sociedade padronizada cuja racionalidade neste aspecto de padrão tem como centro os elementos do capitalismo que padronizam o modelo de expansão de comportamentos econômicos e sociais. E estes padrões de comportamento se situam em contraposição aos valores perpetrados pela consciência social preconizada pelo direito social, e de cujo distanciamento vem se dimensionando o direito do trabalho. E o mundo permanece em ajuste. As bases do estado social se encontram em destruição. E o que nos é permitido fazer?

Ao alcance, defender o direito do trabalho em caminhos possíveis e disponíveis a partindo deste próprio direito para criar métodos de raciocínio jurídico aplicáveis de forma real na vida e no cotidiano vigente.

O *direito ao trabalho e o direito da liberdade de trabalhar* passa predominantemente na contemporaneidade pela inclusão de normas definidas e claras de acesso e proteção no âmbito da constitucionalização de garantias. Os mercados produtivos e descentralizados não podem ser vislumbrados apenas para a circulação de bens e capitais, mas para a liberdade do homem como um todo e parte deste sistema, que já não sedimenta controle sob o direito de trabalhar. A necessidade de equilibrar os níveis de proteção social entre os diferentes países é importante e deve comportar o entendimento da questão sob

duas dimensões: por um lado como uma exigência de solidariedade e justiça com Estados menos desenvolvidos, por outro como uma necessidade de preservar os níveis de proteção social alcançados pelos países desenvolvidos frente à pressão sob a baixa competitividade. Mas isto só será possível se forem aceitas e reconhecidas as necessidades de uma regulamentação de conteúdo objetivo e socialmente considerado no plano nacional interno, e que tenha conexão com elementos e bases por demais disponíveis no Direito Internacional e nos Direitos Humanos, através do conjunto de tratados, declarações, acordos, usos ou princípios em virtude dos quais os Estados devem e se encontram obrigados a assegurar a liberdade, a dignidade e a justiça das pessoas que se encontram sob sua dependência.<sup>139</sup>

A ausência de ações afirmativas jurídicas envolvendo a proteção jurídica contra a dispensa imotivada tem rompido com a dialética essencial da garantia fundamental do *direito ao trabalho*, e resulta num processo de exclusão e distanciamento de um contingente de indivíduos sobre a categoria trabalho, que não terão mais qualquer chance sobre o *direito do trabalho*. A origem da exclusão relaciona-se com a dimensão profissional, pois o trabalho é a forma mais natural de integração social. A falta de trabalho ou ocupação, e a ausência de proteção sobre o mesmo, geram desvinculação e uma separação sócio-econômica-cultural, ampliando-se a pobreza, a desigualdade e a exclusão.

Nos últimos anos os Estados empreendem esforços no sentido de aumentar o número de empregos e melhorar sua qualidade, mas não encontram o eco suficiente para combater a precariedade dominante, reforçar o princípio da estabilidade, introduzir limitações e garantias nos contratos de duração indefinida, melhorar a qualidade do emprego e das tarefas, e até mesmo avançar nas estruturas legais, como ressalta Piñero.<sup>140</sup> As políticas empreendidas têm sido tímidas e desprovidas de meios que tornem efetivos os objetivos pretendidos, e não ecoam em resultados que demonstram preocupação evolutiva na proteção do emprego e do trabalho, e mais especificamente na proteção jurídica contra os atos imotivados e ilegítimos que cessam a relação de emprego protegida.

---

<sup>139</sup> A Decisão 50/2002 CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de dezembro de 2001, aprovaram um programa de ação comunitária a fim de fomentar a cooperação entre os Estados para lutar contra a exclusão social dentro dos objetivos adotados pelo Conselho de promover a inclusão social visando a modernização e a melhora da proteção social, declarando que a luta contra a pobreza e a exclusão social exige facilitar a participação em empregos de qualidade e acesso a todos os recursos, direitos, bens e serviços, assim como, as medidas devem ter por objetivo permitir que cada pessoa possa manter-se e integrar-se a sociedade.

<sup>140</sup> *In*: La Igualdade en los tratamientos laborales y su relevância constitucional, Relaciones Laborales, **Revista Crítica de Teoría y Práctica**, nº 22, noviembre 1998, p. 3.

Mesmo no campo legislativo não se consuma um avanço da questão que contenha uma ideia ou uma premissa de mandamento e imposição, com a participação conjunta e estrutural envolvendo os setores privados economicamente influentes, enquanto detentores das regras de mercado, e o Estado enquanto promotor do equilíbrio e da equidade social. Na época em que as agendas políticas, culturais e econômicas centram seus esforços numa constante busca por afirmativas de reconhecimento igualitário e de tratamento digno para os cidadãos, *o direito ao trabalho*, e os caminhos que protegem esta permanência através de garantias contra a dispensa imotivada, devem assumir uma preponderância em face de que através da atividade laborativa o *ser humano* consegue inserção social com a realização das possibilidades fundamentais asseguradas no ordenamento constitucional para uma vida minimamente digna e participativa. Esta autonomia consiste ainda na liberdade e no exercício de através da atividade laborativa poder a cidadania dispor das demais garantias fundamentais mínimas sem as quais não se concebe qualquer vida digna ou mesmo a acepção de *cidadão*.

Até que ponto as influências e os abusos de regimes políticos não estabeleceram traços individualistas de grupos dominantes sobre dispositivos constitucionais, que ao longo da história permanecem aceitos como inertes e insuperáveis do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial? Não estaria a ciência jurídica a negar a liberação do homem de todos os entraves políticos, jurídicos, sociais e econômicos que o processo constituinte lhe impôs de forma pesada, e sob uma premissa tida como inalienável e sagrada, de direito inviolável?

Estabelecer conexões jurídicas que se afirmam não apenas na unidade social, mas vislumbram a proteção jurídica indistinta do homem e do indivíduo, dos interesses públicos e jurídicos, essenciais ao meio social representa a própria dinâmica de validação e afirmação da ciência jurídica laboral e seus princípios informadores. Ao lado dos elementos de relevância que enquadram ou liberam os atos de dispensa dentro ou fora da teoria do abuso de direito, e seus limites concretos já traçados pela legislação e pelas regras regulamentadas (que se aderem ao contrato de trabalho), é imprescindível delimitar o tratamento jurídico para o enfrentamento das fronteiras menos aparentes que se apresentam como justificadoras ou reprovadoras da dispensa, esclarecendo e delimitando qualquer obscuridade sobre o conceito de relevância social amparado numa premissa de interpretação e diversidade jurídica.

Sobre os efeitos de eficácia zero em dispositivos da Carta constitucional, e que aqui vinculamos ao artigo 7º, I, da Constituição Federal, assinala o Professor Marcus Oriane Gonçalves Correia<sup>141</sup>, que:

Se isto se dá com uma norma que diminui os efeitos da Constituição, pior ainda seriam as situações em que a ausência de norma pudesse reduzir a sua eficácia a zero – quando o famoso *nos termos da lei* nunca foi implementado ou fica a esperar a atuação do legislador infraconstitucional por anos e anos. Aqui, a eficácia conduz à total ausência de força normativa do comando constitucional – que passa a ser mero aconselhamento ou orientação, jamais implementados. Nestes casos, há que se observar o seguinte: todos os agentes do direito, uma vez decorrido algum lapso sem que o programa constitucional tenha sido implementado, devem se orientar para extrair da disposição constitucional toda a sua força. Assim, advogados devem peticionar, a sociedade deve se mobilizar por intermédio de suas entidades associativas, o Ministério Público deve exigir e o Judiciário deve comandar segundo a intenção constitucional.

Nessa linha também registra Renato de Sousa Resende<sup>142</sup> que “a integração do artigo 7º, I, não necessita aguardar providência legislativa futura e incerta, mas pode ser realizada, no dia a dia, seja por vias políticas ou judiciais.” Acrescenta ainda que “o que não pode acontecer é essa eterna espera, pela anomia jurídica, sob o risco da eficácia zero em questão das mais importantes ao país, com amplos reflexos coletivos e sociais”.

No contexto de motivo legítimo atrelado à dispensa e ruptura da relação contratual trabalhista é indispensável a fixação de elementos teóricos que se apresentam essenciais para uma teoria geral de proteção contra a dispensa imotivada, embasada na teoria do abuso do direito. Dentre tais elementos, o motivo de dispensa deve contemplar em análise dois pontos fundamentais que se encontrem claros e definidos, e que se resumem na realidade e legitimidade do ato, e no critério utilizado que o retira da condição de abuso. Isto não significa estabelecer um critério fixo sobre o ato abusivo ou excessivo, cujas variações não significam a existência de uma debilidade sobre a tese aqui defendida, mas ao contrário uma afirmação clara de sua existência, numa realidade contrária a um preceito

<sup>141</sup> *In: Os Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Direito Previdenciário e Constituição: homenagem a Wladimir Novaes Martinez. São Paulo: Ltr, 2004, p. 36.

<sup>142</sup> *In: Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. A Centralidade do Direito ao Trabalho e a Proteção Jurídica ao Emprego. Flávia Piovesan e Luciana Paula Vaz de Carvalho (Coord.). São Paulo: Atlas, 2010, p. 109-110.

constitucional e que ainda se apresenta de forma soberana. É preciso subordinar ao exercício regular do direito de dispensa a existência de um motivo legítimo, técnico ou socialmente justificável perante o funcionamento da empresa ou comportamento e inadequação técnica do empregado, e de um interesse legítimo conexo por seu titular, tal qual o exercício regular de tantos outros direitos, atrelando no campo da proteção contra a dispensa imotivada o conceito de abuso que contribuirá para a concretização e solução de um problema de vácuo legislativo imposto e difundido pela majoritária doutrina jurídica e jurisprudência.

Noutra contrapartida, ainda que afirmativa a prescrição constitucional de que constitui *direito* a proteção jurídica contra a dispensa imotivada, é preciso romper com a premissa que ganhou e mantém relevância no campo do direito do trabalho e da jurisprudência, em contrassenso a conquista, ratificação e consolidação do conceito de *relatividade de direitos*, o que se materializa na teoria que mantém todas as posições, antigas e atuais, favoráveis aos atos injustificados, abusivos e excessivos, impostos sobre as rescisões dos contratos de trabalho, afastando-se doutrina e jurisprudência da concepção originária e sempre mais favorável à concepção social do direito do trabalho.

O progresso deste ponto de vista permanece inerte, e trata a dispensa imotivada como direito absoluto do empregador sem qualquer abordagem jurídica, ao longo de toda a existência da Constituição Federal de 1988, que rompa com esta premissa absolutista e contemple sobre o ato demissório uma aferição jurídica de sua abusividade, recolocando num senso jurídico extensivo e expansivo a apreciação da responsabilidade do titular deste direito, a relatividade deste direito, e uma abordagem de seu ato como elemento possível de configuração de dano e fraude.

Sobre a dispensa imotivada já tarda seu enquadramento como *jus controversum*; como elemento sobre o qual o direito laboral necessita entrar e enfrentar o domínio das verdades certas e definitivamente aceitas. E ao contrário do que vem sendo assumido pela jurisprudência na sua polêmica e criticada obra criativa que se sobrepõe ao encargo legislativo, cabe à ciência jurídica o enfrentamento desta questão em aportes teóricos conexos e intercambiáveis. E se há algo favorável neste contexto, estamos diante de um terreno jurídico e social que se revela novamente favorável ao questionamento da *relatividade do direito* que permeia a dispensa imotivada, o que vem em sintonia com a teoria de relatividade de direitos expressa no pensamento de Louis Josserand.

A jurisprudência e o retorno puro e ostensivo sobre as verdades dos princípios não dão conta deste papel destinado ao pensamento e à ciência jurídica. É indiscutível que a



concepção profundamente ancorada nos meios jurisdicionais não contempla nem responde satisfatoriamente sobre aquilo que é papel da ciência. É preciso redirecionar sobre a ordem jurídica da dispensa imotivada uma concepção que vincula a relatividade de sua existência enquanto direito. Urge a redefinição de um parâmetro jurídico que se apresenta como uma vontade estéril de enfrentamento, e se mantém num esforço fecundo de sistematização de interpretação forçada e superada, para uma teoria que se apresente como corpo de doutrina e como um elemento jurídico orgânico, integrante de uma realidade social indispensável para o desenvolvimento do Direito do Trabalho e da afirmação da garantia fundamental do direito de trabalhar. Não é papel da Jurisprudência, nem pode a mesma se enquadrar como único ponto e corpo de doutrina imposta ao mundo jurídico. A ideia e essência da proteção jurídica contra a dispensa imotivada não corresponde e nem deve pressupor se estar a tratar de uma figura jurídica, ou garantia jurídica, centrada no elemento subjetivo que direciona o direito aos indivíduos. Seu elemento mais importante, ao lado desta garantia subjetiva que sempre existirá, constitui o elemento objetivo social que se desenvolve e atualmente ocupa lugar privilegiado. Esta garantia não contempla o sujeito individualizado e isolado como o elemento finalidade de um direito, mas o indivíduo enquanto integrante de uma comunidade social, cujo valor coletivo adquire e confere a personalidade para este direito. Uma concepção meramente centrada na compreensão individual desta garantia como direito não responde aos anseios e necessidades de nossa sociedade contemporânea.

A proteção jurídica contra a dispensa imotivada representa neste contexto um interesse coletivo superior de valoração social indistinta, e que se sobrepõe a especificidade de seu exercício num contexto de interesse individual subsequente. Sua negação enquanto elemento jurídico vinculado a uma prescrição constitucional de direito fundamental representa manter inerte, sob a ótica de um direito potestativo amplo, irrestrito e sem regulamentação, a prevalência de uma liberdade antissocial.

Esta tese rompe com a ideia deste direito absoluto subjetivo de dispensa imotivada, centrando seus argumentos jurídicos nos elementos de direitos vigentes e válidos que conjugam a relação indissociável da garantia do direito fundamental ao trabalho, da prescrição constitucional que afirma uma proteção jurídica a esta dispensa, mas cuja pendência de regulamentação não exime a conjugação dos instrumentos jurídicos sedimentados na própria Constituição Federal, em seus valores sociais claros e definidos, e a partir da Teoria do Abuso do Direito tendo como referencial teórico a obra de Louis Josserand abordada.

Esta ruptura parte também de uma premissa do exercício das liberdades, onde o exercício de um determinado direito não pode ser exercido a partir da constatação que sobre o outro resulte danos e prejuízos, sob pena de configurar-se em um abuso de direito. A realização de uma liberdade dentro de uma faculdade definida pelos direitos subjetivos contempla limitações quando dela resulta danos e prejuízos, não se admitindo o seu exercício que põe em choque a ruptura jurídica da liberdade comum coletiva.

A compreensão de que há limitações na dispensa imotivada a partir de elementos jurídicos que se inter-relacionam constitui uma verdade jurídica possível não apenas no plano da história do direito do trabalho, da jurisprudência e do direito comparado, mas essencialmente em face do nosso direito positivo atual, já que a doutrina absolutista de direitos subjetivos atesta modificação profunda advinda da regra e teoria de sua relatividade. Esta relatividade rompe com o absolutismo subjetivo e materializa o conceito de abuso de direito no âmbito do contrato de trabalho e das dispensas e rescisões da avença laboral, e que contempla no campo do direito do trabalho os atos ilegais, abusivos e excessivos, estando neste último ainda os maliciosamente inoportunos. Referenda ainda esta compreensão o ensinamento realçado por Josserand de que os direitos não se sobrepõem ou se encontram acima do Direito. Eles se inserem dentro do contexto deste último e se realizam sob sua observância.

As resistências de ruptura e avanço no contexto da proteção jurídica contra a dispensa imotivada, aliando seus elementos jurídicos com o que já dispomos no plano constitucional e teórico, incluindo a teoria do abuso do direito, representa uma permanência de consciência jurídica severa com o domínio da superlegalidade omissa preconizada no artigo 7º, I, o que se prolonga ao longo dos anos com as posições assumidas pela jurisprudência. Ao invés de nos debruçarmos sobre investigações variadas e mais seguras, e que contemplam uma inserção na mentalidade dos sujeitos do contrato de trabalho, com vistas à solidez de enquadramento da regularidade ou abuso de uma situação jurídica, nossa apreciação psicológica envolvendo as relações de trabalho e as dispensas imotivadas se centram apenas no domínio da reparação envolvendo o plano dos valores à luz do direito privado de posse e do comportamento punitivo. Os mecanismos de soluções processuais adotados se sobrepõem ao interior dos litígios, e deixam à margem os elementos que resultariam em meios de investigação variada e segura, a partir do comportamento e das intenções legítimas, ilegais ou abusivas dos agentes.

A petrificação desta consciência que torna intransponível romper com a ineficácia da proteção jurídica contra a dispensa imotivada, se foi objeto consagrado pelo legislador

ao longo de todo o tempo desde a promulgação da Constituição Federal, e também vem sendo objeto repetido e sedimentado pela jurisprudência e pelo pensamento jurídico, precisa ser rompido pela ciência jurídica, para quem as regras do direito precisam ser pensadas dentro de um contexto de mundo cada vez mais populoso e onde interesses jurídicos convivem e se entrelaçam em sintonia e choque. Não se pode admitir que esta rejeição, contra esta proteção jurídica, persista como elemento de poder e figuração jurídica com permanência indefinida. Do contexto social de trabalho e sociedade surge uma necessária força que exige uma saída da abstração para o plano da concretização, com novas vias de consagração e novas forças de validação que tonifiquem o ato da dispensa em sua espécie e não em gênero, o que significa ainda romper com a debilidade de algo que prescrito como garantia permanece inócuo como direito, sem rumo nem razão.

A doutrina e o exercício jurisdicional devem rejeitar o ato que praticado por um agente não apresenta utilidade para ele próprio, e ainda causa prejuízo a outro. O propósito social neste aspecto tem que conjugar o próprio elemento legislativo que consagra o direito de propriedade. O seu exercício legítimo deve ter direção em prol de um interesse que também é coletivo, e não em prol de uma conduta que retrata um egoísmo individual; um ato puramente danoso contrário à própria função sobre a qual se assentou a garantia e o direito de propriedade no ordenamento constitucional. No campo do direito do trabalho as cláusulas abusivas constantes dos contratos de trabalho são nulas de pleno direito, e não anuláveis. Em caso de despedida do empregado em face de descumprimento de cláusula abusiva, ou em decorrência de prática abusiva, o ato de rompimento contratual é nulo e, em regra geral, confere o direito de reintegração.

É este o comportamento a ser assumido nas dispensas injustificadas, abusivas ou ilegítimas, excessivas ou ilegais. A reintegração nos casos de despedidas por atos constituídos juridicamente como abuso de direito decorre do fato do contrato não ter sido rompido validamente. E uma vez que o ato abusivo sendo nulo não gera efeitos, a reintegração é o caminho jurídico intransponível. Esta reintegração como conduta intransponível busca a superação de uma ordem política e discricionária que visualiza no descumprimento da Lei o comportamento juridicamente respaldado, institucionalmente, em decisões judiciais que só reafirmam a condição de mercadoria do trabalhador através das reparações econômicas. Esta reintegração não assegura a permanência no emprego nem se confunde com as estabilidades legais. São premissas distintas, já que sobre a dispensa aqui discutida a aferição se concentra na legitimidade ou arbitrariedade de um ato em suas feições de abusividade, ilicitude e excesso, e na estabilidade a aferição se constitui

sobre um ato ilegal que afronta a uma disposição legal que garante o emprego de forma cogente.

A reintegração decorrente do ato abusivo de dispensa limita o poder do empregador para que este exerça o direito de despedir de modo válido e apresentando as razões jurídicas de sua conduta. O esteio socialmente justificável, em sua forma técnica ou comportamental. Em todo caso, para a análise das circunstâncias de uma segunda despedida é preciso uma aferição pormenorizada para que não haja um segundo abuso de direito em face do primeiro ato ter sido declarado nulo, ou seja, a nova despedida seja uma retaliação pela nulidade da primeira. Para as demissões coletivas, face os reflexos sociais e econômicos de maior relevância e problema, será indispensável a participação dos sindicatos. É preciso atentar que dentro das dispensas coletivas os fatores econômicos, tecnológicos e organizacionais compreendem variáveis que necessitam de gradação para o exercício legítimo do direito de dispensar, e isto deve ser objeto de um processo de negociação coletiva.

No plano judicial cabe ao empregador provar as razões que justifiquem a dispensa, já que nesta situação de vedação o ônus da prova deve lhe pertencer por inversão, evitando-se os motivos obscuros das discriminações e das limitações sobre quaisquer direitos em vias de concretização pelo empregado. Esta premissa encontra lastro na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que em seu artigo 6º, inciso VIII, fixa a inversão do ônus da prova para o plano do consumidor brasileiro, e que na seara trabalhista adentra pela disciplina da condição de hipossuficiência ali prevista, e por força do artigo 769, da Consolidação das Leis do Trabalho, mantendo um intercâmbio jurídico essencial que rompe com os vícios da realidade em Juízo. Situação idêntica já é objeto “de prescrição no código de trabalho português, em seu artigo 23, na Ley de Procedimiento Laboral espanhola, em seu artigo 96, e no comportamento dos tribunais americanos declinados como *prima facie case*”, como destaca o Professor Estevão Mallet<sup>143</sup>.

Trata-se de uma postura afirmativa no processo de valorização da igualdade e no combate a discriminação perante o direito do trabalho, e que encontra sintonia nas palavras do Professor Estevão Mallet<sup>144</sup>, quando evidencia que:

---

<sup>143</sup> *In*: Igualdade, discriminação e Direito do Trabalho, **Revista Trabalhista Direito e Processo**, ano 7, nº 28, p. 32.

<sup>144</sup> *In*: Igualdade, discriminação e Direito do Trabalho, **Revista Trabalhista Direito e Processo**, ano 7, nº 28, p.27.

A distância entre o dever ser – a norma legal – e o ser – aquilo que se passa no mundo dos fatos – é enorme. Por isso mesmo é que fica evidente como não basta proscrever, por meio da lei, a discriminação. É preciso eliminá-la da realidade. Eis o grande problema dos dias de hoje. A ilegalidade da discriminação já não está mais em causa. Não é aceita pelo ordenamento jurídico. Não é tolerada. O problema é que ela continua a ocorrer na prática. Como eliminá-la? Como fazer com que a igualdade de tratamento enunciada pela lei, transforme-se cada vez mais em realidade? Eis hoje a questão mais importante.

Na aferição das condutas devem ser estabelecidos critérios de análise que contemplem a desproporcionalidade do ato, a violação da boa-fé, uma análise sobre o argumento social e econômico, a incompatibilidade com a equidade, restando vedadas dispensas por motivos discriminatórios (raça, cor, religião, opção sexual, convicções políticas); por participação em movimento sindical; por doenças graves e contagiosas nos termos já sedimentados pela Súmula nº 443 do Tribunal Superior do Trabalho, pelo exercício do direito de ação no ajuizamento de demandas para cobrança de direitos não adimplidos no curso da relação empregatícia, que inclusive evita a fruição da prescrição em face da permanência do vínculo, e sobre direitos não quitados ao longo de anos. Neste ponto resulta ainda favorável a possibilidade do empregado informal buscar a regularização judicial do seu contrato, impedindo-se a dispensa retaliativa em decorrência de uma obrigação não cumprida. Observa-se ainda a vedação da dispensa pela condição de atuação como testemunha em Juízo a desfavor do empregador, e no retorno de ausências por licenças em questões de saúde.

Na sequência de novas posturas a serem adotadas é preciso ainda observar o tratamento diferenciado da questão em razão da dimensão do empregador, o que se coaduna com o artigo 170, IX, da Constituição Federal, observando-se em critérios sociais e econômicos a distinção entre microempresas e grandes conglomerados econômicos, e a dimensão de permanência e existência econômica. A aferição de um critério da capacidade econômica não pelo número de empregados, que já não constitui o parâmetro de avaliação num sistema de automação e robotização em alto nível, e onde empresas de grande porte produzem cada vez mais com menos empregados diante de sua capacidade de investimento tecnológico e informacional. Veda-se ainda o comportamento injustificado e abusivo para as empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações e autarquias, que sob a égide da CLT, e muitas vezes submetendo as contratações a um processo público de seleção e concurso, obrigatoriamente devem observar a impessoalidade como regra e

princípio público geral, muito mais do que o particular.

Sob a questão devem ser utilizados, ainda, todos os critérios estabelecidos e extraídos das disposições dos parágrafos 1º, 2º e 3º, do artigo 477, da Consolidação das Leis do Trabalho, que fixam e disciplinam a obrigatoriedade de homologação da rescisão pela entidade de classe, adotando-se ainda para as rupturas contratuais a obrigatoriedade de explicitação do motivo justificado na rescisão, a fim de que seja demonstrada a juridicidade do ato excludente do abuso. Obrigatória também a homologação pelo sindicato, e em substituição, pelo órgão fiscalizador vinculado ao Ministério do Trabalho, ou pelo Ministério Público, em caso de inexistências do primeiro.

Quando os atos abusivos praticados na relação de emprego não puderem ser corrigidos com retorno ao *status quo ante*, a nulidade deve ser resolvida com o ressarcimento pecuniário, o que pode se dá tanto em aspectos materiais como morais, e pode ainda atingir terceiros que foram também prejudicados pelo ato abusivo do empregador. Mas esta conduta é a exceção da regra aqui defendida, e não um ato a ser tratado como opção, já que a reintegração deve ser o instituto concebido como imposição.

A concepção social e finalista que enquadra as dispensas imotivadas, abusivas ou ilegítimas, e atos excessivos daí decorrentes, na teoria do abuso de direito é a única capaz de dar conta do progresso doutrinário e jurisprudencial envolvendo a proteção jurídica contra a dispensa imotivada no contexto do que já dispomos no ordenamento constitucional brasileiro, e dentro do pensamento jurídico trabalhista. É capaz de atender aos anseios de uma sociedade em direção a propósitos mais equitativos e justos essenciais para a vida jurídica do direito do trabalho. Ela será capaz de estabelecer um paralelo que rompe com a deturpação e as desigualdades que ainda permeiam o amplo e desigual poder potestativo nas relações de trabalho, na medida em que traça e une em sintonia constante a noção civilista do abuso e da responsabilidade com a característica teleológica, certa e indispensável do direito laboral.

Nesta linha também manteremos eficaz no direito do trabalho o princípio da continuidade do vínculo de emprego, que juntamente com a resistência na admissão da rescisão unilateral e desmotivada por parte do empregador, condensarão elementos que repercutirão para abrir caminhos de interesse social, e que possibilitam aspectos de relevância, dos quais Márcio Túlio Viana<sup>145</sup> destaca:

---

<sup>145</sup> *In: Convenção 158: Denunciando a Denúncia, o que há de novo em Direito do Trabalho. Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault (Coord.) – homenagem a Isis de Almeida, Messias Pereira Donato e Paulo Emílio Ribeiro Vilhena. São Paulo: Ltr, 1997, p. 126.*

- a) O trabalhador tornar-se-á efetivamente um cidadão na fábrica, pois só há cogestão com um mínimo de garantia estável;
  - b) Aos sindicatos será possível recuperar um pouco da sua força uma vez que não há sindicalismo que resista a força do desemprego;
  - c) A prescrição deixa de ser um mecanismo de enriquecimento sem causa, de aumento de desigualdades e, em consequência, de instabilidade social;
  - d) o poder diretivo desceria a níveis razoáveis para que o homem de empresa – parodiando Catharino – perca um pouco de sua presa.
-

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história jurídica, econômica e social contemporânea demonstra que já não se conecta a antedita noção de fim do Direito do Trabalho, como chegou a mensurar Dominique Meda em *Le Travail*. Em sentido oposto, demonstra esta história a reconciliação com este campo da ciência jurídica, que rompe com qualquer noção de obsoleto diante de uma diversificada realidade e mobilidade que se abateu sobre a ordem do trabalho vigente. Se na lógica econômica a autonomia da vontade na relação contratual é justificada para opor-se sobre *a proteção jurídica contra a dispensa imotivada*, esta lógica tem também íntima relação com a renda que vem da proteção e com a renda que vem do trabalho. O efeito sobre a realidade e o aumento da insubsistência de proteção social repercute nas políticas públicas de efeitos ineficazes para o retorno ao trabalho, para o seu acesso e para o custeio social. O aumento desta inutilidade social dentro da sociedade do trabalho contempla, por si só, fator determinante para a revisão de comportamentos jurídicos que estagnaram um propósito constitucional claro, definido, e com interdependência envolvendo princípios de justiça social, oriundos do projeto de direito social no interior da sociedade capitalista, e que permanecem vivos ao longo de documentos históricos e do constitucionalismo contemporâneo.

Repensar o papel do *Direito* e as garantias atribuídas na ordem constitucional fundamental para o trabalho, rompendo com o comportamento clássico de prescrições meramente compensatórias de cunho econômico, e com vistas para uma prescrição que afirma este *Direito* de forma autônoma, diante de uma conexão ampla com os princípios de Justiça Social, e com a teoria do abuso do direito, no centro do Direito do Trabalho, é o fundamento jurídico central da tese aqui apresentada. Esta premissa rompe com a inércia de uma obrigação legislativa que não se cumpre nem se efetiva ao longo de décadas, e que ainda afronta e relativiza o papel institucional dos Poderes da República pela inobservância de uma obrigação essencial olvidada, a despeito do artigo 103, § 2º da Constituição Federal.

A tese apresentada enfrenta a ausência de *proteção jurídica contra a dispensa imotivada* e os efeitos de sua não concretização numa perspectiva de criação de cerceamentos e de fixação de barreiras para o exercício do *direito ao trabalho*. O aspecto de institucionalização desta *barreira* e deste *cerceamento* sob o domínio da ausência de



uma proteção jurídica para o trabalhador, o que resulta no enfrentamento de questões como a noção de existência e ausência de *Direito*, num patamar onde cabe à ciência jurídica descrever estes aspectos de existência, de ausência, e os efeitos de ambas num sistema jurídico já existente e de garantias fundamentais prescritas e declaradas.

Neste cenário, a tese centra claras definições e comporta precisas questões que facilitam o enfrentamento de qualquer ineficiência sobre o artigo 7º, I, da Constituição Federal, estabelecendo o norte dogmático sobre o comportamento jurídico que protege a dispensa e a rescisão contratual imotivada. Em sua elaboração, destaca fatores que são fundamentais para afirmação da garantia do *direito ao trabalho*, e estabelece condutas e visibilidade normativa perante o direito do trabalho para dotar de eficácia e eficiência elemento indispensável para o contrato de trabalho individual, e para o desenvolvimento e evolução do direito laboral no ambiente coletivo: *a proteção jurídica contra a dispensa imotivada*.

Se os caminhos de afirmação do *direito ao trabalho* se constituem tortuosos e cheios de lacunas no campo do direito constitucional, ou mesmo no âmbito das relações jurídicas civis, é preciso que tenha perante o Direito do Trabalho uma clareza de sua essência e de caminhos mínimos de sua efetividade jurídica para aplicação sobre as relações de trabalho hoje a ele subordinadas, o que se materializa na incorporação da *teoria do abuso do direito* sobre os elementos que integram a proteção jurídica contra esta dispensa imotivada, preconizada desde 1988 no texto constitucional, e nascida em decorrência de um processo de construção normativo que consagra história, progressão social e Direito.

Formar instrumentos necessários para pôr em prática, no Direito do Trabalho, a vontade estabelecida na ordem fundamental social da Constituição é um dos resultados práticos estabelecidos nesta tese, que lança sobre a ciência jurídica laboral os pontos de partida para uma mudança de paradigmas jurisdicionais e doutrinários, e sobre a proteção e garantia inserida e proclamada no artigo 7º, I, da Carta constitucional. Nesta seara, também resulta a compreensão entre *Direito e Lei*, e a delimitação de uma garantia fundamental em seus aspectos formais e materiais, para que se tenha a percepção de exigibilidade da vontade da lei e do conteúdo constitucional, e de sua vinculação direta com o indivíduo.

Para além da instituição de uma política jurídica com redefinição de posições e enfrentamento de realidades, há de se conceber que se torna necessária a afirmação do que já se tem disponível, tanto na Lei quanto no conteúdo constitucional, fazendo sair do papel

o argumento de transformação social para o qual o Direito e a Lei, no campo do *trabalho*, devem justificar sua existência.

O aspecto jurídico que visa projetar a condição de permanência enquanto trabalhador no posto de trabalho ao longo da vida, sem os riscos de que o *capital de trabalho* individual acumulado se perca pela ruptura (dispensa) e pela ausência (não encontrar outro trabalho), diante da própria dinâmica (rápida e volátil) do mercado de trabalho, e onde mobilidade ocupacional tem relação direta com mobilidade social, em ascensão ou declínio, constitui também argumento desta tese. Neste ponto, sem deixar de lado a rapidez e volatilidade do mercado de trabalho em tornar superado aquele que não se encontra no processo de trabalho, a concepção de proteção aqui defendida caminha no sentido de que a limitação no comportamento de dispensa, aleatório e injustificado, tolhe a igualdade e gera a desigualdade entre os demitidos abusivamente e àqueles que, inseridos no mercado de trabalho, naturalmente migram e se direcionam para o campo da inserção, do aprendizado, da busca por uma trajetória de trabalho, e da participação atualizada cotidianamente. A dispensa imotivada, além de constituir ato abusivo e inaceitável por inserir-se no campo da relatividade dos direitos, e dentre os quais se enquadra o direito potestativo que aqui se limita, é a negação da própria ordem constitucional, e atenta contra elemento que integra o rol de direitos fundamentais reproduzindo barreiras e cerceamentos, individuais e coletivos, que em face do interesse público precisam ser combatidos.

Isto implica resgatar, no plano jurídico brasileiro, a discussão sobre a criação de procedimentos e comportamentos com base legal, estabelecendo um escalonamento de demissões que levem em conta tempo de serviço na empresa, idade, os encargos familiares, ou aqueles em que a empresa necessite de autorização, ou de um período de consultas aos sindicatos profissionais, tudo a exemplo do que já acontece em países como Espanha, França, Itália, México e Portugal. As leis estrangeiras sobre a ruptura do contrato de trabalho, como a legislação da Alemanha, a Constituição do México de 1927 e a atual Lei Federal do Trabalho, o *Direito* legislado da Inglaterra, as normas vigentes na Espanha, as Leis nº 604, de 1966, e nº 300, de 1970, da Itália, as Leis da França de 1973 e 1975, e as Leis sobre Despedimento de Portugal, de 1975, 1976 e 1977, demonstram, há tempo, a tendência de que as dispensas individuais devem ser motivadas, causadas e dependentes de uma justificação.

Pode esta limitação de dispensa resgatar ainda o processo de negociação coletiva e da participação sindical, o que se dará através de acordos e convenções coletivas fixando limitações sobre rescisão contratual através de mecanismos como a suspensão contratual

temporária, a fixação de períodos de reciclagem, aviso-prévio prolongado, férias coletivas excepcionais antecipadas. São apenas exemplificações que através da *proteção jurídica contra a dispensa imotivada* integram a reafirmação do substrato constitucional que resguarda o *direito ao trabalho*.

Se na prática a dispensa sem justa causa é a que perdura, nesta tese concluímos pelo seu rompimento adotando a relevância em relação ao direito de manutenção do emprego com base nas premissas constitucionais delineadas, e absolutamente conexas com os elementos construtivos do Direito Social e seu estágio subsequente como Direito do Trabalho.

Rompe-se aqui com a interpretação vigente da denúncia vazia, e com a cláusula potestativa implícita a todo contrato individual de trabalho, dialogando esta centralidade de objeto e investigação com o artigo 122, do Código Civil, com a *teoria do abuso do direito*, e com todo o arcabouço constitucional fundamental. Resgata-se aqui o direito do empregado dispor do seu posto de trabalho, e de sua manutenção, numa vertente jurídica que assegura bens fundamentais como a dignidade e o exercício da cidadania pela condição de acesso e participação social, econômica e cultural. Sobre o artigo 7º, I, da Constituição Federal, repousa a garantia fundamental do *direito ao trabalho* que adquire eficácia pelo artigo 5º, § 1º, e, nesta condição, só lhe resta ser interpretado em total sintonia com as disposições do artigo 1º, inciso III, e artigo 170, todos da Lei Fundamental. Disto resulta a total impossibilidade do exercício do direito potestativo aleatório e injustificado, criando-se novos comportamentos jurídicos que aqui definimos com a observância de critérios objetivos, e que destacamos:

1. A teoria do abuso do direito se incorpora ao direito do trabalho através da proteção jurídica contra a dispensa imotivada, que passa a ter definições de atos e condutas que podem ser enquadrados juridicamente como dispensas por justa causa, dispensas motivadas, dispensas abusivas ou injustificadas, dispensas ilegais e dispensas discriminatórias;
2. Sobre as dispensas e rescisões contratuais deverão ser observados, na aferição de motivos justificáveis, os critérios realçados por Louis Josserand na Teoria do Abuso do Direito, e que correspondem a *critérios intencionais, critérios técnicos, critérios econômicos e critérios sociais ou finalistas*. No primeiro, a análise deve contemplar a intenção do dano e seus derivados e consequências na relação de emprego. No segundo, as falhas e as culpas nas condutas sob uma ótica técnica. No terceiro, a ausência de interesse legítimo sob uma premissa de ordem econômica e social e, por último, a deturpação do exercício de um direito em face de sua função social e de sua própria finalidade de existência;

3. O campo de situações envolvendo as dispensas e rescisões contratuais no direito do trabalho é composto de comportamento vasto e diversificado, e apresentam as mais distintas características onde podem se assentar os critérios de valoração aqui defendidos;

4. A abusividade, a ilegalidade, o excesso e a arbitrariedade ecoam em inúmeras situações onde as mais elementares garantias dispostas no texto constitucional são invalidadas sem uma aferição senão genérica no campo das demandas postas a Juízo;

5. Não se confundem os atos abusivos, injustificados e excessivos com qualquer hipótese de estabilidade legal, havendo distinção de gênero e espécie em ambos os institutos. No primeiro, o plano jurídico se concentra na legitimidade ou arbitrariedade de um ato conforme a lei, porém mensurável e censurável em suas feições de abusividade, ilicitude e excesso. No outro, a aferição se constitui sobre um ato ilegal que afronta a uma disposição legal que garante o emprego de forma cogente;

6. É preciso vigilância sobre as condutas rescisórias que acontecem e podem ocorrer no exercício da atividade sindical; pelo exercício do direito de ação; pela atuação na condição de testemunhas; por questões de convicção e atuação política, religiosa ou sexual; em atos que obstaculizam a aposentadoria ou a conquista de progressões laborais; em atos que discriminam pela condição de mulher/mãe; por adesão a movimentos de greve ou de reivindicação legítimos; quando o empregado contrai dívida em nome próprio para melhor exercer sua atividade laboral; quando o empregado investe em aperfeiçoamento, treinamento e especialização para o trabalho e melhor desempenho da empresa; quando a dispensa se dá por discriminação de qualquer espécie ou gênero; quando se dá em decorrência de doenças ou patologias graves ou submetidas ao preconceito social; quando o preconceito é oculto e se antecipa pela rescisão uma perspectiva genética no desenvolvimento de doenças; quando se tolhe o acesso para tratamento pela via da saúde pública ou mesmo do plano de assistência privada vinculado ao contrato de trabalho; quando se vislumbrar dúvida sobre comportamento que atente contra a dignidade humana, adotando-se a regra do *in dubio pro libertate* e do *in dubio pro operario*;

7. Em caso de despedida do empregado decorrente de prática abusiva, o ato de rompimento contratual é nulo e, em regra geral, a reintegração é o direito consequente.

Desse contexto de observância, faz-se obrigatório um plano de aferição jurídica das dispensas numa atuação de ordem e fiscalização pelo Estado, de participação e valorização da atividade coletiva através da homologação rescisória sindical obrigatória, e sem qualquer prejuízo da aferição da lesão ou ameaça por parte do Poder Judiciário. No campo de apreciação judicial deve ser contemplado e priorizado como procedimento a inversão do ônus da prova, cabendo ao empregador à demonstração de legalidade e as razões de motivação em toda a sua concretude, sejam os motivos de ordem técnica, comportamental ou disciplinar, ou de sobrevivência econômica e adequação legal tecnológica. Nesta via consagra-se o combate aos motivos obscuros das discriminações e das limitações sobre

quaisquer direitos em vias de concretização pelo empregado, adotando-se como premissa e lastro jurídico as disposições da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que em seu artigo 6º, inciso VIII, fixa a inversão do ônus da prova para as relações de consumo, e que na seara trabalhista adentra pela interpretação validada na disciplina da condição de hipossuficiência ali prevista, e por força do artigo 769, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Sobre a reticência jurisdicional no avanço da questão propõe-se a reintegração como comportamento cogente a ser assumido sobre as dispensas injustificadas, abusivas ou ilegítimas, excessivas ou ilegais. Uma vez que o ato abusivo sendo nulo não gera efeitos, a reintegração é o caminho jurídico intransponível. Esta reintegração, como conduta com natureza jurídica impositiva, busca a superação de uma ordem política e discricionária que visualiza no descumprimento da Lei o comportamento juridicamente respaldado, e que se materializa através de decisões judiciais que só reafirmam a condição de mercadoria do trabalhador num único viés de reparação econômica.

Por fim, busca esta tese a unificação da dignidade, da justiça social, do valor do trabalho e das garantias fundamentais dentro da ordem jurídica trabalhista, tornando sistemática e indissociável a *proteção jurídica contra a dispensa imotivada* em face do Direito e de uma ordem verdadeiramente democrática, instituída desde 1988 pela Constituição Federal. Isto resulta na não admissão da exclusão para o trabalho na mesma dinâmica com que foi construída a institucionalização da exclusão no campo social, através de suas formas diversas sedimentadas nos *ghetos*, nos leprosários, nos asilos ou nas prisões, de onde certas categorias da sociedade deixaram de existir por completo e tiveram perpetuadas as privações de certos direitos de participação, de reinclusão pelo trabalho e para o trabalho, e de participação pública mínima e essencial. Se no campo da categoria *trabalho* estamos diante de uma vulnerabilidade criada pela degradação das relações de trabalho, e de mecanismos de proteção efetiva que vieram atrelados com a crise da sociedade salarial, neste campo somos capazes e precisamos enfrentar, sob a seara e autonomia do Direito do Trabalho, os elementos de precarização, da vulnerabilidade e da marginalização incidentes sobre o trabalho, fazendo valer o ideal constitucional disponível como argumento jurídico maior. Para o *Direito*, pelo *Direito* e por *Direito*.

## BIBLIOGRAFIA

O desenvolvimento deste projeto é fruto de uma combinação didática surgida da análise de textos e artigos, e das leituras e aportes surgidos nas disciplinas cursadas no programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo, além dos ingressos em aportes de obras específicas que versam sobre a temática proposta. O aprofundamento da questão suscitada teve e tem relação direta com a análise de obras sedimentadas na seguinte bibliografia:

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Cleber Lucio de. **Abuso do Direito no Processo do Trabalho**. Inédita, 2000.

ANTUNES, Ricardo. A Centralidade do Trabalho Hoje. In: **XIX Encontro da ANPOCS**. São Paulo: GT Trabalhadores. Sindicalismo e Política, 1995.

ARGUELLES, Juan Ramón de Páramo, **Concepto de derechos fundamentales**, Universidad Castilla La Mancha, 2004.

ARNAUD, André Jean. **Los Juristas frente a la Sociedad**. Doxa, 1994.

AVILÉS, Antonio Ojeda. La calidad social europea desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Madrid: **Revista Relaciones laborales**, n. 3, ano XIV, 8/12/1998.

BAGOLINI, Luigi. **Filosofia Do Trabalho - O Trabalho Na Democracia**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1997.

\_\_\_\_\_. **Os Atores Sociais no Novo Mundo do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. 1. ed, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005.

BASNAGE, Henry. Préface au Traité des Hypotheques, in JOSSERAND, Louis. **De L'esprit Des Droits et de Leur Relativité** – Théorie dite de l'abus des droits, Dalloz: Paris, 2006, p.4.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo, 1999.

BATTAGLIA, Felice. **Filosofia do Trabalho**. Tradução Luis Washington Vita e Antonio Delia. São Paulo: Saraiva, 1958.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAYLOS, Antonio Grau. Igualdad, Uniformidad y Diferencia en el Derecho del Trabajo. **Revista de Derecho Social**, nº 1, enero – marzo 1998.

\_\_\_\_\_. Formas Nuevas y Reglas Viejas en el Conflicto Social. **Revista de Derecho Social**, nº 2, 1998.

BELTRAN, Os **Impactos da Integração Econômica no Direito do Trabalho Globalização e Direitos Sociais**. São Paulo: Ltr, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 92.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CASAS BAAMONDE, Una nueva constitucionalización del Derecho del trabajo? – Relaciones Laborales, **Revista Crítica de Teoría y Práctica**, nº 11, junio 2004.

CASTEL, Robert. **La Montée des Incertitudes – Travail, protections, statut de l'individu**. Paris: Seuil, 2009, cap 5 (“Au-delà du salariat ou en-deça de l’emploi? L’institutionnalisation du précaire”, pp. 159-183).

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Vol. I. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

\_\_\_\_\_. **A Sociedade em Rede** (traduzido por Alexandra Figueiredo e Catarina Lorga; coordenadores: José Manuel Paquete de Oliveira e Gustavo Leitão Cardoso). Vol. 1. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, 713 p.

\_\_\_\_\_. **O poder da identidade** (traduzido por Alexandra Figueiredo e Rita Espanha; coordenadores: José Manuel Paquete de Oliveira e Gustavo Leitão Cardoso). Vol. 2. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

\_\_\_\_\_. **O fim do milênio**. (traduzido por Alexandra Figueiredo e Rita Espanha; coordenadores: José Manuel Paquete de Oliveira e Gustavo Leitão Cardoso). Vol. 3. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

COÊLHO, Ricardo Correa. **Partidos Políticos, Maiorias Parlamentares e Tomada de Decisão na Constituinte**. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 1999, citado por MUNHOZ, Sara Regina, *in* A atuação do “Centrão” na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988: dilemas e contradições. *Revista Política Hoje*, Vol. 20, n. 1, 2011.

COURTIS Christian, ABRAMOVICH, Víctor. **Los Derechos Sociales como derechos exigibles**. Trotta, 2004.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Os Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais, Direito Previdenciário e Constituição:** homenagem a Wladimir Novaes Martinez. São Paulo: Ltr, 2004, p. 36.

DAL-RE, Contrato del Trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia, Relaciones Laborales, **Revista Crítica de Teoría y Práctica**, nº 22, noviembre 2003.

\_\_\_\_\_. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: un ensayo de noción lógico-formal, Relaciones Laborales, **Revista Crítica de Teoría y Práctica**, nº 18, septiembre 2003.

\_\_\_\_\_. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio, Relaciones Laborales, **Revista Crítica de Teoría y Práctica**, nº 20, octubre 2003.

\_\_\_\_\_. La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa, Relaciones Laborales, **Revista Crítica de Teoría y Práctica**, nº 18, septiembre 2001.

\_\_\_\_\_. La descentralización del mercado de trabajo, Relaciones Laborales, **Revista Crítica de Teoría y Práctica**, nº 12, junio 2000.

DAUBLER, Wolfgang, La Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y el Derecho Colectivo del Trabajo, **Revista de Derecho Social**, nº 17, enero – marzo 2002.

DE LA VILLA GIL, Luis Enrique et al. **Los Principios del Derecho Del Trabajo.** Editorial CES.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: Ltr, 2010.

DUPAS, Gilberto. **Economia Global e Exclusão Social.** São Paulo: Paz e Terra, 2001.

DUPEYROUX, Jean Jacques. Un nouveau droit social? – **Revista Droit Social**, nº 1, janvier 2003.

DWORKIN, R. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de principio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPING-ANDERSEN. **The Three Worlds of Welfare Capitalism.** Princeton: Princeton University Press, 1993, Part II, caps. 6, 7, 8.

FERNANDES, Florestan. **A Constituição Inacabada.** São Paulo: Estação Liberdade, 1989.



FREITAS JUNIOR, Antonio Rodrigues et. al. **Teoria Geral do Direito do Trabalho**. Coleção Pedro Vidal Neto. São Paulo: Ltr, 1998.

GAUDEMET. Jean. **Institutions de LAntiquité**. Paris: Sirey, 1982.

GILS, J. J. A., et al. **Perspectiva Internacional del teletrabajo**. Nuevas formas de trabajo en la sociedad de la información. Madrid: Colección informes y estudios, serie empleo, n. 16, 2001.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direitos fundamentais sociais: uma visão crítica da realidade brasileira. **Revista de direito constitucional e internacional**. Ano 13, outubro-dezembro, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito do Trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica, problemas e perspectivas**. São Paulo: Ltr, 2005.

\_\_\_\_\_. O processo de afirmação dos Direitos Fundamentais, **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nº 5, outubro – dezembro 2003.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica jurídica e Constituição no Estado de direito democrático**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

GONÇALVES, Jesus Perez. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1996, p. 92-100.

GORZ. André. **Misères du Présent, Richesse du Possible**. Paris: Galilée, 1997.

\_\_\_\_\_. **Métamorphoses du Travail. Quête des Sens**. Critique a la raison économique. Paris: Galilée, 1988.

GUIMARÃES, Nadya Araujo. Os destinos dos demitidos: a contribuição das análises longitudinais ao estudo das mudanças no trabalho no Brasil. In: **Caminhos Cruzados: Estratégias de empresas e trajetórias de trabalhadores**. São Paulo: Ed. 34, p. 237-277.

GUSTIN, Miracy B. S. e DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, J. **Direito e democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERLE, Peter. A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal. In: **Dimensões a dignidade**. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Obra coletiva. SARLET, Ingo Wolfgang (org. e tradutor Pedro Scherer de Mello Aleixo). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HARVEY, David. **A Condição Pós-Moderna**. São Paulo: Loyola, 1992. Parte II.

HELLER. Ágnes. **Teoria De Las Necesidades En Marx**. Barcelona: Ediciones

Peninsula, 1986.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**, 2. ed. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

IASI, Marco Antonio. **Reengenharia Social**. São Paulo: Ltr, 1996.

JOSSERAND, Louis. **De L'esprit Des Droits et de Leur Relativité – Théorie dite de l'abus des droits**. Dalloz. Paris. 2006.

KAUS, Mickey. **The End of Equality**. New York: Basic Books, 1992.

KINZO, Maria Dalva Gil. "O Quadro Partidário e a Constituinte" *in*: Bolívar Lamounier (org.). **De Geisel a Collor: O Balanço da Transição**. São Paulo, 1990, IDESP.

LASCH, Christopher. **A Rebelião das Elites e a Traição da Democracia**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

LIPIETZ, Adam. **Audácia: Uma Alternativa para o século 21**. São Paulo: Nobel, 1986.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ediciones Ariel, 2002.

LÓPEZ. **La función y la refundación del Derecho del trabajo**. Espanã, 2002.

MALLET, Estevão. Igualdade, discriminação e Direito do Trabalho. **Revista Trabalhista Direito e Processo**, ano 7, nº 28, 2012.

MARCONI, Marina de Andrade et al. **Técnicas de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 1990.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MEDA, Dominique. **Le Travail, Une Valeur en Voie de Disparition**. Paris: Aubier, 1995.

MEIRELES, Edilton, **Abuso do Direito na Relação de Emprego**. São Paulo: Ltr, 2005.

MELO NETO, Francisco Paulo et al. **Responsabilidade Social e Cidadania Empresarial. Local: Qualitymark**, 2005.

MÉSZÁROS, István. **A Educação Para Além do Capital**. São Paulo: Boitempo, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Direitos fundamentais**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 2000.

MORAIS FILHO, Evaristo de. **Temas Atuais de Trabalho e Previdência**. São Paulo: Ltr. 1976.

MORENO, Beatriz González, **El Estado Social**. Naturaliza Jurídica y Estructura de los Derechos Fundamentales. Universidad de Vigo: Civitas, 2002.

MUNHOZ, Sara Regina. A atuação do “Centrão” na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988: dilemas e contradições. **Revista Política Hoje**, Vol. 20, n. 1, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREZ, Gonçalves Jesus. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 2003.

PIÑERO, Miguel Rodríguez, La Igualdade en los tratamientos laborales y su relevância constitucional, Relaciones Laborales, **Revista Crítica de Teoría y Práctica**, nº 22, noviembre 1998.

\_\_\_\_\_. De Maastricht a Amsterdam: Derechos Sociales y empleo, Relaciones Laborales, **Revista Crítica de Teoría y Práctica**, nº 4, febrero 1998.

\_\_\_\_\_. Política, globalización y condiciones de trabajo, Relaciones Laborales, **Revista Crítica de Teoría y Práctica**, nº 14, julio 1998.

\_\_\_\_\_. Empleo y exclusión social, Relaciones Laborales, **Revista Crítica de Teoría y Práctica**, nº 10, mayo 2002.

\_\_\_\_\_. Política, Globalización y condiciones de trabajo, Relaciones Laborales, **Revista Crítica de Teoría y Práctica**, nº 11, junio 2002.

PIOVESAN, Flávia e Carvalho, Luciana Paula Vaz. **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

PORTES, Alejandro. The concept of institutions. In: **Economic Sociology**. A systematic Inquiry. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2010, cap. 4, p.48-70.

QUEIRÓZ, M. M. Cristina. **Direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 195.

REVISTA SÃO PAULO EM PERSPECTIVA. **Mudanças Econômicas e Desemprego**, vol. 10, nº 1.

\_\_\_\_\_. **Seguridade, Crise e Trabalho**, volume 9, nº 4.

RESENDE, Renato de Sousa. **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**. A Centralidade do Direito ao Trabalho e a Proteção Jurídica ao Emprego. Flávia Piovesan e Luciana Paula Vaz de Carvalho (Coord.). São Paulo: Atlas, 2010.

RIBOUD. Antoine. **Modernisation Mode Demploi**. Paris: 10-18, 1987.

ROBERT BOYER e J. ROGERS HOLLINGSWORTH. From national embeddedness to spatial and institutional nestedness. In: J. Rogers Hollingsworth e Robert Boyer (orgs.), **Contemporary Capitalism**. The embeddedness of institutions. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1997, cap. 14, p. 433-484.

ROMAGNOLI, Umberto. El Derecho del Trabajo en la era de la globalización, **Revista de Derecho Social**, nº 24, octubre – Diciembre 2003.

\_\_\_\_\_. Del Derecho del Trabajo al Derecho para el trabajo, **Revista de Derecho Social**, nº 2, abril – junio 1998.

SADER, Eder. **Quando Novos Personagens Entraram em Cena**. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SANGLAS, Lluís Fina, **Mercado de Trabajo y Políticas de Empleo**. CES, 2001.

SANTOS, Osmar de Almeida. **Em Busca do Emprego Perdido - O Futuro do Trabalho na Era Tecnológica**. São Paulo: Textonovo, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SENNETT, Richard. **A Corrosão do Caráter**. São Paulo: Record, 1999.

SILVA, José Afonso. A Dignidade da Pessoa Humana com Valor Supremo da Democracia. In **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, 1998.

SILVERO, Emilio Andrés Garcia, Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Relaciones Laborales, **Revista Crítica de Teoría y Práctica**, nº 15-16, agosto 2002.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, ano 30, n. 116, out./dez.2004.

\_\_\_\_\_. Capitalismo, Crise, Meio Ambiente e Direito do Trabalho, **Anais do 6º Congresso dos Magistrados do Trabalho da Região Sudeste**, realizado em Campos do Jordão de 22 a 25 de março de 2012.

STRECK, Lenio. Texto As Vinhas da Ira do Neoliberalismo: o Estado, a Economia e a Autonomia do Direito em Tempos de Crise. **Anais do 6º Congresso dos Magistrados do Trabalho da Região Sudeste**, realizado em Campos do Jordão de 22 a 25 de março de 2012. Amatra XV. Campinas

TANNENBAUM, Frank. **A Philosophy of Labor**. New York, 1951.

TELESCA, Maria Madalena. **Revista da Associação Latino-Americana de Juizes do Trabalho**, número 9, abril 2013.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). O Abuso do Direito no Código de 2002 – Relativização de Direitos na Ótica Civil-Constitucional. **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

THOMPSON, E. P. **Time work-discipline and industrial capitalism**. Past and Present, nº 38, december 1967.

TOVAR, Joaquín Aparicio. **Introducción al derecho social de la Unión Europea**. Albacete: Bomarzo, 2005.

UGUINA, Jesús R. Mercader, Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: hacia una empresa panóptica?, Relaciones Laborales, **Revista Crítica de Teoría y Práctica**, nº 10, mayo 2001.

URIARTE, Oscar Ermida. **A Flexibilidade**. São Paulo: LTr, 2002.

VALDÉS, Berta La Veja. La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia Madrid: **Revista Relaciones laborales**, n. 23, Julio-Septiembre, 2003.

VALVERDE, Antonio Martín. Contrato de Trabajo e Derechos fundamentales, **Revista de Derecho Social**, nº 6, abril – junio 1999.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado – o direito do trabalho no limiar do século XXI. **Revista LTr**, Vol. 63, n. 1, janeiro de 1999.

\_\_\_\_\_. **Convenção 158: Denunciando a Denúncia, o que há de novo em Direito do Trabalho**. Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault (Coord.) – homenagem a Isis de Almeida, Messias Pereira Donato e Paulo Emílio Ribeiro Vilhena. São Paulo: Ltr, 1997.

YOSHIZATO, Monica. **Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.45.

ZYLBERSTAJN. Hélio. PASTORE. José. **A Administração do Conflito Trabalhista no Brasil**. São Paulo: IPE-USP, 1987.