

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

SANDRA HELENA FAVARETTO

O princípio da proibição de proteção insuficiente como concretização adequada do direito  
fundamental contra despedida arbitrária ou sem justa causa

Ribeirão Preto

2019



SANDRA HELENA FAVARETTO

O princípio da proibição de proteção insuficiente como concretização adequada do direito fundamental contra despedida arbitrária ou sem justa causa

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso

Coorientador (se houver): Prof. Dr.

Ribeirão Preto

2019

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca  
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,  
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

F 272p Favaretto, Sandra Helena  
O princípio da proibição de proteção insuficiente como concretização adequada do direito fundamental contra despedida arbitrária ou sem justa causa. / Sandra Helena Favaretto; orientador Jair Aparecido Cardoso. -- Ribeirão Preto, 2019.  
152 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2019.

1. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE. 2. PROTEÇÃO CONTRA DEMISSÃO IMOTIVADA. 3. TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO. 4. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. 5. DIREITOS DO TRABALHADOR. I. Cardoso, Jair Aparecido, orient. II. Título

## FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: FAVARETTO, Sandra Helena.

Título: O princípio da proibição de proteção insuficiente como concretização adequada do direito fundamental contra despedida arbitrária ou sem justa causa

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_



## DEDICATÓRIA

A Deus ...

Aos meus pais, pelo amor incondicional e imensa  
dedicação pelos meus estudos

Ao Alexandre, meu namorado, por apoiar meus  
projetos e acreditar em mim mais do que eu mesma



## AGRADECIMENTOS

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

Essa dissertação é fruto do apoio e orientação de muitas pessoas que não mediram esforços para sua conclusão e a quem dedico esses agradecimentos.

Ao meu orientador e “mentor”, Professor Doutor Jair Aparecido Cardoso, pelo empenho em compartilhar seu imenso conhecimento; pela dedicação sem medida que dispensa ao programa e aos seus alunos; por confiar na minha capacidade para desenvolver a pesquisa; pelo carinho e paciência,

A todos os professores Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP e também de outras instituições de ensino, que colaboraram nesse processo de aprendizado e contribuíram para a conclusão dessa pesquisa, como Professora Doutora Maria Hemília Fonseca e Professor Doutor Gustavo Assed Ferreira, com os quais tive o privilégio de estagiar;

Aos amigos que conheci durante o mestrado, queridos companheiros nessa caminhada;

Aos funcionários da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP, que, com solicitude e amor pelo trabalho, contribuíram para a realização dessa pesquisa;

À minha família, pelo amor e paciência durante essa jornada.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.



## RESUMO

FAVARETTO, Sandra Helena. **O princípio da proibição de proteção insuficiente como concretização adequada do direito fundamental contra despedida arbitrária ou sem justa causa.** 2019. 152 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

No contexto de um sistema capitalista de produção, a relação de emprego é a fonte primeira de subsistência do trabalhador e de sua família, mas não somente. O trabalho é o meio pelo qual o homem se realiza e insere na vida social e de consumo, contribuindo para o desenvolvimento nacional. Apesar disso, o direito fundamental contra despedida arbitrária ou sem justa causa, previsto no inciso I, do art. 7º, da Constituição Federal de 1988, instrumento que reduziria o poder potestativo de despedida do empregador, até o presente momento, não foi adequadamente concretizado, permanecendo o trabalhador sob a grave e cotidiana ameaça de demissão. A concessão de indenização compensatória pela extinção do contrato de trabalho, ínfima face às dificuldades enfrentadas durante o desemprego, não é proteção suficiente a obstar atos abusivos e discriminatórios que possam ser praticados pelo empregador. A exigência de motivação do ato demissório, cuja legitimidade pode ser contraditada pelo empregado ameaçado, é medida que melhor realiza o direito fundamental, observando a dignidade do trabalhador como ser humano, e não como mercadoria substituível. Isto posto, este trabalho pretende analisar o princípio da proibição de proteção insuficiente, acepção do princípio da proporcionalidade, que impõe ao aplicador do direito a observância de padrão de proteção constitucionalmente adequado quando da implementação de um dever de proteção, atuando como critério para verificação de suposta violação de suficiência do ato legislativo concretizador. Para tanto, esta dissertação adota, como método de procedimento, a técnica de pesquisa bibliográfica, e como método de abordagem, o dedutivo. Ao final, conclui-se que o ato legislativo que estabelece a indenização compensatória à despedida arbitrária ou sem justa causa, incorre em omissão parcial e viola o princípio da proibição de proteção insuficiente, ao conferir medida com grau de proteção inadequado à realização do direito fundamental.

**PALAVRAS-CHAVES:** Princípio da Proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente. Proteção contra demissão imotivada. Teoria dos deveres de proteção. Princípios gerais do direito. Direitos do trabalhador. Direitos Sociais.



## ABSTRACT

FAVARETTO, Sandra Helena. **The Forbiddance of Insufficient Protection Principle as adequate concretization of the fundamental right against arbitrary dismissal or without good cause.** 2019. 152 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

In the context of a capitalist production system, working is the main way of livelihood of the worker and their family, but not only that. Working is also the way through which the human being feels accomplished and part of the social and consuming society. In spite of that, the fundamental right against arbitrary dismissal or without good cause, as stipulated in subsection I, article seven of the 1988 Brazilian Constitution – an instrument that could reduce the dismissal protesting power of the employer –, to the very present, has not been adequately implemented, which forces the employee to remain under permanent threat of dismissal. A compensation indemnity concession for the working contract extinction, insignificant compared to the difficulties faced during the employment, is not protection enough to inhibit abusive and discriminatory acts that may be put in practice by the employers. The dismissal motivation requirement, which legitimacy can be contradicted by the threatened employee, is the measure that best performs the fundamental right, it observes the worker dignity as a human being, instead of as a replaceable good. Therefore, this endeavor intends to analyze the forbiddance of insufficient protection, within the meaning of the principle of proportionality, which imposes to the right enforcer the observation of the protective pattern constitutionally adequate when following a protection duty, acting as criteria for verifying the alleged infringement of the legislative act. For this purpose, this dissertation adopts, as a procedure method, the bibliographic research technic, and as for the approach method, the deductive one. In the long run, it has been concluded that the legislative act that establishes the compensation indemnity for the arbitrary dismissal or without good cause incur in partial omission and violates the forbiddance of insufficient protection, granting measure with inadequate protection degree to the fulfilment of the fundamental right.

**KEYWORDS:** Principle of proportionality as forbiddance of insufficient protection. Protection against dismissal without cause. Theory of the protection duties. Fundamental rights. Fundamental rights horizontal efficacy. General principles of the law. Labor Law.



## SUMÁRIO

|   |     |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO.....   | 17  |
| 1. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE: REALIZAÇÃO DA FUNÇÃO DE IMPERATIVO DE TUTELA .....                                 | 19  |
| 1.1 A fundamentalidade do direito .....   | 21  |
| 1.2 A eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas .....  | 25  |
| 1.3 A força normativa da Constituição na interpretação de direitos fundamentais .....   | 28  |
| 1.4 A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e a função de imperativo de tutela.....  | 31  |
| 1.4.1 A perspectiva objetiva e os direitos fundamentais .....   | 32  |
| 1.4.2 Os direitos fundamentais como imperativos de tutela.....  | 36  |
| 1.5 O Princípio da Proporcionalidade: configuração e fundamentação .....  | 40  |
| 1.5.1 A máxima da proporcionalidade .....   | 41  |
| 1.5.2 A configuração e fundamentação do Princípio da Proporcionalidade .....  | 44  |
| 1.5.3 O Princípio da Proporcionalidade como Proibição de Excesso (Übermaßverbot).....   | 54  |
| 1.6 O Princípio da Proibição de Proteção Insuficiente ( <i>Untermaßverbot</i> ).....  | 56  |
| 1.6.1 A aplicação do procedimento das submáximas da Proporcionalidade ao Princípio da Proibição de Proteção Insuficiente .....                                  | 70  |
| 1.6.2 A compatibilidade do Princípio da Proibição de Proteção Insuficiente no Direito do Trabalho .....   | 74  |
| 2. A GARANTIA CONSTITUCIONAL CONTRA DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA.....  | 79  |
| 2.1 O Direito à continuidade do trabalho .....  | 83  |
| 2.2 O marco teórico da despedida arbitrária ou sem justa causa.....   | 88  |
| 2.3. A atual normatização do direito fundamental contra despedida arbitrária ou sem justa causa   | 94  |
| 2.3.1 A livre iniciativa e o direito potestativo de despedida do empregador.....  | 104 |
| 2.3.2 O Impacto da reforma trabalhista.....   | 106 |
| 2.3.3 A proteção à despedida arbitrária ou sem justa causa na Alemanha.....   | 108 |
| 2.4 A Convenção n. 158 da OIT e a continuidade da relação de emprego.....   | 111 |
| 3. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE COMO CONCRETIZAÇÃO SUFICIENTE DO DIREITO CONTRA DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA ..... | 123 |

|  |     |
|--|-----|
| 3.1 A concretização suficiente por meio da máxima de proporcionalidade ..... | 124 |
| 3.2 Análise de julgado.....  | 136 |
| CONCLUSÃO .....  | 145 |
| REFERÊNCIAS.....   | 147 |

## INTRODUÇÃO

O ideal de um Estado Democrático e Social de Direito, entendido como aquele comprometido com a realização da justiça social e da garantia de padrões mínimos de existência, vem perdendo força, antes mesmo de sua realização. Em razão do retorno entusiasmado da concepção de governo mínimo, não intervencionista, baseado nas regras do “consenso neoliberal”, hoje vivenciamos o enfraquecimento do Estado perante a ascensão de grandes atores econômicos supranacionais, resultando numa crise de efetividade dos direitos fundamentais.

Distante três décadas do momento de promulgação da Constituição Federal de 1988, é possível perceber, neste momento, que boa parte do discurso da redemocratização, comprometida com a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, não se concretizou e, ao que indicam as decisões políticas recentes, assim permanecerá. Observa-se que a inserção no texto constitucional de determinados direitos fundamentais, particularmente aqueles relacionados à ordem social e implementação de políticas públicas, destinava-se a atender as expectativas da população por melhores condições de vida, porém, sem a intenção de realizá-las.

A previsão constitucional da proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I, CF/88), é um bom exemplo dessa manobra. Isso porque, de acordo com entendimentos mais conservadores, a norma que garante esse direito não possui eficácia jurídica plena, tampouco imediata, a despeito do seu status de direito fundamental, dependendo seu exercício de intervenção legislativa infraconstitucional, de natureza complementar, que, até hoje, não foi editada.

Transitoriamente, a garantia à continuidade da relação de emprego encontra-se regulamentada pela disposição do art. 10, I, Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), a qual limita-se a prever o pagamento de uma indenização, previamente fixada (40%), sobre o valor dos depósitos na conta vinculada do Fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS). Contudo, tal regra não concretiza suficientemente a proteção ao emprego, pois permite ao empregador exercer seu poder potestativo de extinção do contrato de trabalho, à revelia de qualquer motivação.

A importância do tema deste estudo revela-se pelas graves consequências, individuais e coletivas, acarretadas pela perda do emprego, especialmente, no contexto de um sistema capitalista de produção, em que a relação de emprego é a fonte primeira de subsistência do trabalhador e de sua família, mas não somente. O trabalho é o meio pelo qual o homem se realiza e insere na vida social e de consumo, contribuindo para o desenvolvimento nacional, devendo, por essa razão, ser protegido.

O princípio da proibição de proteção insuficiente é uma das acepções do princípio da proporcionalidade, que impõe ao aplicador do direito a observância de padrão de proteção constitucionalmente adequado quando da implementação de um dever de proteção, atuando como critério para verificação de suposta violação de suficiência do ato legislativo concretizador. Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é analisar a possibilidade de aplicação deste princípio como forma de impelir a motivação do ato demissório, independentemente de norma regulamentar, como forma de proteger adequadamente o direito fundamental contra despedida arbitrária ou sem justa causa.

O primeiro capítulo destinou-se à análise da fundamentalidade dos direitos sociais e da vinculação dos sujeitos particulares aos deveres de proteção portados pelos direitos fundamentais, a fim de fundamentar a aplicação do princípio da proibição de proteção insuficiente, vertente do princípio da proporcionalidade, ao qual dedicou-se os últimos tópicos.

O segundo capítulo foi destinado a estabelecer-se o marco teórico das expressões “despedida arbitrária” e “sem justa causa”, assim como examinar a normatização atual sobre o direito fundamental contra despedida arbitrária ou sem justa causa e seu contraponto com o direito potestativo de dispensa do empregador.

No último capítulo, procedeu-se a aplicação do princípio da proibição de proteção insuficiente, por meio de suas três submáximas, a fim de verificar a ocorrência de infração à proibição de insuficiência pela atual regulamentação do direito fundamental contra despedida arbitrária ou sem justa causa, e, então, ousar opinar pela aplicação imediata do direito em questão, limitando-se, de pronto, o direito do empregador de extinguir a relação de emprego, o qual somente poderá ser exercido mediante exposição de motivo lícito.

## **1. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE: REALIZAÇÃO DA FUNÇÃO DE IMPERATIVO DE TUTELA**

Tendo como marco político o Estado Democrático de Direito, o qual visa a garantia e o exercício de direitos individuais e sociais, a Carta Magna de 1988 estabeleceu novo paradigma, em que os direitos fundamentais atuam simultaneamente como fundamento, objetivo e dever das esferas pública e particular. Isso decorre de uma nova concepção do constitucionalismo, agora entendido como compromissório e social, o qual impõe não apenas uma função de proteção negativa do Estado (frente aos direitos de liberdade), mas também uma função prestacional positiva, em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais.

No contexto das denominadas constituições dirigentes, marcadas pelo estabelecimento de objetivos a serem perseguidos pelo Estado, introduz-se a noção de princípios, como superação ao modelo de regras apresentado pelo positivismo, a fim de alicerçar as disposições de conflitos e demandas sociais, agora inseridas no próprio texto constitucional. Desse modo, os princípios, antes entendidos em seu ofício supletivo e interpretativo das Constituições, assumem a função de fundamentar todo o ordenamento jurídico, numa verdadeira eficácia juridicamente vinculante dos direitos e garantias estabelecidos na Carta.

Esta evolução de um sistema exclusivo de regras para um que englobe os princípios como normas, representa importante modificação do Direito, mormente diante da necessidade de encontrar uma teoria que guiasse o intérprete na resolução dos chamados “casos difíceis”. Isso porque, os “casos simples” solucionam-se com a subsunção a uma regra já estabelecida (cuja criação foi inspirada em princípios); todavia, a inserção de questões fáticas no texto constitucional propicia a ocorrência de situações complexas, como as colisões entre princípios e ou direitos fundamentais, as quais demandam método resolutivo além da previsibilidade das regras. Nesse ponto, esclarece Streck:

[...] antes de estarem cindidos, há um acontecer que aproxima regra e princípio em duas dimensões, a partir de uma anterioridade, isto é, a condição de possibilidade de interpretação da regra é a existência do princípio instituidor. Ou seja, a regra está ‘subsumida’ no princípio. Nos ‘casos simples’ (utilizando aqui, argumentativamente, a distinção que a teoria da argumentação faz), ela apenas encobre o princípio, porque consegue se dar ao nível da pura objetivação. Havendo, entretanto, ‘insuficiência’

(sic) da objetivação (relação casual-explicativa) proporcionada pela interpretação da regra, surge a ‘necessidade’ do uso dos princípios (STRECK, 2006, p. 167).<sup>1</sup>

As situações de tensão compreendem, ainda, os casos de materialização dos direitos fundamentais elencados pela Constituição cidadã, pois essa concretização pode resultar numa efetivação inadequada, aquém ou além da proteção demandada, tendo em vista a abstratividade inerente às previsões constitucionais. A análise do acerto perpassa por um necessário juízo de ponderação entre os interesses e sujeitos envolvidos, diante de circunstâncias concretas, já que a efetivação de um direito pode restringir ou impedir o exercício de outro ou não atender o nível de proteção desejado.

Tal tarefa é desenvolvida pelo Princípio ou Máxima da Proporcionalidade, de ampla aplicação e aceitação nas doutrina e jurisprudência pátrias, por meio do qual examina-se a adequação do meio adotado frente ao objetivo pretendido, a necessidade de sua utilização (e não de outros porventura existentes e mais onerosos) e a justeza da decisão encontrada, por meio de um juízo estrito de ponderação. Essas três submáximas embasam a aplicação do referido princípio como critério de constitucionalidade de atos restritivos na esfera de proteção dos direitos fundamentais.

É nessa seara que se destaca a divisão dos direitos fundamentais nas suas dimensões negativa e positiva, entendendo-se esta como um imperativo de tutela ou dever de proteção, que impõe uma atuação positiva do Estado, no sentido de materializar adequadamente a garantia constitucional, resguardando-a de quaisquer ofensas, ainda que provenientes de particulares. É nesse momento, de concretização do imperativo de tutela, em que o ente público precisa verdadeiramente agir para efetivar um direito, seja por meio de legislação, políticas públicas ou decisões judiciais, que há possibilidade de violar-se, de modo desproporcional, o direito fundamental de terceiros.

Considerando o conteúdo obrigacional inerente aos direitos sociais, para cumprir sua missão institucional, não basta, então, ao poder público abster-se de condutas excessivas como lhe é habitual, devendo adotar postura que leve à efetivação de prestações materiais. Essa postura provem de uma nova visão do Estado como amigo dos direitos fundamentais, e não

---

<sup>1</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 167.

mais como inimigo destes, o que resulta na cobrança por condutas, superando a antiga necessidade de limitação da interferência estatal na esfera de direitos do indivíduo.

Verifica-se, portanto, uma obrigação constitucional, às vezes explícita, outras implícitas, de que a proteção aos direitos fundamentais seja concretizada num duplo viés: contra o arbítrio estatal e por meio da concretização de direitos prestacionais, tema que será abordado neste capítulo. Contudo, algumas abordagens anteriores devem ser feitas para contextualizar a problemática e apresentar as definições dos elementos jurídico-dogmáticos dos estudos.

### **1.1 A fundamentalidade do direito**

A consolidação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é fruto da evolução histórica da consciência própria de direitos humanos, a partir da concepção de homem e da ideia de direito natural, desenvolvidas com base na filosofia cristã, que prega uma proteção especial à dignidade humana por ter a espécie sido criada à imagem e semelhança de Deus.

Contudo, é com base nas reivindicações das revoluções liberais-burguesas do século XVIII que os direitos fundamentais desenvolvem-se, baseados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana e na sua proteção em face do poder estatal, do qual passou-se a exigir a abstenção de interferência na vida econômica e social. Assim, a história dos direitos fundamentais confunde-se com a história do surgimento do Estado Constitucional e sua característica limitação do poder de ingerência do Estado, mormente porque, nesse momento, assentam-se em liberdades individuais.

Assim, em razão dessa concepção liberal de direitos fundamentais, de cunho individualista e que reclama uma zona de autonomia do sujeito em face do poder estatal, esses direitos são apresentados como negativos” ou de “defesa”, que caracterizam a primeira geração ou dimensão de direitos fundamentais, integrada pelos direitos à vida, liberdade, igualdade, entre outros.

Porém, com a crescente industrialização experimentada do século XIX e seu impacto sobre a vida econômica e social, surgem diversos movimentos reivindicatórios de justiça social e de direitos de concepção “positiva”, que exigiam um agir estatal na direção da consecução de prestações sociais, como igualdade, saúde, educação e trabalho. Esses direitos,

consagrados nas constituições escritas dos Estados Sociais do século XX, caracterizam a segunda geração ou dimensão de direitos fundamentais e representam tanto direitos à prestações, como liberdades sociais, exigíveis do poder público.

A evolução dos meios tecnológicos e de informação transformaram a sociedade, no final do século XX e início do XXI, especialmente pelo impacto trazido com a globalização que, aproximando pessoas e interesses de todo o planeta, reavivou um sentimento de fraternidade. Percebe-se, assim, a alteração da concepção individualista de direito para uma ideia de proteção coletiva, de todo o grupo humano. Surge, então, a terceira geração ou dimensão de direitos fundamentais, marcada pela titularidade transindividual (coletiva ou difusa), como direito à paz, ao meio ambiente e ao desenvolvimento.

Embora essa divisão dos direitos fundamentais seja importante para entender a evolução destes e a forma como foram sendo incorporados ao patrimônio jurídico do indivíduo, não foi capaz de formular um conceito significativo de direito fundamental a partir do qual seja possível identificar quais bens jurídicos são ou não fundamentais. Isso porque tais direitos são muito díspares, com características diversas, não tendendo à homogeneidade, o que dificulta o estabelecimento de elementos comuns que resultem em definição proveitosa.

Pode-se afirmar, contudo, baseado na doutrina majoritária que “direitos humanos” é a expressão que designa os direitos conferidos a todo e qualquer ser humano, pelo simples fato de portar a condição humana, e que são reconhecidos pela ordem jurídica internacional, no intuito de que valham universalmente; por seu turno, “direitos fundamentais” são aqueles que passaram por um processo legislativo (originário ou não) que lhes reconheceu e positivou no âmbito constitucional, a exemplo dos direitos humanos fundamentais.

O sentido mais comum atribuído à espécie é pretender definir direito fundamental como todo aquele cujo núcleo essencial relaciona-se intimamente com o princípio da dignidade da pessoa humana (ANDRADE, 2004, p. 83)<sup>2</sup>. Tal posição, porém, sofre séria crítica de parte da doutrina, como José Joaquim Gomes Canotilho, para quem essa concepção “expulsa do catálogo material de direitos todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, não pressuponham a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana. O resultado a que chega é um exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais constitucionalmente adequada”

---

<sup>2</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 83.

(CANOTILHO, 2003, p. 404)<sup>3</sup>. É pertinente a crítica, tendo em vista que algumas constituições, como a portuguesa e a brasileira, atribuem direitos fundamentais à pessoas coletivas, como o princípio da livre iniciativa destinada aos empresários, que não se vincula diretamente à dignidade.

Partindo-se de uma definição inicial de direitos fundamentais como “posições jurídicas reconhecidas e protegidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 326)<sup>4</sup>, é possível afirmar que a “nota distintiva de fundamentalidade” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 327)<sup>5</sup> que identifica um bem jurídico como fundamental ou não, deve ser analisada por uma perspectiva formal e material.

Tomando por base o critério formal, são considerados fundamentais aqueles direitos consagrados e reconhecidos pela constituição, por meio de “normas com valor constitucional formal” (CANOTILHO, 2003, p. 404)<sup>6</sup>, ou seja, normas, implícitas ou explícitas, que tenham *status* constitucional formal (fundamentalidade formal), de modo que são caracterizados pelos seguintes elementos

a) como parte integrante da constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, gozando da supremacia hierárquica das normas constitucionais; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF) [...]; c) além disso, as normas de direitos fundamentais **são diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e, mediante as necessárias ressalvas e ajustes, também os atores privados (art. 5º, §1º, da CF) [...]**<sup>7</sup> (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 327, grifos nossos)

Nota-se que, por serem identificados como fundamentais, esses direitos são regidos por meio de regime jurídico diferenciado das demais normas constitucionais não fundamentais, o qual lhes confere o atributo de serem imediatamente aplicadas e lhes resguarda de alterações ou extinções promovidas pelo poder constituinte reformador.

<sup>3</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> CANOTILHO, op. cit.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit.

Há quem defenda que, a partir desse critério, terá *status* de fundamental todo direito que esteja previsto na Constituição Federal de 1988, dentro do Título II (“Direitos e Garantias Fundamentais”), assim como outros dispersos ao longo do texto. Nesse sentido, Compartilhando desse entendimento José Afonso da Silva afirma que a todos direitos fundamentais deve ser conferido o regime de aplicabilidade imediata

[a cláusula do §2º, do art. 5º] não abrange apenas os direitos e garantias individuais, mas qualquer espécie de direitos e garantias fundamentais, especialmente aqueles configurados no Título II da Constituição: direitos individuais, sociais, de nacionalidade e políticos e respectivas garantias. Contudo, esses direitos e garantias desdobram em outros tópicos da Constituição, fora do Título II [...] (SILVA, 2005a, p. 178)<sup>8</sup>

Porém, autores ligados à corrente tradicional dos direitos fundamentais, restringem a nota de fundamentalidade aos direitos constantes no art. 5º, da CF, e alguns outros esparsos no texto constitucional, excluindo, portanto, os direitos sociais dessa posição (TORRES, 2000, p. 179)<sup>9</sup>.

Devido ao disposto no art. 5º, parágrafo 2º, da CF “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, entendemos, como Sarlet, que nota distintiva de fundamentalidade deve basear-se na matéria (por isso *fundamentalidade material*) tratada pelo direito, considerando-se fundamentais aqueles direitos que cuidem da estrutura estatal e social, no que toca ao indivíduo

[...] no sentido jurídico-constitucional, determinado direito é fundamental não apenas pela relevância do bem jurídico tutelado considerado em si mesmo (por mais importante que seja), mas especialmente pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do constituinte, acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e **do regime jurídico-constitucional assegurado pelo constituinte às normas de direitos fundamentais**<sup>10</sup> (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 328, grifos nossos).

Portanto, no que toca ao nosso objeto de estudo, podemos concluir que o direito contra despedida arbitrária ou sem justa causa, previsto no inciso I, do art. 7º, da CF, tem *status*

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário textual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>9</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário. O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 5. p. 179.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

de direito fundamental, seja porque está previsto dentro do Título de direitos e garantias fundamentais, seja pela relevância do bem jurídico tutelado.

No que toca à questão da eficácia jurídica, o art. 5º, parágrafo 1º, da CF, confere aplicabilidade imediata às normas que tratem de direitos e garantias fundamentais, de modo que doutrina e jurisprudência majoritárias têm entendido que a todas as normas configuradoras de direitos fundamentais é atribuído o mandamento da aplicabilidade imediata, independente do ponto do texto constitucional em que estejam previstas.

Desse modo, pode-se afirmar que a todos os direitos e garantias fundamentais terão sua eficácia jurídica maximizada pelo princípio da aplicabilidade imediata, e mesmo as normas ditas programáticas, que imputam um programa de ação e tarefas ao poder público, terão alguma medida de eficácia, ainda que seja para implicar a inconstitucionalidade de atos normativos que não observem os parâmetros constitucionais. Logo, é possível afirmar que a disposição do art. 5º, parágrafo 1º, da CF, ao impor a aplicabilidade direta afasta elimina a dependência de regulamentação por lei ordinária, caso a omissão legislativa sirva de fundamento para o não exercício do direito fundamental

[...] um direito fundamental não poderá ter sua proteção e fruição negadas pura e simplesmente por conta do argumento de que se trata de direito positivado como norma programática e de eficácia meramente limitada, pelo menos não no sentido de que o reconhecimento de uma posição subjetiva se encontra na completa dependência de uma interposição legislativa (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 379).<sup>11</sup>

Frisa-se que a eficácia das normas jurídicas de direitos fundamentais, a exemplo daquele que compõe o tema desta pesquisa – direito fundamental contra despedida arbitrária ou sem justa causa, vincula todos os órgãos estatais, tendo em vista que a eles cabe o dever de proteção desses bens jurídicos. Resta, todavia, analisar se e em qual medida ocorre a vinculação dos particulares.

## **1.2 A eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas**

A força vinculante dos direitos fundamentais, historicamente, exerceu-se contra o Estado, destinatário original dessas garantias, em especial perante sua função clássica de

---

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

observância dos direitos de “defesa” ou “negativos”. Tendo em vista tratar-se de relação entre indivíduo e poder público, portanto, sem equilíbrio de poder entre os sujeitos, convencionou-se chamá-la de “eficácia vertical”, no âmbito da qual deve ser aplicado o regime jurídico qualificado dos direitos fundamentais que, entre outros, assegura a aplicabilidade imediata daqueles direitos, limite às restrições a eles impostas e garantia do núcleo essencial.

No entanto, os direitos fundamentais podem, ainda, exercer sua vinculação no âmbito de relações jurídicas entre particulares, sendo possível que o particular ocupe a posição de destinatário das garantias fundamentais, não apenas como aquele que demanda proteção, mas também como o sujeito que a infringe. Esta temática foi denominada “eficácia horizontal” e “eficácia externa”, e desenvolveu-se por obra das doutrina e jurisprudência alemãs, já na segunda metade do século XX (SARLET, 2018, p. 393)<sup>12</sup>, em razão da controvérsia sobre a possibilidade de exigir-se a eficácia jurídica dos direitos fundamentais em relações não titularizadas pelo Estado, tendo em vista que a Lei Fundamental de Bonn, em seu catálogo, estipula somente direitos de viés liberal com a vinculação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (ALEMANHA, 1949)<sup>13</sup>.

A despeito de não haver grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade dos particulares figurarem como sujeitos passivos dos direitos fundamentais, há divergência quanto ao modo como opera-se essa vinculação e os efeitos dela decorrentes.

Neste sentido, formou-se corrente doutrinária que entende pelo modelo da eficácia mediata (indireta), em que a aplicação dos direitos fundamentais será intermediada por ato normativo do direito privado, o qual terá por função servir de “porta de entrada” para o “sistema de valores”, composto pelos direitos fundamentais, além de definir o teor dessas “cláusulas abertas” (SILVA, 2005, p. 78-79)<sup>14</sup>, a fim de viabilizar sua aplicação. A crítica a esse modelo

---

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

<sup>13</sup> ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949. Art. 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público; (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo; (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário. Artigo 2 [Direitos de liberdade] (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral; 2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.

<sup>14</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito.** Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

refere-se à grande interferência dos direitos fundamentais sobre o direito privado, em razão da imposição do “sistema de valores” sobre todas as relações jurídicas (PATIÑO, 1995, apud FONSECA, 2009, p. 57)<sup>15</sup>.

De modo contrário, o modelo de eficácia imediata (direta) defende que, em razão dos efeitos absolutos dos direitos fundamentais, não há necessidade de intervenção legislativa, como “porta de entrada”, para que as garantias fundamentais sejam aplicadas no âmbito das relações inter privados, tampouco há dependência de “artimanhas interpretativas” a fim de viabilizar essa vinculação. Desse modo, a revelia de um ato a ser produzido pelo legislador privado, os direitos fundamentais têm aptidão para, imediatamente, conferir direitos subjetivos aos sujeitos de uma relação particular (SILVA, 2009, p. 78-79)<sup>16</sup>.

No estudo do tema Maria Hemília Fonseca cita passagem ilustrativa da jurisprudência alemã

A decisão de maior influência que se baseou na teoria dos efeitos diretos dos direitos fundamentais foi proferida pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão, em 1957, [...]. Nesta, determinou-se a aplicabilidade direta do direito de igualdade a uma demanda de natureza privada, ainda que o entendimento majoritário caminhasse no sentido de que este direito se destinava a proteger tão-somente os cidadãos contra o Estado. Entretanto, na maioria dos países em que o tema é estudado, a teoria dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não tem grande aceitação (FONSECA, 2009, p. 60).<sup>17</sup>

Manifestando-se sobre o modo de vinculação dos direitos fundamentais nas relações particulares, Sarlet (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 387-388) aponta que, no direito brasileiro, a despeito das aplicação dos direitos fundamentais sobre relações entre particulares reclamarem soluções específicas, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e dos direitos envolvidos, prevalece o entendimento por uma eficácia *prima facie* (direta)<sup>18</sup>. Ainda, defendendo a necessidade de uma aproximação entre os órgãos estatais e os particulares, o autor ressalta que

[...] no âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e estes e o princípio da autonomia

<sup>15</sup> PATIÑO, Nestor Osuna. **Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales**. Colômbia: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1995.

<sup>16</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>17</sup> FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao Trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009.

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

privada reclamam sempre uma análise calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às colisões entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteada – quando for o caso – pela ponderação, almejando obter um equilíbrio e uma concordância prática, caracterizados, em última análise, pelo não sacrifício completo dos direitos fundamentais em pauta, bem como pela preservação, na medida do possível, do seu conteúdo essencial (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2006, p. 388).<sup>19</sup>

Essa linha de pensamento tem forte relevância para o desenvolvimento do tema desta pesquisa, em razão de cuidar-se, não somente da eficácia de direitos fundamentais (proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa) sobre a relação entre empregado e empregador, sujeitos privados, mas também pela interferência desta garantia na autonomia privada. Assim, há de construir-se um entendimento, a partir do reconhecimento da fundamentalidade do direito social aqui debatido, e da necessidade de sua concretização adequada, levando-se em conta a ausência de norma ordinária regulamentadora e desigualdade de posições no interior da relação jurídica, para então decidir-se pela vinculação *prima facie*, ou não, do direito fundamental. Nessa direção caminharemos.

### 1.3 A força normativa da Constituição na interpretação de direitos fundamentais

Vivenciando um momento de crise de efetividade dos direitos fundamentais, os quais não são adequadamente materializados pelo legislador infraconstitucional, quando o são, cabe ao jurista, na interpretação, adotar método exegético que confira a máxima realização a esses direitos, a fim de evitar que tornem-se meras impressões em uma folha de papel, conforme expressão cunhada por Ferdinand Lassale.

A Constituição, em regra, estabelece direitos de maneira abstrata, relegando sua regulamentação à legislação subordinada. Isso ocorre especialmente com os direitos fundamentais e, mais ainda, com os sociais, tendo em vista que esse tipo de norma, em geral, demanda a imposição de políticas públicas ou uma atuação legislativa exaustiva, a qual não encontra lugar no texto constitucional. Nesse contexto, essas normas são entendidas como de eficácia limitada, na classificação de José Afonso da Silva (2008, p. 117 e ss.)<sup>20</sup>, ou de baixa densidade normativa (conforme Ingo Wolfgang Sarlet<sup>21</sup>), em razão de necessitarem da

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>21</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 187.

intervenção do legislador ordinário para gerar todos os seus efeitos, restando-lhes apenas uma normatividade mínima.

Ademais disso, é preciso entender que, conquanto um preceito apresente todos os elementos necessários à sua aplicabilidade e geração de efeitos jurídicos, não há garantia de que se materialize, recaindo a problemática sobre a efetividade das normas constitucionais. Desse modo, ainda que haja previsão constitucional válida e vigente, estabelecendo o “dever ser”, de dada situação, não haverá efetividade material de tal direito, não se concretizará no plano do “ser”, se a regulamentação ordinária não existir, mantendo-o na abstratividade, como uma mera expectativa de direito.

Contudo, é de conhecimento notório que a edição de leis infraconstitucionais depende de complexo e – normalmente – moroso processo político, que depende da conformação das vontades e interesses, muitas vezes contrapostos, de diversos atores sociais, cujo resultado nem sempre atende à proteção adequada. É certo, porém, que a realização dos direitos garantidos constitucionalmente, mormente os fundamentais, não podem ficar à disposição dessa voluntariedade, quiçá, arbitrariedade de grupos políticos.

Nesse sentido, e primando pela melhor concretização das promessas magnas, desenvolveu-se na doutrina, orientada principalmente por Konrad Hesse (1991)<sup>22</sup>, a teoria – para alguns, princípio – da força normativa da constituição, aplicável no contexto da hermenêutica constitucional e que estabelece a prevalência de uma interpretação voltada à máxima realização dos preceitos daquele texto. Para tanto, dentre os diversos sentidos, deve predominar aquele que confira maior efetividade à norma, favorecendo, assim, a própria normatividade do dispositivo constitucional.

Na concepção de Hesse, as forças sociais e políticas dominantes não podem subjugar a realização das normas superiores, de modo que deve-se atribuir à interpretação constitucional uma força normativa que é inerente ao próprio documento. Para ele, o desenvolvimento ótimo do texto maior depende, em grande parte, daquilo que assinalou como *vontade da Constituição (Wille zur Verfassung)*, cujo conceito foi baseado em lição de Walter Burckhardt:

---

<sup>22</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

Aquilo que é identificado como *vontade de Constituição* ‘deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático’. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, ‘malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado’ (HESSE, 1991, p. 22)<sup>23</sup>

Seguindo essa linha de raciocínio, Canotilho complementa seu catálogo de princípios tópicos da interpretação constitucional com o estabelecimento do princípio *da máxima efectividade* (também chamado da *eficiência* ou da *interpretação efectiva*) por meio do qual entende que deve ser outorgado ao dispositivo constitucional aquele sentido que lhe confira maior eficácia (CANOTILHO, 2003, p. 1224)<sup>24</sup>. E arremata suas lições de interpretação constitucional com a inclusão do princípio da força normativa, segundo o qual

[...] na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve-se dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a <<atualização>> normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência (CANOTILHO, 2003, p. 1226).<sup>25</sup>

Importante, também, a colocação de Sarlet, ao citar Hesse, pontuando sobre a força normativa da constituição, entendida esta como pretensão de eficácia e efetividade, cujos pressupostos realizáveis, dentre eles o respeito ao conteúdo da constituição, devem tentar corresponder à interpretação constitucional e à concretização máxima de seus preceitos, assim como sua realização prática, também um pressuposto fundamental, deve estar direcionada à vontade da constituição. Segundo o autor, a possibilidade dos preceitos constitucionais converterem-se em máxima efetividade depende da consumação desses pressupostos e da adesão dos partícipes judiciais a essa práxis, influenciando sua afirmação concreta (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 201-202)<sup>26</sup>.

Nota-se, ainda, que não se pode pretender a concretização eficaz da constituição sem considerar o poder determinante das relações fáticas, bem como as condições históricas, econômicas e sociais, sob pena de materializar-se um direito que corresponda somente ao dever

<sup>23</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

<sup>24</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

ser, desconectado do ser; ou melhor, uma legislação que não corresponda “a qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo” (HESSE, 1991, p. 14)<sup>27</sup>.

Desse modo, cabe aos atores constitucionais o esforço de interpretar o texto segundo esses princípios da máxima efetividade e força normativa, conferindo aos seus preceitos, em especial aos direitos fundamentais, efeito jurídico concreto e imediata aplicabilidade, conforme preconizado, inclusive, pelo art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988<sup>28</sup>. Sendo assim, reconhecidos aqueles como direitos subjetivos a prestações, o Poder Público e os particulares restarão obrigados a realizá-los e/ou respeitá-los, independentemente da existência de legislação infraconstitucional regulamentadora.

#### **1.4 A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e a função de imperativo de tutela**

Tendo em vista que alguns preceitos fundamentais não atribuem uma posição jurídica subjetiva ao respectivo direito, mas, sim, definem regras e princípios, cujo objetivo é assegurar os direitos individuais ou cuja função extrapola a dimensão subjetiva da relação entre Estado e sujeito, a doutrina constitucional contemporânea desenvolveu a diferenciação dos direitos fundamentais em perspectiva subjetiva e perspectiva objetiva. Desse modo, passou-se a vislumbrar as referidas normas não apenas como garantidoras de uma posição jurídica do indivíduo perante o poder público, mas também como produtoras de efeitos jurídicos e de conteúdos normativos.

Assim, os direitos fundamentais podem ser entendidos além de um panorama individualista, como princípios estruturais da ordem constitucional, compondo a essência do Estado Democrático de Direito e agindo como limitador da atuação estatal e norteador de suas ações. Ademais, por essa perspectiva, pode-se afirmar que as normas constitucionais fundamentais atuarão como intensificadoras da dimensão subjetiva, ao impor ao ente estatal o

---

<sup>27</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

<sup>28</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

fornecimento de prestações aos cidadãos, bem como servirão de imperativo legislativo, obrigando o legislador a editar normas que permitam o efetivo e regular exercício dos direitos.

Considerando, então, a inerente conexão entre a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, mormente quanto a sua intervenção legislativa como dever de proteção, e a correspondente obrigação do Estado em, ao produzir tal regulamento, assegurar adequado nível de proteção, faz-se necessária a análise do tema. Contudo, em razão da controvérsia doutrinária e jurisprudencial existente quanto às suas implicações e terminologia, além de tratar-se de tema complexo e extenso, cujo esgotamento foge aos propósitos deste trabalho, neste tópico pretende-se traçar linhas gerais sobre o assunto, aprofundando somente nos pontos que lhe são diretamente relacionados e que tragam os esclarecimentos primordiais.

#### *1.4.1 A perspectiva objetiva e os direitos fundamentais*

Inicialmente, é preciso tecer algumas breves considerações para melhor explicitar o tema, especialmente sobre sua dimensão subjetiva. Cabe quanto a esta uma sucinta apresentação, em razão da íntima ligação com o tema deste tópico, sendo descabido falar de um sem mencionar o outro, embora seja equivocado dizer que a perspectiva subjetiva é a outra face da perspectiva objetiva. É sucinta porque não esmiuçaremos as diversas possibilidades de posições jurídicas atribuídas aos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos.

Podemos, então, afirmar que a perspectiva subjetiva é um atributo dos direitos fundamentais que confere ao seu titular uma pretensão de exigir do destinatário, obrigado ao cumprimento daqueles, a adoção de um comportamento, podendo exigir judicialmente a implementação desses interesses ou configura um poder de interferir e modificar determinada relação jurídica. A ação poderá ser negativa, particularmente ligada aos direitos de liberdade, cabendo ao credor dos direitos abster-se de infringir o espaço de autodeterminação do indivíduo; poderá, todavia, constituir-se em ação positiva, em que será exigido do obrigado um agir efetivo para viabilizar o exercício do direito.

Nesse sentido, segundo José Carlos Vieira de Andrade, o conceito de direito subjetivo caracteriza-se, necessariamente, nas posições subjetivas de direitos fundamentais, entendidos estes como os direitos de liberdades e garantias, assim como direitos sociais e

prestacionais, aos quais se recorre na qualidade de “*mecanismo de tutela da autonomia da pessoa*”, representando, ainda, uma “*soberania jurídica*” do indivíduo, mesmo que não absoluta, a qual lhe confere liberdade de decisão e exercício efetivo do seu “*poder de querer*” (ANDRADE, 2004, p. 119-120)<sup>29</sup>.

Assim, os direitos fundamentais numa dimensão subjetiva, em sentido restrito, são tidos como garantias de posições jurídicas subjetivas individuais. Contudo, podem ser entendidos em um sentido mais amplo, conforme explana Sarlet, citando posição de Alexy:

Cuida-se da proposta formulada por Robert Alexy, que edifica sua concepção de direitos fundamentais (o que chamou de sistema de posições jurídicas fundamentais) com base na seguinte tríade de posições fundamentais, que, em princípio, pode integrar um direito fundamental na condição de direito subjetivo: a) direitos a qualquer coisa (que englobariam os direitos a ações negativas e positivas do Estado e/ou particulares e, portanto, os clássicos direitos de defesa e os direitos a prestações); b) liberdades (no sentido de negação de exigências e proibições); e c) poderes (competências ou autorizações) (SARLET, 2006, p. 354).<sup>30</sup>

Independentemente da aceção adotada, mais extensa ou mais exígua, o que importa, para o desenvolvimento deste tema, é fixar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais como a diretriz que confere ao titular destes a possibilidade de reivindicar judicialmente seu exercício pleno, sejam eles liberdades ou direitos à ações negativas ou positivas, ainda que a medida de sua exequibilidade varie conforme a norma em questão.

No entanto, como explanado acima, a função dos direitos fundamentais não se exaure no poder de pretender um determinado comportamento do destinatário ou na garantia de posições individuais, figurando também como valores objetivos básicos do Estado Democrático de Direito e diretrizes da própria atuação do poder público. Isso quer dizer que confere-se às normas de direito subjetiva uma função autônoma à dimensão subjetiva, de conteúdo normativo, a qual resulta num “reforço de juridicidade das normas de direitos fundamentais” ou “mais-valia jurídica” (ANDRADE, 2004, p. 142)<sup>31</sup> que agrega diversas outras categorias funcionais à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, dentre elas, a eficácia irradiante de direitos fundamentais, a implicação destes como deveres de proteção estatal e função organizatória e procedimental.

---

<sup>29</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3a ed. Coimbra: Almedina, 2004.

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência. In: **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, 2006, n. 10. p. 354

<sup>31</sup> ANDRADE, op. cit.

Embora haja indícios de seu desenvolvimento desde a década de 1920, a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais fomentou-se efetivamente com o advento da Lei Fundamental de Bonn, ocorrida em 23 de maio de 1949, na Alemanha, mormente a partir da renomada e paradigmática decisão do caso Lüth (GUEDES, 2014)<sup>32</sup>, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 1958.

No referido julgamento, restou consignado que, no contexto de um Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais exacerbam sua condição de direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente aos comandos do poder público, firmando-se como juízos de valor de natureza jurídico-objetiva da Constituição, cuja eficácia irradia por todo o ordenamento jurídico, estabelecendo, ainda, diretrizes de atuação para todas as esferas do poder público (legislativo, executivo e judiciário).

Importante destacar que, assim como a diretriz subjetiva não é o revés da medalha da diretriz objetiva, também não há, necessariamente, fazer paralelismo entre princípios e perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, relegando aos direitos subjetivos as regras. A distinção entre as dimensões objetiva e subjetiva é imune à classificação das normas em princípios e regras, de modo que uma norma garantidora de direito objetivo poderá ter caráter principiológico, assim como a que consagra um direito subjetivo individual.

No tocante às categorias funcionais agregadas pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é importante mencionar a de eficácia irradiante ou efeito de irradiação (denominação criticada por alguns autores, mas que bem designa a técnica), a qual, no Brasil, convencionou-se chamar de “interpretação conforme à Constituição”, com algumas restrições.

---

<sup>32</sup> “A provocação para a decisão proferida pelo Tribunal teve origem no recurso constitucional interposto por Erich Lüth, que se opunha à condenação que lhe havia sido imposta por um tribunal estadual (*Landgericht*) pelo fato de haver se expressado publicamente, por diversas vezes, convocando um boicote aos filmes de Veit Harlan, por seu suposto passado nazista, tendo considerado a Justiça ordinária, com base no parágrafo 826 do BGB (Código Civil Alemão), que a exortação de Lüth ao boicote seria *contrária à moral e aos costumes*, razão pela qual ele foi condenado a omitir-se de novas convocações a favor do boicote sob ameaça de uma pena de multa ou até mesmo de prisão. A decisão da Justiça ordinária seria, entretanto, reformada pelo Tribunal Constitucional, sob o fundamento de que *o direito fundamental à liberdade de opinião* irradiava sua força normativa sobre o Direito ordinário, no caso o Direito Civil, impondo-se aos tribunais ordinários a necessidade de emprestar prevalência ao significado dos direitos fundamentais, mesmo nas relações entre particulares.[...] O Tribunal Constitucional, como vimos, fazendo prevalecer o *sentido dos direitos fundamentais* sobre as normas do Direito ordinário, *a partir de um juízo de ponderação de bens*, reformou a decisão dos tribunais inferiores, impondo a ideia de que, a partir de então, toda a ordem jurídica deveria ser interpretada à luz do Direito Constitucional, mais especialmente a partir dos direitos fundamentais, ainda que se cuidasse, como no caso, de relações jurídicas entre particulares.” GUEDES, Neviton. Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional. **Revista Consultor Jurídico**. 19 ago. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>>. Acesso em 25 jul. 2018.

Referido método dispõe que os direitos fundamentais, assim como o princípio da dignidade humana e os demais princípios constitucionais, na condição de direito objetivo, possuem a aptidão de influenciar e nortear a interpretação e aplicação dos direitos infraconstitucionais, os quais encontram sua validade na norma fundamental.

Note que essa interpretação da ordem jurídica à luz dos ditames constitucionais não deve restringir-se às situações excepcionais, como nos casos de conflito de regras ou colisão de princípios. Diversamente, toda exegese deve submeter-se a uma filtragem constitucional, fazendo-se uma leitura adequada dos institutos jurídicos discutidos. Ainda, sua aplicação não deve limitar-se ao campo de relações verticais, entre Estado e indivíduo, adentrando na seara dos particulares, conforme explicitou Vieira de Andrade, tendo o autor considerado, ainda, a questão da eficácia privada dos direitos fundamentais

Mais concretamente, fala-se de um efeito <<externo>> dos direitos fundamentais, de que resultaria uma força vinculativa generalizada dos preceitos respectivos: partindo do postulado de que os direitos fundamentais, na sua dimensão subjetiva (interna), se referem exclusivamente às relações entre particulares e o Estado, conclui-se que será na sua dimensão objectiva, enquanto normas constitucionais e *valores comunitários*, que se justifica e exprime a respectiva eficácia *fora do âmbito dessas relações*, em especial nas relações dos particulares entre si (ANDRADE, 2004, p. 145-146).<sup>33</sup>

Nesse sentido, essa ordem objetiva de valores desdobra-se em técnica hermenêutica que, no intuito de efetivar adequadamente as previsões constitucionais, estabelece uma eficácia irradiante dos direitos fundamentais, de modo que a aplicação e interpretação das normas infraconstitucionais devem ser feitas à luz desses mesmos direitos, ou melhor, avalia-se a constitucionalidade e adequação das regras subordinadas conforme sua observância e respeito ao disposto no texto constitucional. Desse modo, na expressão de Paulo Ricardo Schier, é realizada uma *filtragem constitucional* (SCHIER, 1999)<sup>34</sup> das normas ordinárias conclamando uma exegese vanguardista e concretizadora destas, conforme o espírito constitucional, a fim de conferir nível de proteção suficiente ao direito fundamental correspondente, inclusive mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Um segundo desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é a função de eficácia dirigente das atividades estatais, por meio da qual extrai-se a aptidão dos

---

<sup>33</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3a ed. Coimbra: Almedina, 2004.

<sup>34</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

direitos fundamentais de dirigir-se ao Estado no sentido de obrigá-lo à realização daqueles, como uma verdadeira norma de materialização. Diferentemente da função acima, ligada à interpretação dos dispositivos infraconstitucionais, neste caso, os direitos fundamentais, quando possuem previsão específica para tanto, impõem que o legislador ou administrador adotem comportamento ativo voltado à concretização dos bens ou programas desejados pelo constituinte.

Por derradeiro, a despeito da existência de outros desdobramentos que não nos cabe aqui discutir, para o desenvolvimento do tema, a conotação mais importante conferida pelos direitos fundamentais como normas objetivas está ligada aos deveres de proteção do Estado, para a qual destinaremos item próprio.

#### *1.4.2 Os direitos fundamentais como imperativos de tutela*

A força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais conferiu-lhes, além da normal posição de impor judicialmente seus interesses enquanto direito subjetivo ou como dever de abstenção diante de direitos de defesa, o reconhecimento do dever de promoção e proteção (imperativo de tutela ou, em alemão, *Schutzpflicht*) frente ao Estado, baseado num dever geral de efetivação, tendo em vista que àquele destina-se a responsabilidade de proteger o exercício dos direitos fundamentais contra qualquer tipo de agressão, seja proveniente do próprio Estado ou de particulares.

Essa nova concepção surgiu com o advento do Estado moderno, particularmente com o Estado Democrático de Direito, pois, anteriormente, a obrigação estatal limitava-se a não infringir os direitos fundamentais, momento em que o ente público era tido como um inimigo dos direitos e em que a sua função protetora direcionava-se, restritivamente, aos direitos de defesa ou proibições de intervenção. Mais recentemente, com a assunção pelo Estado do uso da força, e conseqüente proibição da autotela (via de regra), recebeu ele, em contrapartida, a atribuição do encargo de garantir a paz social e as necessidades essenciais do indivíduo, transmutando-se em amigo e protetor dos direitos fundamentais, na sua faceta de imperativos de tutela.

Conforme exposto anteriormente, foi na decisão do Caso *Lüth* que a Corte Constitucional alemã deliberou as questões mais importantes ligadas à força objetiva dos direitos fundamentais, seu desdobramento em imperativo de tutela e os destinatários dessa proteção. O paradigmático julgamento foi o ponto final de ação originada nas cortes ordinárias, envolvendo o pedido da indústria cinematográfica alemã para que fosse concedida medida judicial a fim de impedir Erich Lüth de conclamar novo boicote contra um filme produzido por eles. Isso porque o demandado Lüth, líder do clube de imprensa de Hamburgo e ativista da causa pacifista entre judeus e alemães, convocou os donos de cinema a não exibirem a película dirigida por Veit Harlan, cineasta que tinha produzido vídeos anti-semitas no período nazista. Diante do prejuízo com a não reprodução da obra, as companhias cinematográficas ajuizaram ação contra Lüth e, em sede das cortes civis, sagraram-se vencedoras, com base em entendimento de que o boicote enquadrava-se na proibição estipulada em preceito do Código Civil (Seção 826). Por sua vez, Lüth, invocando sua liberdade de expressão garantida no Artigo 5º, da Lei Fundamental, ajuizou queixa constitucional na Suprema Corte alemã, momento em que seus opositores alegaram a inaplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares, ou seja, nas relações horizontais.

A partir daí, desenvolveu-se a teoria de que os direitos fundamentais possuem força objetiva autônoma, expressando valores objetivos, e, por essa razão, sua eficácia extravasa a esfera dos direitos públicos para adentrar em âmbito particular, de modo que as disposições de direito privado devem guardar compatibilidade com o disposto na Lei Maior. Ademais, estabeleceu-se que a interpretação das normas infraconstitucionais, quando afetam a efetivação de um direito fundamental, devem considerar as disposições deste, por conta do inerente efeito irradiante que ele produz (o qual já mencionamos acima).

Em decisões posteriores, a jurisprudência germânica seguiu evoluindo no aprimoramento da objetivação de valores dos direitos fundamentais, tendo consagrado o termo *Schutzpflicht* (dever de proteção) - em decisão sobre o caso de aborto, em 1975, sobre a qual nos debruçaremos adiante – para designar mais um efeito daquelas garantias. A despeito de alguns autores, a princípio, terem considerado que o imperativo de tutela, ou dever de proteção, seria um desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, vinculada ao seu efeito irradiante, outros estudiosos, como Dieter Grimm (2007, p. 156)<sup>35</sup> e Claus-Wilhelm

---

<sup>35</sup> GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Canaris (2016, p. 47-48)<sup>36</sup>, discordaram de tal posição ao entender que se tratava de concepção mais abrangente e concreta, como complemento da função negativa dos direitos fundamentais, e que tinha por âmbito de atuação a proteção contra ameaças provenientes do poder público e dos particulares. Leciona Grimm sobre o âmbito de aplicação do dever de proteção:

A função geral de garantir segurança, atribuída ao Estado, foi convertida em obrigação constitucional específica quando se tornou visível que as condições para manutenção da liberdade individual estavam mudando. A maioria dos casos que se seguiu à decisão sobre o aborto dizia respeito a riscos para bens e interesses constitucionalmente protegidos produzidos por tecnologias modernas e seu uso comercial. [...] Em todos os casos, a questão não era saber se o legislador, ao regular atividades privadas, tinha ultrapassado os limites impostos pelos direitos fundamentais, mas sim se ele havia fornecido proteção suficiente contra riscos recém-surgidos (GRIMM, 2007, p. 157-158).<sup>37</sup>

Nesse sentido, qualquer direito fundamental pode servir de base para o dever de proteção, pois estão potencialmente sujeitos a sofrerem agressões, por um sujeito público ou privado, exigindo uma atuação ativa do Estado para conter a ameaça e resguardar sua efetividade. Assim, pode-se afirmar que o dever estatal de proteção amplia-se da mera defesa das liberdades para a obrigação de assegurar real implementação dos direitos fundamentais, mormente os sociais, num processo de concretização das disposições constitucionais, vinculando todos os órgãos do poder público. Nesse ponto, discorrendo a implicação dos direitos subjetivos como formas de proteção, eloquentemente explica Sarlet:

[...] os deveres estatais passam a ser diretamente vinculados à tutela dos direitos fundamentais, representando, como já destacado, obrigações juridicamente vinculativas que atuam como garantias dos direitos e que implicam direitos subjetivos a medidas de proteção. Nesse contexto, se é correto – como leciona Dieter Grimm – que os deveres de proteção, por exigirem intervenções por parte dos órgãos estatais – resultam em restrições de direitos, acarretando, nessa perspectiva, uma redução do âmbito de liberdade individual, tais restrições, vinculadas precisamente à necessidade de proteção de bens fundamentais [...] têm sempre por escopo a maximização dos direitos fundamentais, visto que as restrições objetivam, no plano geral, mais proteção da liberdade e dos direitos fundamentais das pessoas no âmbito da comunidade estatal (SARLET, 2018, p. 156).<sup>38</sup>

Assim, para proteger efetivamente o exercício do direito fundamental, incumbe ao Estado um efetivo dever de ação, tomando medidas concretas e positivas, a depender das circunstâncias e exigências de cada direito. Porém, como o legislador ordinário produz normas gerais e abstratas, muitas vezes baseadas na vontade do poder dominante, nem sempre atende

<sup>36</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Pinto Mota. 4 reimp. Coimbra: Almedina, 2016..

<sup>37</sup> GRIMM. op. cit..

<sup>38</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018

a vontade constitucional de concretização dos direitos fundamentais no nível adequado de proteção, momento em que surge controvérsia sobre a insuficiência da medida escolhida, ou da sua completa omissão. Isso porque, em razão da responsabilidade estatal em, não somente, materializar o anseio constitucional fundamental, mas de fazê-lo garantindo um padrão mínimo de segurança, o comportamento adotado pelo Estado passa por um juízo de proporcionalidade que verifica seu excesso e seu déficit, tema que aprofundaremos nos próximos itens.

A despeito dessa intervenção dos direitos fundamentais sobre as relações particulares, importa consignar que não há alteração no destinatário do dever de proteção demandado por aquelas garantias, continuando a sujeitar exclusivamente o poder estatal. Nesse sentido, é possível afirmar que imperativos de tutela não se confundem, tampouco limitam-se, com aplicação horizontal dos direitos fundamentais, em que se configura a vinculação – observância e respeito – dos particulares aos direitos fundamentais. Em verdade, o dever de proteção expande o encargo do Estado no sentido de que este, além de abster-se de condutas ofensivas aos direitos fundamentais, seja obrigado a agir, eficazmente, na proteção daqueles, ainda quando a ameaça provenha de particulares (GRIMM, 2007, p. 160)<sup>39</sup>.

Por derradeiro, Canaris, aqui citado por Steinmetz, elenca critérios para o reconhecimento de um imperativo de tutela, tendo em vista sua demanda por uma fundamentação específica, devendo, ainda, justificar sua incidência como dever de proteção e a legitimação de intervenção do Poder Judiciário, sendo eles:

O reconhecimento de um imperativo de tutela para o caso concreto requer o atendimento de certas condições ou pressupostos (Canaris, p. 103 *et seq.*). Essas condições formam um esquema (estrutura, metodologia) argumentativo (i) para apurar se está em questão um direito fundamental e, se estiver, (ii) para responder à pergunta sobre a existência ou não de um dever de proteção decorrente deste direito fundamental em questão. (i) Inicialmente, um imperativo de tutela deve ser considerado (cogitado) se a hipótese normativa do correspondente direito fundamental for aplicável ao caso, isto é, se o caso for subsumível ao âmbito de proteção do direito fundamental. Um imperativo de tutela pode ser negado já no plano da *tipicidade* normativa se constatado que a hipótese normativa do correspondente direito fundamental não é aplicável ao caso, sendo desnecessária uma ponderação com direitos ou interesses fundamentais (constitucionais) contrários. Só após uma resposta positiva à pergunta sobre a aplicabilidade da hipótese normativa de um direito fundamental (primeira condição), pode-se então perguntar pela existência de um dever de proteção (imperativo de tutela). (ii) A segunda condição é esta: "deve existir uma necessidade ponderosa [*sic*, poderosa] de protecção do direito fundamental em causa"

---

<sup>39</sup> GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A Constitucionalização do Direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 149-165.

(Canaris, p. 106). Essa necessidade poderosa deve ser demonstrada em cada caso por meio de uma fundamentação específica (e forte). (STEINMETZ, 2006, p. 337)<sup>40</sup>

Percebe-se, assim, que a assunção de posição jurídica subjetiva deduzida dos deveres de proteção do Estado repercute na esfera jurídica do indivíduo, inclusive na seara de direitos sociais-trabalhistas. Tomando por base o direito fundamental que será aqui estudado, adianta-se que ele atende as condições impostas, pois a dispensa imotivada ou sem justa causa efetivada pelo empregador é caso que integra o âmbito de aplicação da hipótese normativa do direito fundamental previsto no inciso I, do art. 7º, da Constituição; outrossim, a ameaça ao direito de continuidade do vínculo de emprego é promovida por um particular (empresário), dentro de uma relação marcada pelo desequilíbrio de forças entre os sujeitos, de modo que a parte vulnerável fica submetida ao poder da outra de determinar a extinção da relação. Dessa forma, configura-se necessário o estabelecimento de proteção estatal à parte subordinada, seja por medida legislativa ou judicial, com restrição da liberdade de agir do empregador, sob pena de ser aniquilada a garantia de manutenção do posto de trabalho.

Tendo a Carta da República consignado expressamente a proteção de certos direitos fundamentais, cabe ao legislador ordinário editar sua concretização, observando um padrão mínimo de proteção, adequado e suficiente às circunstâncias do direito. Entretanto, a análise da suficiente, ou não, proteção estabelecida pela lei ordinária depende das circunstâncias do caso concreto e passa pelo juízo de proporcionalidade de seu referido princípio, tarefa que cuidaremos a seguir.

### **1.5 O Princípio da Proporcionalidade: configuração e fundamentação**

É notório o destaque assumido pelo princípio da proporcionalidade no direito constitucional contemporâneo, tendo em vista sua importância no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais, especialmente em situações de colisão desses direitos com princípios, embora não se esgote nessa atuação. O princípio, ainda, relaciona-se intimamente com as noções de justiça, equidade, isonomia, equilíbrio e serve como instrumento de controle dos atos do poder público, a fim de conferir a legitimidade constitucional dos atos estatais e verificar a

---

<sup>40</sup> STEINMETZ, Wilson. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. In: **Revista da Ajuris**, v. 36, n. 103, set. 2006, p. 337.

existência de intervenções excessivas na esfera de liberdade do indivíduo, assim como aferir se a norma infraconstitucional atendeu o nível de proteção demandado constitucionalmente.

Nesse último sentido, desenvolveu-se o entendimento de que o princípio da proporcionalidade, quando relacionado aos direitos fundamentais, opera em dois vieses: como princípio da proibição de excesso e como princípio da proibição de proteção insuficiente, vinculando o legislador (e também do julgador) a um dever de proporcionalidade das medidas adotadas.

Todavia, antes de adentrarmos no estudo específico do princípio, é preciso estudar sua natureza jurídica.

### *1.5.1 A máxima da proporcionalidade*

Inicialmente, cumpre esclarecer que não se desconhece a discussão acerca da natureza do juízo de proporcionalidade como princípio ou postulado e, embora o estudo aprofundado do debate não seja o foco deste trabalho, consideramos importante traçar algumas linhas sobre ele a fim de fixar os conceitos e terminologias a serem adotados e as consequências advindas dessa escolha.

De acordo com Robert Alexy e sua teoria dos princípios, esses definem-se como mandamentos de otimização, tendo em vista determinarem a realização de algo na maior medida possível, diante das condições fática e jurídicas dadas; por essa razão, caracterizam-se “por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2017, p. 90)<sup>41</sup>. Nesse sentido, distinguem-se estruturalmente das regras, pois estas, dentro das possibilidades fática e jurídica, impõe que algo seja feito nos moldes exatos de sua previsão, sem margem para discricionariedade do aplicador; assim ou a regra vale e será aplicada em seus termos, ou não será. Portanto, segundo Alexy, a diferenciação entre

---

<sup>41</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

princípios e regras faz-se por critério qualitativo e não pelo grau de aplicação, devendo toda norma ser classificada como regra ou princípio (ALEXY, 2017, p. 91)<sup>42</sup>.

Como consequência desta distinção, Alexy afirma que regras entram em conflito e a solução dá-se com declaração de invalidade de uma das regras conflitantes, eliminando-a do ordenamento jurídico, ou com a estipulação de uma cláusula de exceção que dissolva o embate, resultando em apenas uma regra aplicável. Por outro lado, declara o jurista alemão que princípios colidem e, por isso, a resolução deverá adotar critério diverso da eliminação de um dos colidentes; por isso, na colisão, um dos princípios cederá em favor do outro, em determinada situação concreta e sob certas condições, porém, sem resultar na eliminação do princípio não aplicado que, poderá ter prevalência, sob outras circunstâncias. Desse modo declara que “Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (ALEXY, 2017, p. 94)<sup>43</sup>.

Ainda segundo Alexy, há uma implicação recíproca entre a natureza dos princípios e a máxima da proporcionalidade, pois é da essência dos princípios que decorrem a proporcionalidade e suas três máximas parciais: “adequação, necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito)” (ALEXY, 2017, p. 116-117), estritamente quando o caráter de princípios decorre das normas de direitos fundamentais.

Com base nessas afirmações, parte relevante da doutrina e jurisprudência nacionais entendem e classificam a máxima de proporcionalidade como um princípio (como o antônimo das regras) e outra parte como mandamento de otimização, o qual deve ser realizado na maior medida do possível. Contudo, o próprio autor, em nota explicativa, afasta essa conceituação:

A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada “princípio da proporcionalidade”. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras (ALEXY, 2017, p. 117).<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

É pertinente, portanto, a crítica que alguns doutrinadores fazem quanto à categorização da proporcionalidade como princípio, tendo em vista que ela não pode ser entendida como tal, pelo menos não na definição tradicional adotada por Alexy, dado que sua aplicação é constante em todos os casos, sem alterações. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva distingue regras e princípios quanto ao modo de aplicação, concebendo as regras como deveres definitivos, aplicáveis por meio de subsunção, relegando aos princípios os deveres *prima facie*, definíveis somente após o juízo de sopesamento entre os princípios colidentes (SILVA, 2002, p. 25)<sup>45</sup>. Afonso da Silva, citando Humberto Bergmann Ávila, explana seu entendimento pela classificação da proporcionalidade como regra

O problema terminológico é evidente. O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy [...]. Nesse sentido, Humberto Bergmann Ávila afirma que Alexy, “*sem o enquadrar noutra categoria*, exclui-o com razão do âmbito dos princípios, já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência”. Não é de todo correta, contudo, a afirmação. É correto, como já dito, que o chamado princípio da proporcionalidade não é um princípio no sentido acima descrito. Mas Alexy enquadra-o, sim, em outra categoria, pois classifica-o explicitamente como regra. [...]. Como já visto acima, segundo a teoria defendida por Alexy, somente regras são aplicadas por meio de subsunção. Bergmann Ávila utiliza o termo dever de proporcionalidade. O termo é, sem dúvida, correto, mas limita-se a contornar o problema e não o resolve. Se se fala em dever, fala-se em norma. Normas são ou regras, ou princípios. Como já foi visto, no que diz respeito à sua estrutura, o dever de proporcionalidade não é um princípio, mas uma regra. O termo mais apropriado, então, é regra da proporcionalidade [...] (SILVA, 2002, p. 25-26)<sup>46</sup>

A despeito da coerência da explicação, entendemos que a proporcionalidade será melhor entendida se a considerarmos como uma máxima de interpretação, no exato termo utilizado por Alexy, mas que se estabelece como uma “diretiva procedimental” (BONAVIDES, 2013, p. 440)<sup>47</sup> ou “disposição fundamental” (MELLO, 2009, p. 450)<sup>48</sup> que orienta o processo interpretativo na busca da solução de justiça ao caso concreto e particular. Nesse sentido posiciona-se Paulo Bonavides

Com efeito, o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras (*Abwägung*), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não

<sup>45</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 798, 2002.

<sup>46</sup> Ibidem.

<sup>47</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>48</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26a ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

houve excesso (*Übermassverbot*), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção (BONAVIDES, 2013, p. 440)<sup>49</sup>.

Entendemos que essa é a melhor compreensão para a proporcionalidade, tendo em vista que suas características não permitem sua perfeita classificação seja como princípio (no sentido de *madamento de otimização*), seja como regra (que exige juízos de subsunção).

Contudo, é certo que o termo “princípio” é *plurívoco* (SILVA, 2002, p. 26)<sup>50</sup> e pode ser usado em diversos sentidos que não somente o conceito técnico acima apresentado, podendo ser empregado, inclusive, como sinônimo de postulado; ademais, entendemos que, na cultura jurídica brasileira, o uso do termo “princípio” confere maior relevância ao conceito, imprimindo-lhe maior dose de exigibilidade. Em razão disso e, principalmente, pela consagrada, unânime e pacífica utilização da expressão entre os juristas, manteremos aqui a terminologia “princípio da proporcionalidade”.

### 1.5.2 A configuração e fundamentação do Princípio da Proporcionalidade

A importância do princípio da proporcionalidade para a ciência do Direito, em especial para a jurisprudência pátria e internacional, é consentânea à dificuldade de conceituá-lo; contudo, de imediato, podemos estabelecer uma noção básica primordial: ele deriva da necessidade de se verificar a existência de real adequação “entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo” (BONAVIDES, 2013, p. 406)<sup>51</sup>. Nesse sentido, na relação entre meios e fins observados em determinada situação, configurar-se-á afronta ao princípio da proporcionalidade quando restar inequívoca a desproporção entre os meios empregados e os fins atingidos, seja o desequilíbrio por excesso ou por insuficiência.

Diante disso, é possível afirmar que o referido princípio teve origem no momento histórico em que o exercício arbitrário de poder por monarcas absolutistas tornou-se insustentável para os súditos e incompatível com os anseios burgueses que, para atingi-los, necessitavam, essencialmente, da implementação de garantias individuais e econômicas. Assim, em decorrência dos ideais jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, transmutou-se o Estado de Polícia, marcado pelo poder ilimitado e incontestável do rei, para um Estado de

---

<sup>49</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>50</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 798, 2002.

<sup>51</sup> BONAVIDES, op. cit.

Direito, caracterizado pelo surgimento da ideia de uma relação de direitos individuais e da possibilidade de controle das decisões reais (BARROS, 2003, p. 37-38)<sup>52</sup>.

Em desenvolvimento mais recente, constatou-se que o princípio da proporcionalidade se desenvolveu a partir da necessidade de instrumentos que examinassem, perante os ditames da lei vigente, a regularidade dos atos administrativos praticados pelo Poder Executivo, no intuito de evitar desvio de finalidade ou abuso de poder do administrador que afrontasse direitos básicos do cidadão. Dessa maneira, o mencionado princípio manifestou-se, inicialmente, como imprescindível evolução do princípio da legalidade no âmbito do direito administrativo para regulamentar a relação da atividade estatal com os particulares (BARROS, 2003, p. 39)<sup>53</sup>.

Em seguimento, com a formação dos Estados Modernos e o avanço das reivindicações sociais, a ordem jurídica passou a conter previsão de direitos humanos/fundamentais, ampliando as exigências e o controle dos atos públicos, momento em que o princípio da proporcionalidade redirecionou-se ao contexto do direito constitucional, campo em que difundiu-se amplamente em razão da sua utilização garantidora de direitos básicos, especialmente os de liberdade. Tal movimento de ampliação progrediu consideravelmente após o fim da segunda grande guerra, momento em que, em razão das incomparáveis perversidades praticadas por seres humanos contra outros seres humanos, expandiu-se também a necessária concepção de salvaguarda dos direitos humanos por meio da positivação destes em tratados internacionais e constituições internas. A expansão da previsão dos direitos fundamentais demandou, ainda, a existência de instrumental hermenêutico compatível com suas características, particularmente com o fato de que a colisão de direitos fundamentais não poderia ser resolvida pelas regras comuns das leis infraconstitucionais.

Celebrando o advento do princípio da proporcionalidade, o qual também nomeia de princípio da *constitucionalidade*, Paulo Bonavides declarou ser a sua aplicação no contexto do direito constitucional a grande novidade do fim do século XX

[...] o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, ou de toda ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da *legalidade*, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da

---

<sup>52</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

<sup>53</sup> Ibidem.

*constitucionalidade*, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica. Foi esse segundo Estado de Direito que fez nascer, após a conflagração de 1939-1945, o princípio constitucional da proporcionalidade [...] (BONAVIDES, 2013, p. 411-412).<sup>54</sup>

O referido princípio contribuiu admiravelmente no fortalecimento do recente Estado de Direito, formado após 1945, tendo em vista que, pela nova concepção de deveres estatais, passou-se a encarar os dispositivos constitucionais como padrão de proteção mínimo e vinculante, e não apenas normas programáticas, o que exigiu um instrumento de interpretação compatível (e até mesmo flexível) com as transformações e exigências sociais vivenciadas.

Concernente à terminologia, muitas expressões ainda são utilizadas para denominar o instituto em exame, tornando-se necessário um breve relato sobre o tema a fim de analisar as acepções mais empregadas e que não correspondem ao exato conteúdo que se adota neste trabalho. Contudo, ainda que doutrina e jurisprudência nem sempre observem a tecnicidade nas expressões empregadas, tal não inibe a relevância prática que o princípio da proporcionalidade assume no desempenho cotidiano do Direito Constitucional.

Na Alemanha, um termo muito empregado para designar “proporcionalidade” (*Verhältnismässigkeit*) é “proibição de excesso” (*Übermaßverbot*), expressão que, para eles, designam todos os elementos constitutivos ou subdivisões que integram o princípio da proporcionalidade: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit, i.e., Sinn*). Contudo, o termo “excesso” revelou-se assaz genérico, não delimitando corretamente o tema (BONAVIDES, 2013, p. 416)<sup>55</sup>.

Isso porque sempre haverá “excesso” quando a autoridade estatal extrapolar editar atos, mormente leis, que invadam ou restrinjam indevidamente a esfera de liberdade dos cidadãos, mas não somente nesses casos. Atuará o legislador com “excesso” sempre que agir além do que permite sua autorização constitucional, extrapolando os limites formais e materiais a que está condicionado, viciando de inconstitucionalidade o ato. Todavia, uma conduta desproporcional não necessariamente provém de “excesso”, podendo originar-se de ações omissivas ou insuficientes dos poderes estatais, como trataremos a seguir, o que desabona o uso de “proibição de excesso” como sinônimo de “princípio da proporcionalidade”.

---

<sup>54</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

Outro termo muito utilizado como faceta de “proporcionalidade” é “razoabilidade” (*reasonableness*), particularmente pela juristas americanos, que a compreendem como tudo aquilo que seja “conforme a razão” (BARROS, 2003 p. 71)<sup>56</sup>, ampliando sobremaneira o significado que se pode atribuir ao vocábulo sem que haja correspondência de conteúdo, o que não condiz com a austeridade técnico-jurídica que se espera dos trabalhos científicos.

“Razoabilidade” e “proporcionalidade” diferenciam-se, inicialmente, pela sua origem. Não obstante alguns autores<sup>57</sup> remetam à Carta Magna inglesa, de 1215, a primeira menção escrita aos termos aqui discutidos, inclusive identificando o nascedouro da regra da proporcionalidade com o fim do Estado absolutista inglês, o referido documento não faz menção à proporcionalidade. Há quem desconfie que tampouco haja alusão à “razoabilidade”, já que os julgados na Inglaterra referem-se ao “princípio da irrazoabilidade”, o qual teria origem em uma decisão judicial proferida em 1948, conhecida por *teste Wednesbury* (GUERRA FILHO, 2001, p. 283)<sup>58</sup>; por este, considera-se irrazoável aquilo que é despropositado, sem finalidade jurídica, aquela decisão que nenhuma autoridade, em razoável consciência, tomaria. Nesses termos, razoabilidade não se configura em termo fungível para proporcionalidade, pois um ato desproporcional, nem sempre, será considerado irrazoável ou absurdo.

Por outro lado, a “proporcionalidade”, como instrumento de controle de leis restritivas de direitos fundamentais, acepção que se adota nessa pesquisa, tem origem na evolução de julgados do Tribunal Constitucional alemão, cujo conteúdo vai além da mera razoabilidade ou do exame da relação entre meios e fins, distanciando-se, pois, da razoabilidade também quanto ao conteúdo. Conforme Virgílio Afonso da Silva,

Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes – a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade. A regra da proporcionalidade, portanto, não só não tem a mesma origem que o chamado princípio da razoabilidade, como freqüentemente se afirma, mas também deste se diferencia em sua estrutura e em sua forma de aplicação [...] (SILVA, 2002, p. 30-31, grifos no original).<sup>59</sup>

<sup>56</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3a ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

<sup>57</sup> Cf., por exemplo: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 278.

<sup>58</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

<sup>59</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 798, 2002.

Apesar da fungibilidade terminológica empregada em alguns julgados e doutrinas e da aceitabilidade de utilização de variados *nomen juris* para o mesmo instituto, desde que haja correspondência na substância, neste estudo, adotaremos o termo “princípio da proporcionalidade”, em razão da sua convergência com a posição aqui adotada quanto a sua origem (jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão) e, particularmente, pela sua compreensão, em sentido amplo, como gênero das espécies “proibição de excesso” e “proibição de insuficiência”.

Necessário, ainda, apresentar algumas das definições empregadas sobre o princípio da proporcionalidade, pois, por ser um dos princípios mais requisitados e discutidos, seja em textos acadêmicos ou decisões judiciais, muito foi, e ainda é, produzido a seu respeito. Mas, de início, já é possível afirmar que a proporcionalidade tem, cada dia mais, estabelecido-se como máxima fundamental de apoio e salvaguarda dos direitos fundamentais, consolidando-se como princípio primordial da Constituição.

Partindo-se do lugar consagrado como nascedouro do princípio da proporcionalidade (ao menos na concepção aqui adotada), Bonavides alude ao primeiro momento em que, segundo ele, o Tribunal de Karlsruhe, em decisão sobre armazenagem de petróleo, proferida em 16 de março de 1971, apresentou conceito preciso e claro sobre o instituto, definindo sua natureza, função e elementos

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental.<sup>60</sup>

Em continuação, cita máxima apresentada pelo mesmo Tribunal que estabelece a forma de aplicação da proporcionalidade: “quanto mais a intervenção afeta formas de expressão elementar da liberdade de ação do homem, tanto mais cuidadosamente devem ser ponderados os fundamentos justificativos de uma ação cometida contra as exigências fundamentais da liberdade do cidadão” (BONAVIDES, 2013, p. 423).<sup>61</sup>

Manifestando-se sobre os direitos fundamentais como direitos de defesa, Sarlet salienta os elementos que compõe o princípio da proporcionalidade

---

<sup>60</sup> BVerfGE 30, p. 292, *apud* Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional. *Op. cit.* p. 423.

<sup>61</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

[...] o princípio da proporcionalidade, compreendido em sentido amplo, opera como um limite à possibilidade de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, implicando, nos termos da metódica praticada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha [...], uma estrutura de controle em três níveis, de acordo com os critérios da adequação ou da conformidade (a medida interventiva deve ser apropriada, no sentido de tecnicamente idônea, a promover os fins pretendidos), da necessidade ou exigibilidade (a medida deve ser, dentre as disponíveis, a menos restritiva possível) e da assim chamada proporcionalidade em sentido estrito, onde se processa a ponderação propriamente dita, ou seja, a verificação de se a medida, embora adequada e exigível, é mesmo proporcional e preserva uma relação de “justa medida” entre os meios utilizados e o fim almejado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 227).<sup>62</sup>

Para Canotilho “meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de *medida* ou *desmedida* para alcançar um fim: pesar as vantagens dos meios em relação às vantagens do fim” (CANOTILHO, 2003, p. 270).<sup>63</sup>

Nesse sentido, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade é o instrumental por meio do qual exerce-se controle constitucional sobre atos estatais em geral, no intuito de mensurar-se se os meios empregados pelo Estado são adequados e necessários a alcançar o fim pretendido, de modo a afastar-se o sacrifício demasiado dos direitos fundamentais, seja diante de condutas que intervêm excessivamente na esfera de liberdade do indivíduo ou de condutas que, omissiva ou comissivamente, protejam de modo insuficiente o bem jurídico.

Por tratar-se de medida originada na jurisprudência, especialmente na externa (alemã), ainda argumenta-se sobre a necessidade de estabelecer-se a *sedes materiae* do estudado princípio, tendo em vista que não há dispositivo constitucional expresso citando o tema, ainda que sua aplicação prática e imposição sejam inquestionáveis e inevitáveis. Apesar disso, considerando que seu âmbito de atuação envolve a aplicação de restrições a direitos e a regulamentação de direitos fundamentais, é relevante para o desenvolvimento e legitimação da proporcionalidade que se fixe sua fundamentação jurídica, mesmo que seja amparada em outros princípios.

É certo, porém, que a ausência de norma escrita expressa não impede seu assento como norma implícita, a qual pode ser extraída de dispositivos esparsos no texto constitucional,

---

<sup>62</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

<sup>63</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

a começar pelo princípio da igualdade que demanda, para sua justa aplicação, a observância de condições proporcionais. Ademais, outros artigos, implícita ou explicitamente, determinam a consideração de medidas proporcionais, como incisos V e X, do art. 5º e IV, V e XXI do art. 7º, dentre outros que, em alguma medida, justificam um amplo controle dos atos estatais, particularmente os legislativos, impossibilitando invasões inadequadas na esfera de liberdade ou inviabilizando atos que não atendam o nível de proteção esperado pela Constituição.

Contudo, diante de sua relevância para a ordem constitucional e, conseqüentemente, para a proteção das liberdades e direitos fundamentais, sua justificação legal extrai-se da própria essência do Estado Democrático de Direito

[...] ele [princípio da proporcionalidade] ficou durante algum tempo sujeito a oscilações: primeiro, buscou-se derivá-lo da garantia da intangibilidade conferida ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; a seguir, inclinaram-se os arestos do Tribunal Constitucional para uma fundamentação ora a partir dos direitos fundamentais, ora do Estado de Direito, prevalecendo, após alguma vacilação, o parecer de último dominante e, por sem dúvida, mais correto, segundo o qual é mesmo no Estado de Direito que o princípio da proporcionalidade melhor se aloja e pode receber sua mais plausível e fundamental legislação (BONAVIDES, 2013, p. 415).<sup>64</sup>

Cuidando da gravidade da lesão produzida na hipótese de afronta ao princípio, a qual considera a mais extrema das inconstitucionalidades, Bonavides conclui que o princípio da proporcionalidade, embora não exposto, encontra-se, sim, positivado no nosso Direito Constitucional como um princípio geral de direito

Quem atropela um princípio constitucional, de grau hierárquico superior, atenta contra o fundamento de toda a ordem jurídica. A construção desta, partindo de vontade constituinte legítima, consagra a utilização consensual de uma competência soberana de primeiro grau. [...] O princípio da proporcionalidade é, [...], direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o §2º do art. 5º o qual abrange a parte não escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, [...] cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição (BONAVIDES, 2013).

Desse modo, tomando a incumbência atribuída ao Estado, mormente na figura do legislador, de realizar atos que, potencialmente, restrinjam a liberdade e os direitos fundamentais do indivíduo, o princípio da proporcionalidade deve estar situado, e assegurado, no mais alto nível hierárquico do ordenamento jurídico, para poder cumprir sua tarefa de salvaguardar a Constituição do livre arbítrio legislativo.

---

<sup>64</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

Considerando, então, que o princípio da proporcionalidade representa um controle das atividades estatais e, por conseguinte, uma limitação, negativa e positiva, da liberdade do legislador para formular leis, também ele deve ser monitorado, de alguma maneira, a fim de evitar que sua aplicação incorra em subjetividade, tendo em vista o poder conferido ao julgador para decidir se determinado ato é constitucional, ou não, de acordo com sua medida de proporcionalidade. Assim, para conferir legitimidade constitucional às decisões restritivas, ou impositivas, de direitos fundamentais, houve por bem a doutrina alemã (dentre outros, Ulrich Zimmerli<sup>65</sup>), desenvolver uma concepção que estruturasse a aplicação do princípio da proporcionalidade, sistema este que foi reconhecido majoritariamente pela jurisprudência e doutrina de vários países, inclusive o Brasil, ainda que subsistam divergências quanto à sua eficácia.

Nos termos da formulação proposta, o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) é composto por três submáximas ou subprincípios: a) adequação (*Geeignetheit*), por meio do qual se verifica se a medida limitadora adotada (meio) possui viabilidade para alcançar o fim almejado; b) necessidade (*Erforderlichkeit*), em que se exige a menor gravosidade ao bem jurídico afetado, ou melhor, analisa-se se entre os meios disponíveis e igualmente adequados, foi escolhido o menos restritivo; e c) proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), no qual se perquire sobre os benefícios advindos com a restrição aos direitos, isto é, se a restrição imposta a um direito fundamental compensa o grau de proteção concedido a outro direito, tão fundamental quanto.

A despeito da sua grande aceitação entre os juristas, há quem entenda, como Maria Luiza Streck, que essa concepção estruturada do princípio da proporcionalidade apenas fomenta a subjetividade da interpretação jurídica, já que cada operador do direito procederá a uma visão individual do que seja adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito representa para si em determinado caso concreto (STRECK, 2008)<sup>66</sup>. No caso, alega-se que o uso desmedido do princípio da proporcionalidade gera insegurança jurídica, pois haveria afronta à garantia de aplicação das regras pré definidas para determinada situação, as quais seriam preteridas por normas criadas judicialmente para um caso individual e concreto.

---

<sup>65</sup> Ulrich Zimmerli, 1978, p. 13, *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>66</sup> STRECK, Maria Luiza Schafer. **O Direito Penal e o Princípio da Proibição de Proteção deficiente**: a face oculta da proteção de direitos fundamentais. São Leopoldo, 2008. Disponível em <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp082713.pdf>> Acesso em: 09 jul. 2019.

Embora pertinente, tal crítica não deve desencorajar a aplicação do princípio da proporcionalidade nas situações em que haja efetiva necessidade de sua aplicação, ou, conforme Ávila (2018, p. 206), “Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicada. [...] um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles[...]”<sup>67</sup>. Existindo esses elementos, a intervenção do princípio faz-se necessária, com observância da concepção estruturada exposta acima, porque mais injusto que a insegurança jurídica é a subsunção de norma inconstitucional. E, ainda que não presente a relação de causalidade entre meios e fins, o uso do princípio da proporcionalidade estará também justificado quando um direito fundamental estiver sendo restringido excessivamente ou protegido insuficientemente. Retomaremos o tema em capítulo oportuno quando discutiremos o julgamento da medida adequada.

Outra censura dirigida ao princípio aqui estudado, formulada por Forsthoff (apud BONAVIDES, 2013, p. 441)<sup>68</sup>, diz respeito à interferência do Judiciário sobre o âmbito de discricionariedade próprio do Executivo e Legislativo. Segundo o jurista, o princípio da proporcionalidade configura fórmula vazia que concede ao julgador um incomensurável livre-arbítrio, permitindo-lhe, por meio de interferência na atividade legislativa, produzir norma específica para caso particular.

Nesse sentido, afirma Bonavides que a aplicação da proporcionalidade poderá resultar, em algumas circunstâncias, na prevalência da função julgadora sobre as legislativa e executiva, em razão da atribuição conferida ao juiz de, interpretando o ato conforme os valores e princípios constitucionais, poder declará-lo nulo, especialmente no caso do controle de constitucionalidade das limitações aos direitos fundamentais. Por certo, porém, essa competência não viola o princípio da separação dos poderes, segundo a teoria de Montesquieu, tendo em vista que o julgador, com seu trabalho, não produz norma geral e abstrata e tampouco impede o legislador de exercer a “faculdade política decisória” e de “eleger, conformar e determinar fins e meios” (BONAVIDES, 2013, p. 412)<sup>69</sup>. Bonavides coerentemente declara que

O princípio da proporcionalidade, abraçado assim ao princípio da interpretação conforme a Constituição [...] ao invés de deprimir a missão do legislador ou a sua obra, busca jurisprudencialmente fortalecê-la, porquanto na apreciação de uma inconstitucionalidade o aplicador da lei, adotando aquela posição hermenêutica, tudo

---

<sup>67</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

<sup>68</sup> Ernst Forsthoff, 1971, p. 137 *et. seq.*, apud Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional. *Op. cit.* p. 441.

<sup>69</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

faz para preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa [...] (BONAVIDES, 2013, p. 441)<sup>70</sup>

Ademais, não é razoável exigir-se que, perante a omissão ou atuação legislativa defeituosa, permaneça o juiz inerte, após devidamente provocado, em detrimento do efetivo exercício dos direitos fundamentais pelo jurisdicionado. Tendo a Constituição consagrado a garantia, máxime quando esta configura-se como imperativo de tutela, o legislador ordinário está obrigado a produzir a norma que confira proteção adequada ao direito protegido, não cabendo-lhe discricionariedade de atuação nesse caso. Assim também manifestou-se Grimm

[...] em consequência desse desenvolvimento, o Legislativo perde poder. Para ser exato, ele perde poder de permanecer inativo em face de um perigo manifesto para um direito fundamental ou o poder de preterir grosseiramente um interesse constitucional protegido em favor de outro. O poder perdido pelo Legislador é ganho pela Corte Constitucional. [...] a separação de Poderes não pode ser um argumento para negar cumprimento a exigências constitucionais. A Constituição não oferece medidas diferentes para o comportamento do Legislativo e para o seu controle. Se a constituição estabelece determinada obrigação, parece difícil dizer que o legislador está, apesar disso, livre para escolher entre cumpri-la ou não (GRIMM, 2007, p. 164).<sup>71</sup>

Não obstante discordemos do entendimento de que a aplicação do princípio da proporcionalidade afronte a garantia de separação de poderes, ainda que tal aconteça, entendemos que configura um mal menor diante da permanência de uma lei que não cumpre, de forma adequada, a efetivação do direito fundamental ao qual deveria proteger, e o presente estudo é exemplo vivaz dessa situação.

Nesse novo paradigma marcado por uma constituição democrática, dirigente e social com a brasileira de 1988, em que o importante é a defesa dos direitos fundamentais de toda a sociedade, e não somente de um indivíduo, não há ilegitimidade na atuação judicial que, no intuito de resguardar o bem jurídico e proporcionar-lhe proteção suficiente, procede à interpretação com base nos valores constitucionais e, aplicando o princípio da proporcionalidade, considera inconstitucional qualquer ato que não promova adequadamente o núcleo essencial do direito. Os direitos e garantias fundamentais foram previstos na Constituição como plano de governo a ser executado e dirigido a todo corpo estatal, independente da atividade típica desempenhada. Se o legislador, por qualquer motivo, atuou excessiva ou omissivamente a ponto de deixar desprotegido determinado bem jurídico, não está

---

<sup>70</sup> Ibidem.

<sup>71</sup> GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A Constitucionalização do Direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 149-165.

o juiz impedido de fazê-lo; ao contrário, está obrigado, como representante de um dos poderes do Estado Democrático de Direito, a tomar as medidas necessárias para assegurar o desfrute efetivo dos direitos, frente a ameaças provenientes do poder público e de particulares.

### *1.5.3 O Princípio da Proporcionalidade como Proibição de Excesso (Übermaßverbot)*

Durante a vigência do Estado de concepção liberal-burguesa, que caracterizou o constitucionalismo inicial do século XIX, o anseio dos cidadãos voltava-se para a proteção contra intervenções estatais indevidas em sua esfera de liberdade, tendo em vista que um governo de doutrina liberal é caracterizado, economicamente, pelos atributos de um mercado naturalmente autorregulado, livre das intervenções estatais, e juridicamente, por concepções de garantia de direitos individuais contra o uso abusivo de poder pelos governantes (liberalismo jurídico) (MORAES, 2014, p. 271)<sup>72</sup> e nada mais. Nesse contexto, a preocupação do indivíduo limitava-se à defesa contra o agir abusivo e injustificado do Estado, já que não havia responsabilidade pública para conter ameaça de terceiros contra os direitos fundamentais tampouco de implementação de políticas sociais.

Em razão disso, as normas que originaram os direitos fundamentais pertencem a essa acepção de bem jurídico liberal e qualificam-se pelo conteúdo limitador do poder estatal, compondo um constitucionalismo de viés protetor das liberdades individuais. Assim, essas primeiras normas formam o que hoje denomina-se de direitos de defesas, pois são garantias de natureza negativa que impõem um dever de abstenção por parte do Estado, o qual deve deixar de agir em favor da liberdade individual.

Por essas características, tais normas foram relacionadas ao Direito Penal e durante muito tempo compuseram a única faceta do princípio da proporcionalidade, o qual foi, inicialmente, identificado como sinônimo de proibição de excesso (ou *Übermaßverbot*, como doutrina e jurisprudência alemãs convencionaram chamar). Isso porque o Estado, até então, era visto como um inimigo dos direitos e das liberdades fundamentais e, segundo Sarlet

[...] para efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um de seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito

---

<sup>72</sup> MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do estado liberal ao estado democrático de direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. In: **Revista de Informação Legislativa/Senado Federal**. Brasília, ano 51, n. 204, out./dez. 2014.

fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais (SARLET, 2006, p. 334).<sup>73</sup>

Desse modo, o princípio da proibição de excesso, que tem implicação tanto no momento de criação da lei, obrigando o Legislativo, como no de sua subsunção, vinculando o Judiciário, opera como restrição a atuação estatal, controlando sua intervenção na esfera de liberdade dos indivíduos. Ao exercer seu poder punitivo, o Estado deve submeter-se a limites, visando uma adequada proteção aos direitos fundamentais de todos os envolvidos; assim, ao mesmo tempo em que não pode deixar de criminalizar condutas que ofereçam risco à população, ao tipificá-las, deve zelar para a medida adotada não extrapole o limite da punição.

É preciso considerar que o Direito Penal é a *ultima ratio*, devendo o poder estatal valer-se dele somente se as demais constrictões legais forem inócuas e, ao decidir criminalizar, não deve atuar além do estritamente necessário para proteção do bem jurídico em jogo, observando, ainda, que a liberdade também constitui um direito fundamental. Não obstante seja atribuição do Legislativo editar dispositivos legais que tipifiquem comportamentos nocivos e perigosos, e haja autorização constitucional para tanto, o legislador não está obrigado a criminalizar toda conduta que ofenda o bem jurídico; deve, todavia, “buscar extrair da lei toda a cominação penal que não diga respeito a colocar em perigo um bem jurídico. Sem dúvida, essa ideia diz respeito diretamente com a noção de direitos fundamentais, pois estes funcionariam como direitos de defesa” (STRECK, M., 2008, p. 77)<sup>74</sup>.

Esse é o contexto de aplicação do princípio da proporcionalidade, no seu viés de proibição de excesso: tendo em consideração o valor do bem jurídico a ser protegido será determinante para fixar, proporcionalmente, a medida de intervenção penal na esfera de liberdade do cidadão e, por conseguinte, determinar a legitimação da atuação estatal.

Contudo, essa tendência de defesa negativa, em que se protege o direito fundamental da interferência indevida do Estado, de quem se exige um comportamento de

---

<sup>73</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência. In: **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, n. 10, p. 303-354, 2006

<sup>74</sup> STRECK, Maria Luiza Schafer. **O Direito Penal e o Princípio da Proibição de Proteção Deficiente**: A face oculta da proteção dos direitos fundamentais. São Leopoldo, 2008.

abstenção, não é a única expressão do princípio da proporcionalidade, o qual pode manifestar-se como instrumento para verificação do cumprimento, pelo governo, do seu dever de tutela.

### **1.6 O Princípio da Proibição de Proteção Insuficiente (*Untermaßverbot*)**

Pode-se afirmar que foi a mudança de mentalidade, advinda com o Estado Democrático de Direito, que o obrigou a transformar-se de estado inimigo para estado protetor dos direitos fundamentais, encarregando-o de, não apenas abster-se de ingerências no âmbito dos bens jurídicos fundamentais – direitos de defesa -, mas também de agir positivamente no sentido de promover a efetiva realização desses direitos, protegendo-os, preventiva ou repressivamente, contra qualquer tipo de ameaça, ainda que esta provenha de particulares – dever de proteção ou imperativo de tutela. Tal obrigação fundamenta-se no fato de que o Estado, ao tomar para si o monopólio da força e jurisdição (via de regra), tornou-se responsável pela solução de litígios, o que engloba fornecer proteção aos direitos, tendo em vista a impossibilidade (quase absoluta) do indivíduo de fazer justiça com as próprias mãos.

Por essa razão, mormente diante dos ditames de uma constituição cidadã e dirigente como a brasileira de 1988, é possível interpelar o Estado, judicialmente ou não, por conduta inconstitucional quando ele falha na sua missão de proteger os direitos fundamentais mínimos assegurados pela Carta Magna, seja por meio de omissão ou atuando insuficientemente na proteção daqueles direitos. É nesse contexto que se verifica a outra vertente da proteção estatal, denominada de proibição de proteção insuficiente ou *Untermaßverbot*, no direito alemão.

Nesse sentido, compreende-se a existência de critério de verificação do cumprimento dos deveres estatais de proteção dos direitos fundamentais, a ponto de poder aferir se a medida adotada teria ultrapassado os limites de intervenção na esfera de liberdade do indivíduo – a chamada proibição de excesso (*Übermaßverbot*), explicada acima – ou se, por outro lado, a conduta do órgão restou aquém do nível mínimo de proteção constitucionalmente exigido, configurando uma proteção insuficiente, ou até tendo deixado de agir, o que configuraria uma omissão constitucional. Ambos critérios são, na verdade, subdivisões do Princípio da Proporcionalidade.

Por estar subordinado à proibição de insuficiência, a atuação estatal deve atender a padrão adequado e eficaz de proteção constitucionalmente imposto. Desse modo, a violação da proibição de insuficiência, em regra, verifica-se diante de comportamentos deficientes ou omissivos, ainda que parciais, do Poder Público quando da concretização dos deveres de proteção.

Essa tendência positiva do princípio da proporcionalidade origina-se no entendimento de que os direitos fundamentais configuram direitos de prestação, conforme já explanado anteriormente. Todavia, faremos uma breve digressão pela história europeia, no tocante à ascensão de direitos humanos no ordenamento jurídico, para melhor compreender as bases que formaram a concepção dos imperativos de tutela e, conseqüentemente, a exigência de proteção suficiente. Enfatizaremos, particularmente, os contextos históricos da França, em razão do ideal de princípios fundamentais do levante de 1789, e da Alemanha, por sua jurisprudência constitucional voltada à efetivação dos direitos fundamentais.

Partindo da história recente, momento em que o indivíduo toma maior consciência da necessidade de reivindicar melhores condições de vida, a Revolução Francesa, em 1789, é o marco que melhor representa essa fase, tendo em vista que seu objetivo principal era transformar a sociedade por meio de uma profunda alteração da ordem política, representada pela queda do poder monárquico (HOBSBAWN, 1996)<sup>75</sup>. O povo, mais precisamente a burguesia, estava insatisfeito com o sistema econômico e social, controlado por um monarca absolutista – Luís XVI, o qual tomava as decisões baseado numa visão de bem comum que somente favorecia os interesses da nobreza e do clero.

A intenção dos revolucionários era, com a alteração da estrutura política e social, estabelecer uma ordem legal que tivesse por princípios fundamentais a igualdade, liberdade e fraternidade, além do liberalismo político. Contudo, apesar da formação de uma Assembleia Nacional com o objetivo de formular uma nova constituição francesa, a maioria dos parlamentares entendeu que a implementação completa daqueles ideais demandaria alterações mais complexas e de longo prazo e, por isso, inviáveis naquele momento, razão pela qual optaram por “apenas” criar a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC)

---

<sup>75</sup> HOBSBAWN, Eric J. A Revolução Francesa. **Coleção Leitura**. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

(HOBSBAWN, 1996, p. 17 e ss.)<sup>76</sup>. Esta teria por função fornecer as bases para formação do novo sistema legal, de modo que, nela, os direitos fundamentais destinavam-se ao legislador e, por terem sido instituídos ainda durante a vigência do antigo sistema legal, não poderiam atuar exclusivamente em sua função de direitos negativos, sob pena de perpetuar a ordem pré-revolucionária. Somente com o evoluir do sistema legal e consolidação daqueles princípios, houve efetiva atuação dos direitos fundamentais em sua função negativa de proteção dos indivíduos contra o Estado (GRIMM, 2007, p. 152).<sup>77</sup>

Por seu turno, a Alemanha não pode usufruir de um sistema político liberal, já que a revolução de 1848 nesse sentido fracassou, permitindo que a monarquia governasse ao longo do século XIX, determinando toda a estrutura e desenvolvimento social; ainda, por receio de que os direitos fundamentais servissem de justificativa para os reclamos sociais dos trabalhadores, a classe média abandonou tais anseios após a derrocada da revolução. Porém, cientes das crescentes reivindicações por mudanças políticas e sociais, e pretendendo manter-se no poder, as monarquias alemãs adotaram constituições, a partir de 1815, como forma de proclamar uma Declaração de Direitos, ainda que apenas simbólica. Exatamente por isso, esses diplomas constitucionais não produziram grandes mudanças políticas, mantendo-se como meras promessas e expectativas de direitos, o que era, desde o começo, a intenção dos monarcas. O que eles não contavam, todavia, é que essa “folha de papel” fosse utilizada pelos liberais constitucionalistas como inspiração interpretativa dos direitos fundamentais, de modo a exigirem do legislador uma atuação de acordo com as previsões constitucionais, conciliando o ordenamento jurídico aos princípios constitucionais, conforme bem relata Grimm:

[...] a maioria das constituições alemãs do século XIX continha uma declaração de direitos. Mas, uma vez que eram concedidos pelos monarcas, em vez de serem a eles impostos pelos cidadãos, tais direitos não tinham base no direito natural, não eram considerados direitos dos homens, mas apenas dos cidadãos, e não adquiriram o poder de superar as leis ordinárias existentes. [...] É verdade que a maior parte das tentativas fracassou, uma vez que a legislação exigia o consentimento das casas superiores dos parlamentos, não-eleitas, e dos monarcas, que não estavam dispostos a modificar o sistema radicalmente. Mas foi essa tentativa que manteve viva, na primeira metade do

---

<sup>76</sup> HOBSBAWN, Eric J. A Revolução Francesa. **Coleção Leitura**. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

<sup>77</sup> GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A Constitucionalização do Direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 149-165

século XIX, a ideia dos direitos fundamentais como obrigações positivas do Estado (GRIMM, 2007, p. 153).<sup>78</sup>

Com a queda da monarquia em 1918, a Assembleia Nacional constituinte da República de Weimar, agora formada em sua maioria por partidos oposicionistas socialistas, volta a priorizar os direitos fundamentais e incorpora aos já consagrados direitos de liberdade uma diversidade de direitos econômicos e sociais, confirmando a tendência de conferir aos direitos fundamentais um viés positivista e de proteção. No entanto, esses direitos dependiam de intervenção legislativa para se efetivarem, fato que não ocorreu em razão do Poder Legislativo não ter aceitado tal vinculação, de modo que, na República de Weimar, a despeito dos direitos fundamentais sociais terem sido alçados à posição constitucional, manteve-se o entendimento dos *direitos fundamentais como mera expressão de um propósito político* (GRIMM, 2007, p. 154)<sup>79</sup>.

Foi somente após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, com o completo desprezo pelos direitos fundamentais, que superou-se a visão austera que se tinha daqueles para assumir-se uma concepção garantista e protetiva. Nesse sentido, a Lei Fundamental (Grundgesetz), editada após o fim do conflito, estabeleceu inúmeras disposições a fim de assegurar referidos direitos, como, dentre outras, a obrigatoriedade de respeitar e proteger a dignidade humana, a aplicabilidade direta e vinculante, para todos os setores públicos, das garantias previstas na Declaração de Direitos, e, especialmente, o estabelecimento de uma corte constitucional com competência para impor a conformidade dos atos estatais às disposições da Lei Maior.

E foi precisamente esse Tribunal Constitucional que, por meio de suas decisões, solucionou alguns dilemas advindos dessa nova compreensão dos direitos fundamentais, como a possibilidade de sua eficácia horizontal, ou seja, entre particulares, dúvida que restou sanada com a paradigmática decisão do caso Lüth, anteriormente citada. Outra importante decisão, a qual situa a problemática desse estudo, deu-se no *Primeira Decisão sobre o Aborto*, de 1975, em que a Corte, embora não unanimemente, reconheceu que os preceitos fundamentais

---

<sup>78</sup> GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A Constitucionalização do Direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 149-165

<sup>79</sup> Ibidem.

assentados na Lei Maior constroem o Estado a protegê-los de qualquer tipo de ameaça, ainda que proveniente de terceiros.

No caso, discutia-se a constitucionalidade da Lei de Reforma do Código Penal (BverfGE 39, 1), concernente à possibilidade de interrupção de gravidez até o fim do 1º trimestre:

Por meio da 5ª Lei de Reforma do Direito Penal (5. StrRG), de 18 de junho de 1974 (BGBI. I, p. 1297), a criminalização do aborto foi novamente regulamentada. Até então, a provocação da morte do nascituro era uma ação tipificada criminalmente, em termos genéricos. Exceções como causas excludentes da ilicitude só eram reconhecidas segundo os princípios do estado de necessidade (supra positivo). A nova redação do §218 até 220 StGB pela 5ª lei de reforma trouxe principalmente as seguintes inovações: sujeito por princípio à pena passou a ser somente quem interrompeu a gravidez (aborto) depois do 13º dia após a concepção (§218I). Todavia, o aborto praticado por um médico com a concordância da grávida não era punível segundo o §218, desde que não tivessem passado doze semanas desde a concepção (§218a – Regra do prazo). Além disso, o aborto perpetrado por médico com a anuência da grávida depois de transcorrido o prazo de doze semanas não seria punido segundo o §218, quando ele fosse indicado, segundo os reconhecimentos das ciências medicinais, para se evitar um perigo para a vida da grávida ou um comprometimento sério do seu estado de saúde, desde que este não pudesse de forma exigível da mulher ser evitado de outra forma (§218b – indicação médica), ou porque houvesse sérias razões para crer que o filho, por causa de uma disposição genética ou de influências danosas antes do nascimento, sofreria de uma deficiência insanável de seu estado de saúde, que fossem tão graves, de tal sorte que não se pudesse mais exigir da mulher o prosseguimento da gravidez, desde que após a concepção não tivessem passado mais do que 22 semanas (§218, no 2 – indicação eugênica). Aquele que praticava o aborto sem que a grávida tivesse se consultado antes junto a uma repartição pública de consultoria (ou aconselhamento) ou tivesse se consultado (aconselhado) social e medicinalmente junto a um médico, era punido com sanção penal (§218c). Igualmente sancionada criminalmente era a conduta de quem, depois de transcorridas 12 semanas desde a concepção, interrompesse uma gravidez sem que o órgão administrativo competente tivesse antes confirmado que os pressupostos da indicação médica ou eugênica estivessem presentes. A mulher mesma não era punida. O controle normativo abstrato proposto por 193 membros da Câmara Federal e por alguns governos estaduais contra as assim chamadas “solução do prazo” (*Fristenlösung*), levou o TCF a declarar o § 218a StGB em sua essência como nulo, ordenando, até o início da vigência de uma nova regulamentação legal, determinadas formas de uma regulamentação da indicação (em aplicação do § 35 BVerfGG) (MARTINS, 2006, p. 266-267).<sup>80</sup>

Conforme transcrição da ementa do julgado, discutiu-se a amplitude do dever de proteção do Estado, se restrita à proibição de ingerência imprópria na vida do cidadão ou se, além disso, configuraria obrigação estatal de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, protegendo-os, inclusive da intromissão de particulares, agindo no interesse do bem jurídico

<sup>80</sup> MARTINS, Leonardo (Org). **Cinquenta Anos da Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad. Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2006. p. 266-267.

ofendido. Tal decisão discutiu a obrigatoriedade de salvaguarda dos direitos fundamentais por meio da penalização de determinadas condutas, revelando outra conexão do princípio da proporcionalidade com aqueles direitos, agora numa perspectiva de exigir do Estado atitudes garantidoras e não apenas omissivas.

O dever de proteção do Estado é abrangente. Ele não só proíbe - evidentemente - intervenções diretas do Estado na vida em desenvolvimento, como também ordena ao Estado posicionar-se de maneira protetora e incentivadora diante dessa vida, isto é, antes de tudo, protegê-la de intervenções ilícitas provenientes de terceiros [particulares]. Cada ramo do ordenamento jurídico deve orientar-se por esse mandamento, conforme sua respectiva definição de tarefas. O cumprimento do dever de proteção do Estado deve ser tão mais consequentemente perseguido quanto mais elevado for o grau hierárquico do bem jurídico em questão dentro da ordem axiológica da Grundgesetz (MARTINS, 2006, p. 269).<sup>81</sup>

O aresto manifestou-se, ainda, sobre a necessidade de realizar-se um juízo de ponderação quando dois direitos fundamentais reclamam proteção constitucional, no mesmo caso concreto, em que um deverá ser preterido em benefício do outro, embora ambos componham o sistema constitucional de valores. Na situação julgada, optou-se por privilegiar o direito à vida do nascituro em detrimento do direito de liberdade de escolha e de conformação de vida da gestante, tendo em vista que o feto é sujeito autônomo de direitos e a proteção de sua existência digna justifica a intervenção estatal na esfera privada da mãe.

Não é possível uma equalização que garanta a proteção da vida do nascituro e a liberdade da gestante de praticar o aborto, visto que este sempre significa a aniquilação da vida intra-uterina. Na ponderação, por isso mesmo necessária, “...os dois valores constitucionais devem ser vistos como ponto central do sistema de valores da constituição em sua relação com a dignidade humana” (BVerfGE 35, 202 [225]). Numa orientação pelo Art. 1 I GG, a decisão deve ser tomada em favor da prioridade da proteção à vida do nascituro contra o direito de livre escolha da gestante. [...] Em contrapartida, a vida do nascituro será aniquilada pelo aborto. Por isso, pelo princípio da harmonização mais poupadora das posições concorrentes [sic] protegidas pela Grundgesetz, observando-se o pensamento básico do Art. 19 II GG, deve prevalecer a vida do nascituro. [...] (MARTINS, 2006, p. 270).<sup>82</sup>

Outrossim, a decisão salientou que, a despeito da norma penal dever ser instrumento de “*ultima ratio*” legislativa, a criminalização de certa conduta poderá ser medida necessária diante da comprovada insuficiência de proteção oferecida pelos outros meios. Contudo, decidindo-se pela adoção da tipificação penal como forma de concretizar a norma protetora, não poderá o legislador agir desarrazoadamente; ao contrário, deverá pautar-se sempre pelo princípio da proporcionalidade, de modo a evitar medidas que invadam em demasia a esfera de

<sup>81</sup> Ibidem.

<sup>82</sup> MARTINS, Leonardo (Org). **Cinquenta Anos da Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad. Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2006. p. 266-267.

liberdade do indivíduo, ou seja, deve também observar a proibição de excesso – *Übermaßverbot* – já referido anteriormente.

[...].Em caso extremo, se, a saber, a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra maneira, o legislador é obrigado a valer-se dos instrumentos do direito penal para garantir a vida em desenvolvimento. [...] Pelo princípio da proporcionalidade, característico do Estado de direito, que rege o direito público em geral, inclusive o direito constitucional, o legislador só pode fazer uso desse meio de forma cautelosa e reservada. [...] Não se trata, destarte, de um dever “absoluto” de penalizar, porém da obrigação “relativa” de utilizar a tipificação penal, surgida do reconhecimento da insuficiência de todos os demais meios.

De outro lado, não convence a objeção de que não se possa deduzir de uma norma de direito fundamental garantidora de liberdade a obrigatoriedade do Estado de sancionar criminalmente. Se o Estado é obrigado, por meio de uma norma fundamental que encerra uma decisão axiológica, a proteger eficientemente um bem jurídico especialmente importante também contra ataques de terceiros, freqüentemente serão inevitáveis medidas com as quais as áreas de liberdade de outros detentores de direitos fundamentais serão atingidas. Nisso, a situação jurídica na utilização de instrumentos do direito social [previdenciário] ou civil não é fundamentalmente diversa do que ocorre junto à promulgação de uma norma penal. As diferenças existem, quando muito, em relação à gravidade da intervenção necessária. [...] (MARTINS, 2006, p. 271).<sup>83</sup>

A despeito da referida decisão ter considerado nulo o § 218a StGB, na redação dada pela 5ª Lei para a Reforma do Direito Penal (5a. StrRG), de 18 de junho de 1974, a Câmara Federal promulgou a 15ª Lei de Mudança do Direito Penal (15. StÄG), em 18 de maio de 1976, descriminalizando o aborto praticado dentro das 12 semanas a partir da data da concepção, inclusive nos casos de estado de necessidade.

Todavia, no limiar da década de 90, tal medida foi impugnada pelo governo da Baviera, por meio de controle abstrato de normas, do qual originou-se a *Segunda Decisão sobre o Aborto* (BVerfGE 88, 203), em que o Tribunal Constitucional Federal Alemão declarou nulo o dispositivo que classificava como não antijurídico o aborto realizado dentro do 1º trimestre de gravidez, preconizando a existência de vinculação constitucional do legislador à proibição de proteção insuficiente. Desse modo, o dever de tutela dos direitos fundamentais somente restará completa e efetivamente cumprido quando, respeitada a proibição de excesso, *pari passu*, a norma legal garanta a adequada e suficiente proteção ao bem jurídico. Dividir a ementa

Depois que o TCF, na primeira decisão (Urteil) sobre o aborto (BVerfGE 39, 1, cf. supra, decisão 23) de 25 de fevereiro de 1975, declarou as novas regras sobre o aborto em parte como nulas, a Câmara Federal promulgou a 15ª Lei de Mudança do Direito Penal (15. StÄG), de 18 de maio de 1976, e com ela a assim chamada regra da indicação válida até 1992. Esta previa, entre outros, o não sancionamento penal de um aborto realizado dentro do prazo de doze semanas contados a partir da concepção também no caso de um estado geral de necessidade da mulher (§218a II, no 3 StGB

---

<sup>83</sup> Ibidem.

na redação da 15. StÄG). Por meio da Lei Complementar de Reforma do Direito Penal (StREG), de 18 de agosto de 1975, determinou-se que o seguro legal obrigatório de saúde (sistema público de saúde) devia assumir os custos de um aborto lícito (§§200f, 200g, RVO na redação da StREG). Incluídos nesta regra estavam também os abortos indicados por estado geral de necessidade (financeira). O governo da Baviera impugnou, no ano de 1990, pela via do controle abstrato de normas, os dispositivos mencionados, no ponto em que eles se referiam aos abortos baseados em uma indicação por estado geral de necessidade, principalmente quando previam o pagamento das despesas hospitalares para aqueles. [...] Ao lado de um feixe de medidas normativas sobre aconselhamento, esclarecimento e apoio social-previdenciário, que deviam facilitar o prosseguimento da gravidez e prover as condições para o nascimento do filho, a SFHG previa também uma nova regulamentação do sancionamento penal do aborto. Segundo esta, um aborto realizado dentro das primeiras doze semanas da gestação não era antijurídico e com isso também não punível, se a grávida pudesse provar que tinha sido aconselhada por órgão criado para esse fim ou também legalmente reconhecido e autorizado para essa tarefa (§219 StGB na redação da SFHG – aconselhamento em uma situação de conflito ou de necessidade), e que a intervenção fora realizada por um médico. Uma indicação específica não era necessária neste caso. No §24b SGB V foi criada uma regra que se coadunava substancialmente com a situação jurídica até então vigente (§§200f, 200g RVO), que garantia um direito a benefícios do seguro estatal de saúde para abortos não antijurídicos (MARTINS, 2006, p. 273-274)<sup>84</sup>

Nota-se que a promulgação da nova lei descriminalizando o aborto, estipulava algumas condições para que a conduta da gestante não fosse tipificada, como a determinação de um período máximo (até o fim do primeiro trimestre de gestação), inclusive no caso de estado de necessidade; participação em sessões de aconselhamento; realização do procedimento por médico. Essas medidas tinham por objetivo facilitar o prosseguimento da gravidez e, assim, atender os direitos de liberdade da mulher e o direito à vida do feto. Contudo, essa proteção não era suficiente para o feto.

249 membros da Câmara Federal e de novo o governo da Baviera propuseram o controle abstrato de normas contra as regras supra mencionadas da SFHG. O TCF declarou nulo, entre outros, o §218a I StGB na redação da SFHG, no ponto em que o dispositivo qualificava como não antijurídico o aborto não indicado por estado de necessidade depois de um aconselhamento segundo o §219 StGB na redação da SFHG. O §219 StGB foi igualmente declarado nulo, porque o aconselhamento lá previsto não perseguia suficientemente o objetivo de encorajar a mulher para o prosseguimento da gravidez. O TCF considerou a regulamentação anterior e a nova regulamentação do pagamento pelo sistema público de saúde de abortos constitucional tão somente dentro dos parâmetros da fundamentação da decisão que excluía por princípio a possibilidade do pagamento estatal de abortos antijurídicos. Ao mesmo tempo, o TCF fixou, segundo o §35 BverfGG, uma série de ordens transitórias para o tempo até a entrada em vigor da nova regulamentação legal, principalmente em face da configuração do procedimento do aconselhamento e do

---

<sup>84</sup> MARTINS, Leonardo (Org). **Cinquenta Anos da Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad. Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2006. p. 266-267.

reconhecimento de locais (Beratungsstellen) onde ele se daria (MARTINS, 2006, p. 275).<sup>85</sup>

Nessa segunda decisão, os julgadores constitucionais desenvolveram e adotaram a teoria da proibição de insuficiência quando da proteção de um direito fundamental, seja no momento de sua concretização ou contra ofensas efetuadas por atores públicos ou privados, por meio da qual o legislador está proibido de fazer muito pouco, ou melhor, impõe-se ao Estado a vedação de tomar medidas inadequadas que não atendam o nível de proteção exigido pelo bem jurídico ameaçado.

**O Estado deve adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela, que levem - considerando os bens conflitantes – ao alcance de uma proteção adequada e, como tal, efetiva (proibição de insuficiência).** Para tanto, é necessário um projeto de proteção que combine elementos de proteção preventiva e repressiva. Os direitos fundamentais da mulher não são tão amplos a ponto de suspender em geral – mesmo que apenas por um determinado prazo – o dever de levar a termo a gestação do filho. Contudo, as posições de direito fundamental da mulher têm por consequência que, em situações excepcionais, seja permitida - quando não ordenada - a não imposição de um tal dever jurídico. [...] **A proibição de insuficiência não permite a livre desistência da utilização, também, do direito penal e do efeito de proteção da vida humana dele decorrente.**<sup>86</sup> (MARTINS, 2006, p. 276, grifos nossos)

Em sua fundamentação, o aresto evidenciou a responsabilidade do legislador infraconstitucional (já que, no caso, discutia-se a constitucionalidade de um dispositivo legal) em atender um padrão mínimo de proteção, fazendo escolhas que, efetivamente, garantam o pleno exercício do direito fundamental ou salvaguardem o bem jurídico. Embora o julgado reconheça que o direito fundamental não possui, em sua previsão constitucional, especificação bastante do modo como deve dar-se sua proteção, ele transfere ao legislador a obrigação de, ao adotar uma medida, observar sua adequação e eficiência diante do nível protetivo exigido pelo direito amparado, cumprindo a contento o dever de tutela estatal, sob pena da medida ser considerada inconstitucional.

[...] o dever de tutela não restará atendido quando houverem sido, em geral, tomadas medidas de proteção de qualquer natureza. [...] **É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência [...]; até aqui, ele está sujeito ao controle jurisdicional constitucional [pelo TCF].** Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para

<sup>85</sup> MARTINS, Leonardo (Org). **Cinquenta Anos da Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Trad. Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2006. p. 266-267.

<sup>86</sup> Ibidem.

uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis [...]. **Para que a proibição de insuficiência não seja violada, a conformação da proteção pelo ordenamento jurídico deve corresponder a exigências mínimas.**<sup>87</sup> (MARTINS, 2006, p. 280, grifos nossos)

Desse modo, à proteção do direito fundamental, não basta a mera regulamentação por norma ordinária, se esta não atender o grau de abrigo esperado pelos constituintes. Uma lei que salvaguarde o direito de maneira insuficiente e inadequada, não alcance o padrão mínimo de garantia e conceda efetividade, porém falha, é inconstitucional e não cumpre com sua obrigação de amparar o bem jurídico. No caso julgado pelo Tribunal de Karlsruhe, entendeu-se que a proteção à vida do nascituro, prevista pela Carta Magna alemã, não restou minimamente assegurada, tendo em vista que a não tipificação penal do aborto até a 12ª semana de gestação permite a inviabilização do direito, e a aniquilação da vida, durante este período.

Em continuação, a decisão ressaltou que, no momento da concretização do direito fundamental, ao legislador infraconstitucional será concedido um âmbito discricionário de atuação, tendo em vista a previsão abstrata e genérica inerente aos dispositivos constitucionais e sua responsabilidade pela escolha de medidas que protejam o bem jurídico. Diante disso, incumbirá ao representante estatal adotar, dentre as alternativas existentes, aquela que melhor atenda às circunstâncias do caso concreto, observando, principalmente, os bens jurídicos conflitantes, de modo que haja a menor restrição possível ao direito preterido.

Nesse sentido, a referida liberdade conferida ao legislador não é absoluta. A medida adotada, que deve ser adequada e suficiente diante da necessidade de proteção reivindicada pelo direito fundamental a ser albergado, passará por uma mensuração conforme os anseios constitucionais de salvaguarda e a proibição de insuficiência. Caso contrário, se a seleção feita pelo Estado não alcançar a suficiência esperada, a medida será considerada inconstitucional por ausência de proteção eficaz do direito fundamental, conforme disposto no julgado:

**O legislador deve submeter a seleção e a conformação de seu plano de proteção a uma avaliação constitucionalmente sustentável,** de tal sorte que com ele a proteção à vida intra-uterina seja tão protegida quanto o exige a proibição de insuficiência. **Cabe ao legislador uma margem [discricionária] para a avaliação, valoração e conformação também quando ele - como aqui - é constitucionalmente obrigado a tomar medidas eficazes e suficientes para a proteção de um bem jurídico.** A extensão dessa margem de ação depende de fatores de diversos tipos, especialmente da particularidade do assunto em questão, das possibilidades – principalmente sobre o futuro desenvolvimento e as conseqüências de uma norma -

---

<sup>87</sup> MARTINS, Leonardo (Org). **Cinquenta Anos da Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Trad. Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2006. p. 266-267.

de formar para si uma convicção suficientemente segura e do significado dos bens jurídicos em questão (cf. BVerfGE 50, 290 [332 s.]; 76, 1 [51 s.]; 77, 170 [214 s.]). Se a partir disso se derivam três parâmetros de controle constitucional distintos entre si (cf. BVerfGE 50, 290 [333]) não precisa ser [aqui] esclarecido; **o exame constitucional estende-se, em todo caso, à questão de se o legislador considerou suficientemente os fatores mencionados e de se ele se valeu de sua margem de avaliação “de maneira sustentável”**.<sup>88</sup> (MARTINS, 2006, p. 285, grifos nossos)

Fundamentadas nessa decisão, doutrina e jurisprudência passaram a compreender a existência de critério de verificação do cumprimento dos deveres estatais de proteção dos direitos fundamentais, a ponto de poder aferir se a medida adotada teria ultrapassado os limites de intervenção na esfera de liberdade do indivíduo – *Übermaßverbot* – ou se, por outro lado, a conduta do órgão restou aquém do nível mínimo de proteção constitucionalmente exigido, configurando uma proteção insuficiente - *Untermaßverbot*. Ambos critérios são, como já referenciado, subdivisões do Princípio da Proporcionalidade.

A proibição de proteção insuficiente pode ser conceituada, conforme Bernal Pulido, “como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se se um ato estatal – por autonomasia, uma omissão – viola um direito fundamental de proteção” (PULIDO, 2002, p. 798)<sup>89</sup>. Para Canaris, a “proibição de insuficiência” revela-se na propriedade que os imperativos de tutela possuem de não permitir que “se desça abaixo de certo mínimo de proteção”, de modo a exigir que o “direito infraconstitucional ofereça, *no seu conjunto* uma proteção eficiente” deixando “frequentemente diversas possibilidades de variação em aberto, quanto ao modo como esse direito deve ser *especificamente* conformado” (CANARIS, 2016, pp. 71 e 119)<sup>90</sup>.

Nas palavras de Sarlet, a “violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de

<sup>88</sup> MARTINS, Leonardo (Org). **Cinquenta Anos da Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad. Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2006. p. 266-267

<sup>89</sup> PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

<sup>90</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Pinto Mota. 4 reimp. Coimbra: Almedina, 2016.

tutela ou dever de proteção” (SARLET, 2006, p. 335)<sup>91</sup>. E, contrapondo à proibição de excesso, Canotilho apresenta precisa explanação sobre o que ele denomina *proibição por defeito*:

Existe um defeito de protecção quando as entidades sobre quem recai um *dever de protecção* (*Schutzpflicht*) adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. [...] o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma protecção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. A verificação de uma *insuficiência de juridicidade estatal* deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 273).<sup>92</sup>

Nesse sentido, podemos afirmar que a proibição de insuficiência configura o dever imposto ao Estado, e também aos sujeitos de direito privado, de possibilitar o adequado e suficiente exercício do direito fundamental pelo indivíduo, de modo que a proteção concretizada satisfaça as exigências mínimas de garantia do bem jurídico, dispostas na Constituição, devendo ter em consideração a correta valorização dos interesses contrapostos.

Dentro do sistema constitucional baseado em Estado Democrático e Social de Direito, como o brasileiro, os princípios fundamentais de defesa do indivíduo, previstos na Constituição, limitam a atuação do poder estatal, a fim de impedir arbitrariedades e excessos no âmbito de liberdade de cada cidadão, exigindo, em regra, que o ente público abstenha-se de agir. Contudo, além da esfera de defesa negativa, a Lei Suprema preocupa-se, também, com a defesa ativa dos direitos fundamentais, cuja tutela não realiza-se por mera omissão e cuja ofensa provém, inclusive, de particulares. Nesse caso, no intuito de proteger os valores primordiais e fundantes previstos na Constituição, reclama-se uma nova visão dos direitos fundamentais, os quais “deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado” (CUNHA, 1995, p. 274)<sup>93</sup>.

Ao consagrar uma ordem objetiva de valores, a Constituição estabelece uma relação de harmonia interna responsável por orientar todo o ordenamento jurídico, de modo que, para manutenção da coerência, devem ser demovidas as situações que representem tanto o excesso quanto a insuficiência de proteção aos interesses jurídicos. Desse modo, revela-se importante o desenvolvimento de mecanismos, como os princípios da proibição de excesso e de

---

<sup>91</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência. In: **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, n. 10, p. 303-354, 2006.

<sup>92</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

<sup>93</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. **Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 274.

insuficiência, que verifiquem as medidas de concretização dos direitos fundamentais e identifiquem o cumprimento, ou não, de um padrão adequado de proteção.

A despeito da existência de certa margem de discricionariedade concedida ao legislador infraconstitucional, mormente para atuar entre a vedação de excesso e de insuficiência, conforme já explanado, alguns critérios devem ser respeitados para a correta materialização dos direitos fundamentais, especialmente quando tratar-se da aplicação destes nas relações entre particulares. Sobre tal exigência pronunciou-se Grimm:

Critérios relevantes são a importância do direito em jogo e a probabilidade e intensidade do dano. Tais parâmetros devem ser entendidos como uma adaptação do princípio da proporcionalidade à função positiva dos direitos fundamentais. Na verdade, não há muita diferença entre o dever de respeitar e o dever de proteger direitos fundamentais quando se trata de decidir se uma lei é constitucional ou não. Uma vez que quase toda a lei contém alguma limitação a um direito fundamental e considerando que a justificação é quase sempre a proteção de outro direito fundamental ou de um valor reconhecido constitucionalmente, a tarefa do legislador é harmonizar valores conflitantes, preservando tanto quanto possível de cada um deles (GRIMM, 2007, p. 161).<sup>94</sup>

Todavia a obrigatoriedade do Estado de conceder proteção aos direitos fundamentais e, nesse sentido, editar normas que permitam sua adequada fruição, não pode ser exercida de forma absoluta, devendo considerar os efeitos provocados sobre as garantias e liberdades fundamentais dos demais indivíduos, pois “quando a proteção dos direitos de uma pessoa possa pôr em causa a esfera jurídica de terceiros, exige-se que essa proteção seja medida por uma ponderação dos bens ou valores em presença e que respeite o princípio da proporcionalidade, nos termos gerais válidos para as situações de colisão ou de conflito” (ANDRADE, 2004, p. 149)<sup>95</sup>.

Não obstante, por estar subordinada à proibição de insuficiência, a atuação estatal deve atender a um padrão adequado e eficaz de proteção constitucionalmente imposto. Desse modo, a violação da proibição de insuficiência, em regra, verifica-se diante de comportamentos deficientes ou omissivos, ainda que parciais, do Poder Público quando da concretização dos deveres de proteção, sendo possível que os direitos fundamentais sofram ameaças por parte de particulares.

---

<sup>94</sup> GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A Constitucionalização do Direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 149-165.

<sup>95</sup> **Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3a ed. Coimbra: Almedina, 2004.

Diante do aqui exposto, também é necessário salientar que não somente o legislador é o destinatário do dever de proteção e, conseqüentemente, não é o único a incorrer em inconstitucionalidade por medidas que não protejam suficientemente determinado bem jurídico; também os Poderes Executivo e Judiciário poderão ofender imperativos de tutela na execução típica de suas funções. Assim, o Estado, enquanto administrador, poderá adotar política pública não condizente com o nível de proteção esperado pela Constituição, tal como o Estado-Juiz violará o dever de proteção quando der “interpretação que não assegure proteção, como aquela que leva a um completo esvaziamento ou impossibilidade de aplicação das normas” (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 64)<sup>96</sup> fundamentais.

Contudo, há diferença de grau de vinculação das entidades públicas, em seus três poderes, ao Princípio da Proporcionalidade, em razão da maior ou menor liberdade de atuação e, conseqüentemente, o nível de obediência à proibição de insuficiência e de excesso. Sendo assim, aos órgãos legiferantes, por serem representantes diretos do povo e competir a eles a produção legislativa, possuem um campo de ação e conformação mais amplo que aquele reservado aos poderes administrativos e jurisdicionais, estando os primeiros mais livres para a escolha da medida mais congruente com a proteção exigida. Todavia, estarão limitados por um *minimum core*, podendo atuar acima disso, mas nunca para menos.

[...] verifica-se a existência de substancial convergência quanto à circunstância de que diferenciada a vinculação dos diversos órgãos estatais (legislador, administração e judiciário) ao princípio da proporcionalidade, já que o legislador dispõe de um espaço de conformação mais amplo e, portanto, dispõe de uma maior (mas jamais absoluta e incontrolável) liberdade de ação [...] diversa a intensidade da vinculação em se cuidando de uma aplicação da proibição de excesso ou de insuficiência, que, especialmente quando em causa uma omissão, obedece a parâmetros menos rigorosos, mas, de qualquer modo e em todo caso, não permite (e importa que tal seja suficientemente sublinhado) que se fique aquém de um mínimo de proteção constitucionalmente exigido (SARLET, 2008, p. 151).<sup>97</sup>

Sobre a correta atuação de cada autoridade quanto a aplicação da proibição de insuficiência, há de citar importante passagem de Canaris:

Para evitar mal entendidos, acrescente-se que a proibição de insuficiência não é aplicável apenas no (explícito) controle jurídico-constitucional de uma omissão legislativa, mas antes, igualmente, nos correspondentes problemas no quadro da aplicação e do desenvolvimento judiciais do direito. Pois, uma vez que a função de imperativo de tutela dos direitos fundamentais não tem, de forma alguma, alcance

<sup>96</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 64.

<sup>97</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição do excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: **Revista da Ajuris**, v.35, n° 109, mar. 2008.

mais amplo no caso de uma realização pela jurisprudência do que pelo legislador, o juiz apenas está autorizado a cumprir esta tarefa porque, e na medida em que, a não o fazer, se verificaria um inconstitucional déficit de proteção e, portanto, uma violação da proibição de insuficiência (CANARIS, 2016, p. 124).<sup>98</sup>

O Judiciário, então, desempenha relevante papel na concretização dos deveres de proteção dos direitos fundamentais, pois sua atuação não está limitada a averiguar eventual proteção insuficiente praticada pelo legislador quando da edição de leis. Mais relevante é o seu trabalho como intérprete de um imperativo de tutela ou de uma omissão legislativa, em que caberá ao juiz, no caso concreto, determinar qual a medida suficientemente adequada a ser adotada. Isso significa que, caso a lei regulamentadora não forneça proteção suficiente ao sujeito e ele tenha seu interesse violado, nascerá uma pretensão contra o Estado, pois não pode o legislador permanecer inativo, recusar-se a agir, ou atuar de modo insuficiente, sob pena de violar tanto o direito constitucional objetivo, como o direito individual do cidadão.

É certo que a administração desses dois comandos do Princípio da Proporcionalidade não é tarefa corriqueira e demanda alto senso de equilíbrio do aplicador para agir entre o excesso e a insuficiência, pois “o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio” (FREITAS, 1997, p. 56-57)<sup>99</sup>. Contudo, sua implementação resultará em ganhos de efetividade no campo da concretização dos direitos fundamentais, em especial aqueles negligenciados pelo legislador infraconstitucional, como o direito contra despedida arbitrária ou sem justa causa.

#### *1.6.1 A aplicação do procedimento das submáximas da Proporcionalidade ao Princípio da Proibição de Proteção Insuficiente*

Inicialmente, cumpre estabelecer a existência de autonomia dogmática da categoria da proibição de proteção insuficiente em relação à proibição de excesso, ainda que entre elas haja correspondência em relação aos resultados alcançados quando da verificação da correção da medida aplicada para resguardo dos direitos fundamentais. A despeito dessa equivalência, há quem defenda, como Canaris, que os princípios são aplicados em contextos destoantes, tal que as medidas analisadas possuem vertentes (quase) antagônicas, mesmo que complementares. Esse mesmo autor afirma, que essas categorias diferenciam-se, ainda, quanto ao grau de

---

<sup>98</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfsgnag Sarlet e Paulo Pinto Mota. 4 reimp. Coimbra: Almedina, 2016.

<sup>99</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

vinculação do poder público aos parâmetros caracterizadores do excesso e da insuficiência, já que é igualmente distinta a força de vinculação dos entes estatais com as funções defensiva e prestacional (imperativo de tutela) dos direitos fundamentais, de modo que, no que trata da proibição de insuficiência, experimentam discricionariedade mais intensa, especialmente o legislador, na escolha das medidas protetivas do bem jurídico em jogo.

Esse entendimento da não equivalência entre a proibição de excesso e de insuficiência é compartilhado pelo teórico alemão Johannes Dietlein, para quem, sobre os deveres de proteção, há apenas uma congruência parcial entre as categorias e, nos dizeres de Sarlet

[...] no âmbito da primeira (proibição de excesso), o requisito da necessidade constitui uma grandeza vinculada a uma determinada e concreta medida legislativa, de tal sorte que o seu controle limita-se ao âmbito interno da lei, ao passo que o exame da necessidade levado a efeito em se tratando de um dever de proteção estatal (e, portanto, da incidência da proibição de insuficiência) diz com uma grandeza que transcende o ato legislativo concreto e baseada diretamente em um valor de natureza constitucional (SARLET, 2008, p. 155).<sup>100</sup>

No tocante à consideração do princípio da proibição de proteção insuficiente como critério legitimador da intervenção estatal na legislação infraconstitucional, nota-se que não houve, até o momento, tanta um desenvolvimento dogmático ideal de aplicação dessa vertente do princípio da proporcionalidade, com definição de suas estruturas e epistemologias.

Por essa razão, a maior parte da doutrina e jurisprudência aplica, no exame da proibição de insuficiência, o mesmo procedimento de verificação utilizado para a proibição de excesso, materializado no desdobramento da máxima da proporcionalidade em três submáximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, por meio dos quais analisa-se a justeza da restrição de um direito fundamental em benefício de outro. Entende-se que tais etapas, a despeito da não equivalência plena entre as categorias de excesso e insuficiência, servem para justificar a aplicação da proporcionalidade no seu viés de proibição de insuficiência, observadas as características inerentes à análise dos imperativos de tutela.

Nesse sentido, estabelecida a presença do dever de proteção, passa-se ao exame pormenorizado dos elementos que legitimam a aplicação da proporcionalidade como vedação

---

<sup>100</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência. In: **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, n. 10, p. 303-354, 2006.

de insuficiência, que, nos ensinamentos de Christian Calliess, citado por Sarlet, podem ser assim descritos

a) concernente ao exame da adequação ou idoneidade, é necessário verificar se a medida - e a própria concepção de proteção – adotada ou mesmo prevista para a tutela do direito fundamental é apta a proteger de modo eficaz o bem jurídico considerado; b) em sendo afirmativa a primeira resposta, cuida-se de averiguar se existe uma concepção de segurança (proteção) mais eficaz, sem que com isso se esteja a intervir de modo mais rigoroso em bens fundamentais de terceiros ou interesses da coletividade. Em outras palavras, existem meios de proteção mais eficientes, mas, ainda, tão pouco interventivos em bens de terceiros? Ainda neste contexto, torna-se possível controlar medidas isoladas no âmbito de uma concepção mais abrangente de proteção, por exemplo, quando esta envolve uma política pública ou um conjunto de políticas públicas; c) afirmativa a resposta anterior, já no âmbito da terceira etapa (que corresponde ao exame da proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade) é preciso investigar se o impacto das ameaças e riscos remanescentes após a efetivação das medidas de proteção é de ser tolerado em face de uma ponderação com a necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais pessoais ou coletivos (CALLIES, 2006 apud SARLET, 2008, p. 155)<sup>101</sup>.

Para o autor, a verificação das primeira e segunda submáximas deve, primordialmente, ser realizada de forma separada entre os institutos da proibição de excesso e de insuficiência, de forma que sejam levadas em conta as especificidades de cada um, tendo em vista que a divergência da adequação e necessidade não permite seu exame conjunto. Contudo, a verificação da proporcionalidade em sentido estrito, é o ponto de confluência das mencionadas categorias devendo ser realizada uma “ponderação que leve em conta o quadro global, ou seja, tanto as exigências do dever de proteção, quanto os níveis de intervenção em direitos de defesa de terceiros ou outros interesses coletivos (sociais)” (SARLET, 2008, p. 156)<sup>102</sup>. Portanto, considerando o potencial abalo a bens de terceiro resultante da concretização dos deveres de proteção, o autor defende, inevitavelmente, a realização da arguição conjunta do cumprimento dos elementos da proibição de excesso e de insuficiência.

Há, todavia, quem defenda que as peculiaridades do princípio da proibição de proteção insuficiente, especialmente o fato de ser aplicado em casos de omissão legislativa, demandam um procedimento próprio de verificação, cuja análise leve em conta três outros desdobramentos: efetividade (aptidão), suficiência (necessidade) e proporcionalidade em sentido estrito, ou mandamento de ponderação.

---

<sup>101</sup> CALLIESS, Christian. Die Grundrechtliche Schutzpflicht Im Mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis. In: *JuristenZeitung*, Tübingen, vol. 61, n. 7, 2006, p. 326.

<sup>102</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência. In: **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, n. 10, p. 303-354, 2006.

Nesse contexto, Néviton Guedes, apoiado no entendimento desenvolvido por Laura Clérico<sup>103</sup>, expõe sua versão do procedimento de verificação de infração da proibição de insuficiência

**Atuação ou efetividade (aptidão)** — a máxima da efetividade, ou da atuação, é violada em relação aos direitos fundamentais sociais, quando, existindo meios à disposição do Estado, nenhuma medida apta à proteção do bem jurídico protegido pela norma de direito fundamental for adotada, de tal ordem que se possa afastar a ameaça ou o perigo através de terceiro, ou de tal forma que entregue ao titular do direito uma prestação estatal – ou seja, o Estado permanece totalmente inerte, ou inativo. Em outros termos, o Estado pode agir para entregar uma prestação fática idônea à proteção do indivíduo, mas permanece inativo. Nesse caso, só por isso, há violação à máxima da proibição da insuficiência. [...] aqui nada mais se daria do que o exame de aptidão no âmbito do princípio da proibição da insuficiência.

**Suficiência (necessidade)** — existindo, contudo, mais de uma medida apta a ser adotada, sendo que uma dessas medidas assegura maior proteção ao bem jurídico-fundamental (no caso, de caráter social), sem que a adoção da medida mais eficiente agride direito de terceiro de forma mais intensa (um meio melhor e de mesma afetação, ou de menor intensidade, a outros direitos), há violação a essa máxima (da suficiência) quando, nestas condições, o Estado opta pela medida menos eficiente ao direito fundamental social. Como se vê, aqui existem meios alternativos, aptos à concretização do direito fundamental social. O que se cuida é de questionar quais das medidas existentes se mostra melhor indicada para a proteção do direito, isto é, qual medida revela maior índice de suficiência. [...] verificar se, entre medidas alternativas, todas aptas e nenhuma revelando maior agressão a outros direitos fundamentais, qual a medida que melhor concretizaria o direito fundamental, isto é, nesse momento o que se estaria a realizar é apenas o exame da necessidade no âmbito do princípio da proibição da insuficiência.

**Proporcionalidade em estrito sentido, ou ponderação** — a admissão por parte do Estado de que a concretização do direito fundamental social pode colocar em perigo ou ameaça outros bens constitucionalmente protegidos, de tal ordem que se justificaria, mesmo com as cautelas das outras duas máximas (*efetividade e suficiência*), o teste de verificação da primazia, ou não, de um ou outro direito ou bem constitucional envolvido na colisão (no caso, com o direito fundamental social). Essa verificação é realizada por intermédio de uma ponderação de bens, onde o jogo dos argumentos e contra-argumentos, à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, é que iria dar a chave para a solução do problema, oferecendo uma primazia condicionada a um dos princípios, ou direitos fundamentais, envolvidos na colisão (CLÉRICO, 2008 apud GUEDES, 2015)<sup>104</sup>. (grifos nossos)

Para o autor, o Poder Judiciário somente poderia realizar diretamente a concretização de um direito fundamental que, alegadamente sofra de proibição de insuficiência, quando, em colisão com outro direito, puder ser comprovada sua superioridade de eficácia, suficiência e proporcionalidade em sentido estrito. Entendemos, porém, que esses últimos elementos não divergem ou alteram aqueles apresentados no primeiro procedimento, mas

<sup>103</sup> CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**. Serie Justicia y derechos humanos. Miguel Carbonell: Quito, 2008, p. 125-174.

<sup>104</sup> GUEDES, Neviton. Princípio da Proibição de Insuficiência deve ser aplicado aos direitos sociais. In: **Revista Consultor Jurídico**, 15 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/constituicao-poder-proibicao-insuficiencia-aplicado-aos-direitos-sociais>> Acesso em: 17 jul. 2019.

aprofundam o exame de acordo com as características da proibição de insuficiência, devendo, portanto, com aqueles se complementar.

### *1.6.2 A compatibilidade do Princípio da Proibição de Proteção Insuficiente no Direito do Trabalho*

Como demonstrado acima, o princípio da proibição de proteção insuficiente desenvolve-se a partir de decisão judicial proferida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em sede de Direito Penal, na qual se discutia se seria inconstitucional a norma que tipificava como aborto criminoso somente aquele cometido após o primeiro trimestre de gravidez, por conferir proteção insuficiente ao direito fundamental à vida do feto.

No caso, considerou-se que, num Estado Democrático de Direito, mormente quando regido por uma Constituição democrático-social, a obrigação estatal não se resume ao dever de abstenção (que demanda uma omissão estatal a fim de não intervir indevidamente sobre o exercício dos direitos fundamentais), implicando também um dever de proteção (que exige um agir do Estado no intuito de assegurar proteção suficiente e exercício efetivo aos direitos fundamentais, contra ameaças de sujeitos públicos ou privados). Desse modo, para cumprir sua responsabilidade, deveria o Estado alemão não apenas deixar de invadir inadequadamente a esfera de liberdade de escolha da gestante, mas também garantir proteção suficiente ao direito à vida do feto.

Diante da colisão de direitos fundamentais instaurada, em que ambos integram o sistema de valores constitucionais, e não sendo possível equalizar a garantia dos interesses envolvidos, o Tribunal decidiu, por meio da ponderação, dar prevalência ao direito à vida humana. Isso porque conferir proteção ao direito de liberdade pela escolha do aborto, em qualquer período da gravidez, resulta na aniquilação total do direito à vida do feto.

Entendeu-se, portanto, que a norma penal que não criminalizava o aborto até o fim do primeiro trimestre sofria de vício de inconstitucionalidade, em razão de não conferir proteção suficiente ao direito à vida, pois permitia sua aniquilação por determinado período. Segundo os julgadores, o direito apenas restaria suficientemente protegido com a proibição do aborto (injustificado) desde o momento da concepção.

Não obstante ainda não tenhamos analisado o conceito e normatização do direito contra despedida arbitrária ou sem justa causa, é possível afirmar, nos termos acima, que há

plena compatibilidade com a aplicação do princípio da proibição de proteção insuficiente, tendo em vista aquela garantia fundamental contempla todos os elementos norteadores do desenvolvimento e aplicação do postulado apresentados na decisão do Tribunal alemão, como veremos.

A compatibilidade do princípio da proibição de insuficiência com o Direito do Trabalho, especialmente no que toca à garantia contra despedida arbitrária ou sem justa causa muito se relaciona com o fato de, tanto aquele como o Direito Penal, possuírem como âmbito de aplicação um espaço público, respectivamente, o local de trabalho e a sociedade. Como explica Luigi Ferrajoli, a positivação de direitos trabalhistas como direitos fundamentais configura não somente o reconhecimento da exigibilidade dessas garantias, mas também a mutação da natureza do local de trabalho, de privada para pública

Gracias a la introducción de estos derechos, **la fábrica, en cuanto lugar de trabajo, deja de ser un lugar privado – una simple propiedad inmobiliaria del patrono – y se convierte en un lugar público.** También **adquiere una dimensión pública la relación de trabajo**, dentro de la cual el trabajador deja de ser una mercancía y se convierte en sujeto de derechos fundamentales: o sea, de derechos inviolables y no negociables, que tienen el valor de leyes del más débil como alternativa a otros límites y vínculos a la ‘libertad salvaje y desenfadada’(...) <sup>105</sup>. (FERRAJOLI, 2008, p. 279, grifos nossos)

Adota-se, pois, contrariamente ao critério tradicional de classificação da natureza jurídica das normas trabalhistas como de direito privado (em razão de reger relações estabelecida entre sujeitos/interesses privados), o critério que define a natureza da relação pelo envolvimento, ou não, de direitos fundamentais. Assim, se os particulares entabulam vínculos que versem sobre direitos fundamentais, então eles não devem ser regidos pela dinâmica do mercado, mas sim pela lógica inerente à esfera pública. Esta define-se, segundo Ferrajoli, como “tudo o que tem a ver com o interesse do público ou coisa comum, isto é, com o interesse de todos; enquanto ‘privado’ é tudo o que tem a ver apenas com o interesse dos indivíduos” (FERRAJOLI, 2008, p. 289, tradução nossa) <sup>106</sup>.

Considerando que a relação de direito do trabalho é permeada pela aplicação de direitos fundamentais, especialmente quando envolve a proteção contra despedida arbitrária ou

<sup>105</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

<sup>106</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008

sem justa causa, pode-se afirmar que tal vínculo pertence a esfera pública, pois cuida de situações em que todos são titulares.

Resulta disso que também ao Direito do Trabalho poderá ser empregada a ideia de *garantismo*, que se materializa em “técnicas de tutelas dos direitos fundamentais”, as quais, a despeito de terem sido desenvolvidas no campo do direito penal, são aplicadas “como paradigma da teoria geral do direito, a todo campo de direitos subjetivos, sejam estes patrimoniais ou fundamentais, e a todo o conjunto de poderes, públicos ou privados, estatais ou internacionais” (FERRAJOLI, 2008, p. 61-62, tradução nossa)<sup>107</sup>. O *garantismo social* seria, então, “o conjunto de garantias, em boa medida ainda ausentes ou imperfeitas, dirigida à satisfação dos direitos sociais, como a saúde, a educação e o trabalho e outros semelhantes” (FERRAJOLI, 2008, p. 62, tradução nossa)<sup>108</sup>.

Diante desse paradigma garantista, pode-se concluir que a proteção deferida à sociedade pelo Direito Penal é a mesma que deve ser destinada ao trabalhador pelo Direito do Trabalho, resguardando-o das arbitrariedades cometidas tanto pelo poder público como pelos entes privados, assegurando aos direitos fundamentais de ambos os campos o mesmo nível e tipo de tutela. (FERRAJOLI, 2008, p. 289)

Em continuação, a análise dos direitos fundamentais do trabalho insere-se no mesmo contexto jurídico em que se assentava a norma penal autorizadora do aborto, ou seja, em um Estado Democrático de Direito, cuja Constituição estabelece programas e objetivos nos âmbitos social, econômico e cultural, prevendo, para tanto, uma gama de direitos fundamentais que merecem proteção estatal. Prova disso é que o projeto constitucional tem por objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, assim como reduzir as desigualdades sociais.

Ademais, a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa possui *status* de direito fundamental, tanto em sentido formal – está expressamente prevista no texto constitucional, no catálogo de direitos do título II, destinado aos Direitos e garantias fundamentais, o que a torna uma cláusula pétrea, limitando as possibilidades de sua reforma; possui potencial para ser aplicada imediatamente, nos termos do parágrafo 1º, do art. 5º, da CF – como no sentido material – em razão da relevância própria do bem jurídico que tutela, considerado em si mesmo,

---

<sup>107</sup> Ibidem.

<sup>108</sup> Ibidem.

assim como pela atribuição do regime jurídico-constitucional próprio dos direitos fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 327-328)<sup>109</sup>.

E, como direito fundamental, a referida garantia contra o direito potestativo de dispensa também configura um dever de proteção (imperativo de tutela), tendo em vista que atende ambas as condições estabelecidas por Canaris: a) demanda a aplicação da hipótese normativa do direito fundamental previsto no inciso I, do art. 7º, da Constituição; b) a ameaça à garantia de manutenção do posto de trabalho, mormente porque promovida por sujeito particular ocupante de posição de vantagem, clama por proteção estatal, assegurando o efetivo exercício do direito pelo empregado (CANARIS, 2016, p. 104 e ss.)<sup>110</sup>.

Portanto, especialmente pela fundamentalidade dos bens jurídicos analisados, entendemos que o princípio da proibição de proteção insuficiente comporta ampla aplicação no contexto do Direito do Trabalho, especialmente no que diz com a concretização do direito contra despedida arbitrária ou sem justa causa, a fim de atuar como controle da atuação insuficiente ou da omissão praticadas pelo Estado no cumprimento do imperativo de tutela, gravando de inconstitucionalidade a ação estatal que não observar o nível de proteção exigido pela Constituição.

Voltaremos a este tema no capítulo 3, momento em que aprofundaremos o estudo do modo como o princípio da proibição de proteção insuficiente será aplicado, a fim de concretizar o direito contra despedida arbitrária ou sem justa causa, momento em que também analisaremos qual seria sua concretização adequada.

---

<sup>109</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência. In: **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, n. 10, p. 303-354, 2006. Disponível em <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2151599.pdf>> Acesso em: 25 jul. 2018.

<sup>110</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgnag Sarlet e Paulo Pinto Mota. 4 reimp. Coimbra: Almedina, 2016.



## 2. A GARANTIA CONSTITUCIONAL CONTRA DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA

A relação de emprego encontra proteção no texto constitucional brasileiro contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, disposta no art. 7º, I, da Carta Magna de 1988<sup>111</sup>, como norma fundamental. Isso ocorre em razão da relevância que o emprego, e seu consequente rendimento, possuem na vida do trabalhador e de seus dependentes, pois configuram condição precípua para subsistência e planejamento de vida.

Outrossim, tão importante quanto a preocupação do empregado em garantir seu posto de trabalho, é o receio do empregador em manter sua livre iniciativa intacta, para poder, então, dispor como melhor lhe aprouver dos meios de produção, particularmente, da mão de obra, visando o êxito do negócio.

O objetivo, no entanto, não deve ser aniquilar um direito em detrimento do outro, mas sim compatibilizá-los com a menor perda possível para cada parte. Pedro Paulo Teixeira Manus destaca que

Muito mais simples é a postura no sentido de discorrer a respeito da necessidade de garantir o emprego aos trabalhadores, sob pena de perpetrar uma injustiça social ao admitir a dispensa imotivada. Igualmente mais simples é colocar-se na defesa do “direito potestativo” de despedir empregados, que deveria ser reconhecido ao empregador, sob pena de afrontar a liberdade de iniciativa e livre empresa. Não é esta, porém, a questão a ser enfrentada por nós, pois qualquer uma dessas duas posturas não nos leva a lugar algum, a não ser a uma postura retórica, que em nada contribui para equacionar melhor a relação de trabalho (MANUS, 1996, p. 8).<sup>112</sup>

É imprescindível nesse estudo que a solução proposta atenda, razoavelmente, todos os interesses envolvidos, de modo equilibrado e eficaz. Para tanto, é necessário atualizar o entendimento sobre a garantia fundamental contra despedida arbitrária ou sem justa causa, adequando-o à realidade de uma economia liberal e globalizada, como a brasileira, a qual impõe a não intervenção estatal, sem olvidar da crise de desemprego e de seus reflexos que vivenciamos atualmente.

Ao viver e travar relações numa sociedade dominada pelo sistema capitalista, a sobrevivência de cada cidadão depende, infalivelmente, de algum tipo de rendimento, seja ele

---

<sup>111</sup> Constituição Federal. Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

<sup>112</sup> MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa**. São Paulo: Malheiros, 1996.

próprio ou de terceiros. Embora a maior parte da riqueza mundial, hoje, seja proveniente do lucro auferido com investimentos e da transmissão de herança, ela concentra-se na mão de pouquíssimos afortunados. A imensa maioria da população depende da venda da própria força de trabalho (seja intelectual ou física) para subsistir e, dentre estes, grande parte o faz por meio de trabalho subordinado.

Segundo estudos realizados por Thomas Piketty, apenas 1% da população mundial, parcela composta pelas pessoas mais ricas do planeta, não é assalariada, dependendo das rendas do capital. Em seguida, no restante do décimo superior, encontramos aqueles que vivem de “renda mista”, proveniente principalmente dos salários (em regra, altos executivos e profissionais liberais de alta especificidade) e de alguns investimentos. A dependência exclusiva da renda do trabalho, então, fica destinada aos que não foram “abençoados” (PIKETTY, 2014, p. 272-275)<sup>113</sup>.

Percebe-se, portanto, a relevância do tema aqui estudado, já que atinge boa parte dos 90% da população, os quais sobrevivem com a renda obtida pelo trabalho subordinado. A estas, por óbvio, interessa a existência de regras que resguardem a continuidade do contrato de trabalho e limitem o exercício do direito de rescisão pelo empregador.

Traçando um breve histórico do direito ao lugar de trabalho, percebe-se a trajetória, de um extremo ao outro, percorrida pelo instituto. Inicialmente, a Carta de 1824 trouxe o resquício do que poderia ser entendido como estabilidade, prevendo em seu art. 149 uma disposição genérica pela impossibilidade de perda de patente dos oficiais do Exército e da Armada, exceto por sentença judicial. Tal direito foi estendido por lei aos magistrados no ano de 1827, e, em 1915, pela Lei n. 2.924, todos os servidores públicos foram contemplados com a estabilidade, ao contarem 10 anos de serviço.

No setor privado, somente na década de 1920 editou-se lei tratando da estabilidade. O marco histórico conhecido por Lei Eloy Chaves (Decreto n. 4.682, de 23.1.1923), foi a responsável pela criação das Caixas de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários de empresas particulares e trouxe, no seu art. 42, a primeira previsão específica de estabilidade, impedindo a demissão de empregados que contassem 10 anos de serviço, exceto no caso de falta grave, a qual deveria ser apurada em inquérito administrativo.

---

<sup>113</sup> PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

Todavia, o que parecia uma concessão aos interesses dos trabalhadores, na verdade, consistia em meio de consolidação das caixas de previdência. Segundo Sussekind, Lacerda e Segadas Viana (1943, p. 456-460)<sup>114</sup>, não havia intenção do legislador em atender as reivindicações da classe trabalhadora, contudo, para que o sistema das caixas progredisse era necessário que se mantivesse, e aumentasse, o número de associados e que estes permanecessem empregados na categoria para manutenção das contribuições. Por essa razão, era imprescindível assegurar-lhes o emprego. Por fim, observam que “não obstante a mentalidade vigorante em 1923, foi a estabilidade consagrada na legislação social-trabalhista brasileira” (SUSSEKIND; LACERDA; VIANA, 1943, p. 458)<sup>115</sup>.

Não tardou a que outras categorias fossem amparadas pela estabilidade decenal, como portuários, empregados em empresas de transporte urbanos, luz, telégrafos etc., muito em razão da criação de suas próprias caixas de previdência. Há de ressaltar que à categoria dos bancários, por meio do Decreto n. 24.615 de 9.7.1934, foi destinada uma estabilidade mais benéfica, aos 2 anos de serviço; todavia, essa condição foi revogada com advento da CLT.

Com o intuito de generalizar o sistema estabilitário ao mercado laborativo, a Lei n. 62 de 5.1.1935, passou a assegurar a estabilidade decenal a todos os empregados da indústria e do comércio que ainda não tinham sido beneficiados pela Previdência Social. Ademais, a referida regra estipulou o desligamento do benefício do sistema previdenciário, passando a integrar a normativa referente ao contrato de trabalho.

Seguindo a tendência, ainda que tímida, de proteção da relação de emprego, a Constituição de 1934 previa indenização proporcional do tempo de serviço ao trabalhador dispensado sem justa causa. Embora não tenha constitucionalizado o direito, a sucessora Carta de 1937, faz menção à estabilidade decenal, reconhecendo a possibilidade de demissão dos integrantes da categoria a quem não foi estendida a proteção, mantendo a previsão de indenização de sua antecessora.

Infraconstitucionalmente, o auge do benefício veio com a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 01.05.1943, que trazia um completo sistema de proteção à relação de trabalho. Entre os arts. 492 a 500 (na redação original), foi reconhecida a

---

<sup>114</sup> SUSSEKIND, Arnaldo; LACERDA, Dorval de; VIANA, José de Segadas. **Direito Brasileiro do Trabalho**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943. p. 456-460.

<sup>115</sup> Ibidem, p. 458.

estabilidade a todos os empregados que completassem 10 anos de serviço na mesma empresa, assim como previu-se indenização por tempo de serviço proporcional à duração do contrato àqueles trabalhadores demitidos antes do decênio (antigos arts. 477 e 478, CLT). Dispunha, ainda, que o estabilidade somente poderia ser dispensado quando do cometimento de falta grave, a qual deveria ser apurada por inquérito judicial, ou no caso de força maior devidamente comprovada (antigo art. 492, CLT).

Finalmente, o Constituinte de 1946 consagra a estabilidade como direito constitucional do trabalhador, da indústria ou rurícola, juntamente com indenização ao não estabilidade, remetendo a regulamentação à lei ordinária recém promulgada, recepcionando, assim, o sistema previsto no art. 492 da Consolidação.

Essa nova normativa, constitucional e ordinária, de regulamentação da proteção ao trabalho foi fruto da evolução social, com prevalência aos princípios da continuidade da relação de emprego e da integração do trabalhador na vida e na dinâmica da empresa, a qual culminou no reconhecimento pelo constituinte. Todavia, por estabelecer forte restrição ao direito potestativo empresarial de rompimento contratual, sofreu dura resistência da classe econômica, que a considerou desarrazoadamente rígida e excessiva, em especial por não contemplar exceções em razão de fatores econômicos, financeiros e tecnológicos, que afetassem a dinâmica da empresa.

A pressão exercida pelos empregadores encontrou campo fértil no regime ditatorial que comandava o país em 1964, somado ao discurso nascente de política econômica de viés neoliberalista e o declínio do Estado de Bem Estar Social. Por consequência, pela edição da Lei 5.107 de 13.9.1966, é criado o alternativo sistema do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), que mitigou a estabilidade ao permitir que os empregados optassem por um dos modelos existentes. Em pouco tempo, na prática, esse mecanismo aniquilou o benefício da estabilidade, pois, como os empregadores não o desejavam, passaram a impor a opção pelo FGTS como condição de contratação.

Acompanhando a nova ideologia de liberalização do mercado e mercantilização da força de trabalho, a Constituição de 1967 recepcionou expressamente a mudança e manteve a coexistência dos dois regimes (art. 158, XIII): estabilidade, com pagamento de indenização ao trabalhador dispensado, ou fundo de garantia equivalente. Não tendo havido mudança de interesse, a Emenda Constitucional 01 de 1969 preservou a previsão da antecessora.

Não há negar que tal mudança de paradigma representou um retrocesso no sistema de garantia de emprego, cuja figura nuclear, a estabilidade, foi olvidada da seara constitucional com o advento da Constituição Federal de 1988.

Neste último pacto juspolítico, não obstante tenha havido grande progresso na área, com o deslocamento dos direitos sociais, antes dispostos no título “Da Ordem Social”, para o título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, o que conferiu aos direitos sociais o *status* de fundamentalidade, ocorreu a exclusão da estabilidade da esfera constitucional. O art. 7º, responsável por elencar as garantias primordiais aos trabalhadores urbanos e rurais, deixou de contemplar aquela benesse, concluindo-se por sua extinção, ao menos na norma fundante. Ainda, eliminou a alternatividade dos sistemas de proteção à relação de emprego, pois passou a prever unicamente o regime do FGTS (art. 7º, III), universalizando-o.

A despeito das muitas discussões e pressões durante os tratativas constituintes, especialmente por parte da classe trabalhadora na tentativa de manter o benefício, prevaleceu o texto com mudança radical da previsão anterior: “art. 7º, I: relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. Nesse sentido, foi excluído do texto constitucional o direito ao posto de trabalho, ainda que o empregado cumpra suas obrigações, permitindo-se o rompimento contratual por fatos alheios ao comportamento do operário, com a contrapartida de uma indenização pré fixada (art. 10, caput e inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Não obstante a exclusão do *status* constitucional, tal previsão não impede, todavia, o estabelecimento da estabilidade por legislação infraconstitucional, inclusive por meio de eventual lei complementar que venha a regular a despedida arbitrária ou sem justa causa, ou pela interpretação judicial do art. 7º, I, conforme à Constituição, hipótese que aprofundaremos ao longo deste estudo.

## **2.1 O Direito à continuidade do trabalho**

No contexto social e econômico que vivenciamos nas sociedades moderna e pós moderna, é possível vislumbrar, nitidamente, como o modelo capitalista de produção impõe a todos a exigência de um dever de trabalhar, não somente para contribuir com o grupo em que

vive, mas, principalmente para garantir sua subsistência e de seus dependentes, a qual, por certo, prorroga-se no tempo. Nesse sentido, tendo em vista que a forma mais comum e democrática de cumprimento da referida obrigação é por meio do estabelecimento de uma relação de trabalho, há necessidade de que também ela perdure, a fim de proporcionar segurança e organização para ambos sujeitos da relação, assim como fomentar o desenvolvimento socioeconômico por meio do consumo.

Por certo que a manutenção do vínculo de emprego acarreta benefícios a todos os envolvidos: Para o empregador, havendo previsão de continuidade, possibilita que invista na qualificação do funcionário, o que gera melhor mão de obra e, conseqüentemente, melhores produção e rendimento; ademais, essa contiguidade permite que a empresa programe a execução das atividades de acordo com o material humano disponível. Para o empregado, além do benefício de receber investimentos em conhecimento, poderá planejar a melhor maneira de investir seu salário no futuro próximo, viabilizando a aquisição de bens e a realização de projetos de vida. Para a sociedade, essa será favorecida com o aumento do consumo, da produção e da geração de empregos, resultando num círculo virtuoso que fomentará, também, a arrecadação de impostos e, por consequência, o investimento em políticas públicas (apesar da incerteza deste último).

Nesse sentido, a previsibilidade de protrair a relação no tempo é um dos importantes elementos do contrato de trabalho, constando, inclusive, na definição legislativa da figura do empregado<sup>116</sup>, tendo em vista que a não eventualidade está diretamente ligada à continuidade, e traduz-se em relevante preocupação para o trabalhador, sendo superada apenas pela presteza do pagamento. E, se a persistência no tempo dessa associação é tão relevante para a manutenção da “ciranda” da produção capitalista, e para o bem estar coletivo, é certo que as regras de proteção contra a perda do posto de emprego merecem mais do que a salvaguarda constitucional, e sim uma regulamentação infraconstitucional que possibilite seu efetivo exercício e fruição.

No entanto, não é isso que se verifica. Em nome da livre iniciativa, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil<sup>117</sup>, juntamente com a valorização do trabalho,

---

<sup>116</sup> CLT. Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

<sup>117</sup> Constituição Federal. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

nota-se a colisão dos interesses patronais de liberdade da empresa (configurados no direito potestativo do empregador de demissão) com o direito à relação de trabalho juridicamente protegida contra arbitrariedades. Ao contrário da esperada harmonização a bem de todos, no intuito de encontrar solução proporcional que, preservando o núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos e respeitando a dignidade da pessoa humana, resultasse em situação *win-win*, há um verdadeiro embate de forças pela vitória de um e aniquilamento do outro.

Conforme discorrido na introdução deste capítulo, a proteção à relação de emprego, de forma positivada, evoluiu da absoluta desconsideração, passando pela estabilidade decenal até a liberdade de dispensa com indenização calculada sobre os depósitos de FGTS. Assim lembra Renato Rua de Almeida que

[...] a proteção do direito ao trabalho, aliada à teoria institucional da empresa preconizando a integração do trabalhador resultou, já no século XX, na ideia de estabilidade no emprego. Contudo, abandonou-se a concepção estática da estabilidade no emprego [após o término da Segunda Guerra Mundial] e foi adotada uma concepção dinâmica, traduzida pela ideia de garantia do emprego, que assegura ao trabalhador uma certa proteção no emprego por ele ocupado e, não sendo possível mantê-lo no mesmo emprego por algum *motivo justificável* (não mais apenas a falta disciplinar, mas também motivos econômicos e tecnológicos), permiti-lhe a continuidade do emprego em outra empresa (ALMEIDA, 1999, p. 1600, grifos nossos).<sup>118</sup>

Baseado nisso, afirma o jurista que o termo “estabilidade” deve ser compreendido como a garantia de um meio que assegure um lugar de trabalho a cada indivíduo apto a trabalhar, ou seja, “a estabilidade do emprego no interior de uma política de emprego” ALMEIDA apud FONSECA, 2009, p. 196)<sup>119</sup>.

Embora discordemos do conceito de estabilidade estabelecido pelo autor, como explicaremos e tópico próximo, é preciso ponderar que parte da doutrina trabalhista compartilha desse entendimento de que políticas de pleno emprego fundadas na ampliação de normas assecuratórias da estabilidade, que promovam o aprofundamento da proteção à relação de trabalho ou que dificultem o exercício do direito potestativo do empregador, na verdade, prejudicam o trabalhador, resultando no aumento de empregos precarizados ou vínculos de emprego travestidos de relações autônomas.

---

<sup>118</sup> ALMEIDA, Renato Rua de. A estabilidade no emprego num sistema de economia de mercado. In: **Revista LTr**, São Paulo, v. 63, n. 12, dez. 1999.

<sup>119</sup> Renato Rua de **Almeid**. **La nouvelle notion de stabilite de l'emploietude en droit français et bresilien compare**. Thèse doctorat, Universite de Paris, oriente. Lyon Caen Gerard.

Nesse sentido preconiza Antonio Martín Valverde para quem

precisamente com o fim de tutelar o direito ao trabalho se defende a necessidade de um sistema de livre despedida, ou se ataca a rigidez do uso da força de trabalho estabelecida em algumas normas garantidoras do direito ao posto de trabalho (VALVERDE, 1980, p. 201-203)<sup>120</sup>.

A despeito da coerência dos argumentos, discordamos da referida corrente. Se o empregador é o proprietário dos bens e meios de produção, possui autonomia na direção dos serviços e utiliza-se dessa execução para gerar lucro, o qual reverte somente para si (em linhas gerais), deve, em contrapartida, arcar com os custos e riscos da atividade, além de respeitar a legislação pertinente ao negócio. Desse modo, se há regra protegendo a permanência da relação de trabalho, cabe ao Estado fiscalizar seu cumprimento e reprimir toda conduta que afronte a lei.

Outrossim, se há lucro proveniente da atividade empresarial, ao menos em potencial, ele sobreveio do trabalho realizado pela força de trabalho vendida pelo empregado, o qual merece, como compensação, alguma medida de proteção à continuidade da relação responsável por sua subsistência, já que o salário, em regra, não condiz proporcionalmente à mais-valia auferida com seu labor. Ousamos dizer que um incremento justo e equilibrado do direito ao posto de trabalho não resultaria em mais desemprego, tendo em vista que, havendo demanda pela mercadoria, o empresário não deixará de contratar mão de obra para produzi-la somente pelo fato de que o procedimento demissório é mais complexo, pois isso representaria perda de receita. O que gera desemprego é retração do desenvolvimento econômico e, conseqüentemente, do consumo que acarreta, ao fim, baixa demanda e necessidade de produção.

Embora seja necessário proteger a empresa, por configurar fonte de emprego e de desenvolvimento econômico, não há esquecer que o trabalhador é parte vulnerável na relação de emprego. A teoria da natureza contratual do vínculo de trabalho somente é admitida porque a prestação de serviços tem origem no Direito Civil, em momento histórico regido pelo Estado Liberal, qualificado este pela não intervenção estatal na ordem jurídica. Todavia, a ideia de um acordo entre duas vontades livres, destinado a um fim lícito, com obrigações e vantagens

---

<sup>120</sup> VALVERDE, Antonio Martín. Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978. In: **Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución**. Espanha,

recíprocas, em que as partes figuram com paridade de forças, não se amolda às características intrínsecas da relação de emprego.

É imanente àquela associação a assimetria de poder de negociação, já que o trabalhador depende do salário para subsistir e pouca resistência oferece aquele que encontra-se em estado de necessidade. Nessa direção, bem expôs Hannah Arendt

Em todas as sociedades pré-modernas, o homem podia libertar-se desse trabalho, forçando outros homens a trabalharem para ele, quer dizer, por meio da força e da dominação. Na sociedade moderna, o trabalhador não está sujeito a nenhuma força nem a uma dominação, ele é forçado pela necessidade imediata inerente à própria vida. Portanto, aqui a necessidade substituiu a força e é duvidoso qual a coação é mais repugnante, a coação da força ou a coação da necessidade. Além disso, todo o desenvolvimento da sociedade só vai [...] o momento em que a automação abolir realmente o trabalho, tornando todos os seus membros ‘trabalhadores’ na mesma medida – homens em que a atividade, não importa em que consista, serve sobretudo para obter o necessário para vida (ARENDDT, 2004, p. 80-81).<sup>121</sup>

Tal desequilíbrio de força é vislumbrado, inclusive, no tocante à possibilidade de aplicação de penalidades por descumprimento de obrigações decorrentes do vínculo empregatício. Isso porque o poder disciplinar (de impor sanções) é exclusivo do empregador, cujos efeitos fático-jurídicos são automáticos no momento da extinção do contrato; já o empregado, a quem confere-se apenas o direito de pedir rescisão contratual indireta, por culpa grave do empregador, necessita de decisão judicial que declare a extinção do vínculo e a que título.

Percebe-se, portanto, que a relação de trabalho é marcada por considerável potestatividade em benefício do empregador, particularmente no que concerne ao direito de extinguir a relação. Tomando o termo potestativo como “a faculdade ou poder investido à pessoa de praticar um ato dependente exclusivamente de sua vontade, sem qualquer intervenção da vontade do sujeito” (MANUS, 1996, p. 42)<sup>122</sup>, é certo que também ao trabalhador é concedida a voluntariedade de pôr fim à associação, o que representou, no passado, a possibilidade de livrar-se relações eternas, como a escravidão e servidão. Contudo, como o trabalho garante a sobrevivência do empregado e de seus dependentes, a extinção da relação é muito mais prejudicial a ele que, sem explicações, vê-se premido da sua fonte de sustento, o que justifica o estabelecimento de medidas que concedam alguma proteção à parte vulnerável do vínculo.

<sup>121</sup> ARENDT, Hannah. **O que é política?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

<sup>122</sup> MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa.** São Paulo: Malheiros, 1996.

Ainda que haja aumento de contratações precárias (fraudulentas) em função do incremento da proteção à relação de trabalho, cabe ao Estado reprimi-las por meio da fiscalização, e não da redução de direitos. Ambos os sujeitos da relação de emprego devem ser retribuídos pela sua participação no resultado final do empreendimento: o empregador, pelo investimento de dinheiro, energia e pela assunção de risco inerente ao negócio; o empregado, pelo dispêndio de tempo e força de trabalho, essenciais para o desenvolvimento da atividade. Uma não se sobrepõe a outra. A ideia de que devemos flexibilizar direitos trabalhistas, mormente os fundamentais, em benefício da empresa, pois sem ela não existe progresso econômico, é uma meia verdade; também devemos proteger os interesses laborais porque a mão de obra é o insumo essencial da produção, não existindo essa sem aquela.

Ademais, como já mencionado, ao final e ao cabo, é o trabalhador o grande (ainda que não único) consumidor de tudo o que se produz. Assim, se não houver mínima garantia de emprego e distribuição de renda que proporcione o consumo, decorrerá retração econômica e suas consequências: queda de demanda, diminuição da produção, aumento do desemprego e todos os efeitos maléficos desse círculo vicioso.

Nesse sentido, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou a Convenção n. 158, em junho de 1982, que dispõe sobre normas e métodos de justificação do término da relação de trabalho, assim como procedimentos administrativos a serem tomados a fim de evitar a cessação ou, ao menos, atenuar seus efeitos. Nos deteremos mais profundamente sobre o tema no final deste capítulo.

Diante disso, o intuito de todos os envolvidos deve ser encontrar um ponto de equilíbrio entre os dois extremos, de modo que, preservando a atividade empresarial e sua livre iniciativa, seja possível assegurar ao trabalhador proteção contra as arbitrariedades praticadas na extinção do contrato.

## **2.2 O marco teórico da despedida arbitrária ou sem justa causa**

Os fundamentos constitucionais da livre-iniciativa (art. 1º, IV, CF/88) e do princípio da propriedade privada (art. 170, III, CF/88), são o núcleo da base legal que justificativa a liberdade empresarial e, por consequência, o direito potestativo do empregador, permitindo-lhe agir da maneira que entender mais favorável ao negócio, sendo livre, inclusive,

para decidir sobre a contratação e demissão de trabalhadores. Todavia, como o exercício dessa liberdade gera efeitos sobre interesses de terceiros, particularmente perante os trabalhadores, há necessidade de regularizá-lo e harmonizá-lo com o direito fundamental ao trabalho (art. 6º, CF/88) a fim de resguardar, sempre que possível, a continuidade relação de emprego (art. 7º, I, CF/88).

Todavia, antes de avançarmos no tema, há necessidade de estabelecer o marco teórico das expressões “despedida arbitrária” e “despedida sem justa causa” em que esta pesquisa será baseada, tendo em vista a divergência conceitual existente entre alguns autores. Ainda, será proveitoso determinar seu significado técnico-jurídico, além de explicitar a diferença entre elas e as demais modalidades de rescisão contratual.

No intuito de distinguir a expressão de sua noção comum, cabe expor seu significado formal para evitar confusão com aquilo que ordinariamente entende-se do termo. Segundo o dicionário Michaelis<sup>123</sup>, arbitrário é “Resultante de arbítrio pessoal, ignorando normas ou regras, ou sem fundamento lógico; arbitral. Que é realizado ao acaso; casual. Que é abusivo ou despótico; opressivo”. Juridicamente, pode ser entendido como aquilo “Que parte da consciência de alguém e contraria ou viola a legalidade”. Nessa pesquisa, utilizaremos arbitrária como sinônimo de imotivada, sem razão aparente, desprovida de fundamento.

Pronunciando-se sobre despedida arbitrária, Octávio Bueno Magano<sup>124</sup> entende que trata-se da “cessação do contrato individual do trabalho provocada direta ou indiretamente pelo empregador sem razão objetiva” (MAGANO, 1994, p. 54), a qual não se confunde com dispensa sem justa causa. Em ocasião da aula magna de abertura do ano letivo de 1988, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, baseando-se no ainda projeto da nova Carta da República, o jurista dicorreu mais detidamente sobre o conceito:

Vale dizer que, a partir de agora, o empregador não poderá mais despedir empregado por mero capricho. Poderá, porém, fazê-lo quando fundado em razão objetiva. Como no texto a objetividade em causa não se correlaciona apenas à existência de justa causa, mas também à configuração de arbitrariedade, impõe-se a conclusão de que o empregador poderá despedir o empregado que incidir em falta grave (justa causa), mas igualmente quando estiver confrontado com fatos impeditivos do bom funcionamento da empresa, tais como fato econômico relevante e motivos de ordem técnica. Não se patenteando qualquer das apontadas razões objetivas justificadoras da despedida, a sanção imposta ao empregador não será a reintegração do empregado

---

<sup>123</sup> MICHAELIS. **Dicionário online da Língua Portuguesa**. Editora: Melhoramentos. Disponível em <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/arbitrario/>>. Acesso em: 24 jul. 2018

<sup>124</sup> MAGANO, Octávio Bueno. Despedimento arbitrário. **In: Trabalho & Processo**. n. 1, jun. 1994. São Paulo.

despedido, mas o pagamento de indenização. Contudo, tendo em vista o teor do texto aprovado, poderá o legislador, atentando para situações específicas, cuidar da formulação de outros direitos, tais como, por exemplo, o da reintegração para empregados portadores de representação sindical (MAGANO, 1998, p. 277-281).<sup>125</sup>

Embora concordemos com a conceituação, discordamos de sua conclusão pela impossibilidade de apenar a despedida arbitrária com reintegração do empregado. Isso porque o texto constitucional, ao dispor “proteção (...) nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”, deixou margem para que a norma regulamentadora preveja outras formas de reparação da lesão, além da compensação financeira, como forma de tornar eficaz a garantia.

Em sentido diverso, Renato Rua de Almeida (2007)<sup>126</sup> afirma que despedida arbitrária não se confunde com despedida sem justa causa e, citando Amauri Mascaro Nascimento, defende que a arbitrariedade é qualidade do ato praticado pelo empregador, enquanto a justa causa pontua a ação ou omissão praticada pelo empregado. E continua

Portanto, se a proteção da relação de emprego contra a despedida sem justa causa confunde-se com a despedida individual, é razoável admitir que a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária refere-se à despedida coletiva, que é, como visto, a outra forma consagrada e diferenciada de despedida e, assim, sua regulamentação depende de lei complementar, conforme, aliás, assim também entende *Amauri Mascaro Nascimento* ao dizer que “arbitrária seria, por exemplo, a despedida sem observância de um procedimento que a lei complementar pode traçar para as situações em que, em razão de crise econômica, a empresa se vê diante da necessidade de se desfazer de muitos empregados” (ALMEIDA, 2007, p. 339).<sup>127</sup>

O doutrinador conclui, quanto ao assunto, que, no sistema de proteção brasileiro contra despedida injusta, não houve a consagração da teoria da nulidade, que resultaria no ressurgimento do regime de estabilidade no emprego e, por consequência, na reintegração. Mas, sim, há simples disposição de prática ilícita pelo empregador, a qual se compensa com indenização financeira. No entanto, ele admite que “não existe mais, no direito brasileiro, o direito potestativo do empregador de despedir o empregado, uma vez que a despedida sem justa

<sup>125</sup> *Idem*. O Direito do Trabalho em face da nova Constituição. In: **Revista LTr**. Legislação do Trabalho, vol. 52, n. 3, mar. 1988.

<sup>126</sup> ALMEIDA, Renato Rua de. O regime geral do Direito do Trabalho Contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa – Estudo comparado entre a legislação brasileira, e as legislações portuguesa, espanhola e francesa. In: **Revista LTr**. Legislação do Trabalho, ano 71, n. 3, p. 336-345, mar. 2007.

<sup>127</sup> ALMEIDA, Renato Rua de. O regime geral do Direito do Trabalho Contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa – Estudo comparado entre a legislação brasileira, e as legislações portuguesa, espanhola e francesa. In: **Revista LTr**. Legislação do Trabalho, ano 71, n. 3, mar. 2007.

causa é ato ilícito pelo dano causado da perda do emprego, que deverá ser reparado” (ALMEIDA, 2007, p. 339)<sup>128</sup>.

Ousamos divergir dos ilustres autores. A proteção constitucional aqui discutida fez diferenciação entre duas modalidades de dispensa quanto à presença ou ausência de motivação, independente da quantidade de trabalhadores envolvidos no processo. São classificações diversas. Tanto a despedida individual como coletiva poderão ser efetivadas de modo arbitrário, sem motivação, ou com motivação que não tem justificativa legal. Do mesmo modo, o estabelecimento de procedimentos *a priori* e *a posteriori*, para verificação da licitude do fundamento da ruptura contratual, é cabível em ambas as modalidades, como previu a própria Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1985), nos artigos 7 e 13, 1, *a*<sup>129</sup>, sobre a qual nos deteremos depois.

O entendimento pela necessidade de motivação da dispensa decorre do fato do empregado portar uma condição de vulnerabilidade perante o empregador, tornando a relação desequilibrada, como exposto anteriormente. Desse modo, o emprego não é somente fonte de subsistência do trabalhador e um modo de inserção na vida social e de consumo; além disso, é fator que interfere no equilíbrio psíquico, pois, mormente em uma sociedade de ideologia capitalista, em que o valor da pessoa é medido pela sua capacidade produtiva, o desempregado sofre um processo de dessocialização por perda da identidade de sujeito ativo.

Nesse sentido, lembra-nos Severo e Souto Maior a teoria da “diferença dos interesses em jogo” desenvolvida pela doutrina italiana que impõe a motivação de qualquer ato de denúncia pelo empregador, como proteção efetiva para o empregado, tendo em vista que as medidas patrimoniais *a posteriori* da demissão (como a indenização de 40% sobre os depósitos de FGTS) não retribuem suficientemente o mal causado

Não há falar em efetiva proteção contra a dispensa por meio de mecanismos que agem após a extinção do contrato, como é o caso da indenização ou da previsão de pagamento de verbas resilitórias, ou mesmo o sistema de seguro desemprego. Haverá proteção apenas na medida em que o ato mesmo de denuncia se revestir de um motivo

---

<sup>128</sup> Ibidem, p. 339.

<sup>129</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 158. Art. 7 - Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivo relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade.; Art. 13 - 1. Quando o empregador prever términos da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos: a) proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos términos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos mesmos e o período durante o qual seriam efetuados esses términos.

válido. [...] Essa é a razão pela qual o constituinte originário resolveu proteger o trabalho humano *contra* não apenas a dispensa arbitrária, mas também a “sem justa causa” (SEVERO; MAIOR, 2010, p. 161).<sup>130</sup>

Por seu turno, posicionou-se Pedro Paulo Teixeira Manus, para quem a despedida arbitrária diverge daquela sem justa causa e configura modalidade de rompimento contratual desprovida de uma justificção plausível, objetiva. Para ele o conceito de ruptura arbitrária corresponde à definição disposta no art. 165, CLT<sup>131</sup>, podendo-se concluir que se trata da espécie de extinção contratual para a qual o empregado não deu motivo (o que configuraria motivo disciplinar) tampouco em que verifica-se a existência de motivo de caráter técnico, econômico ou financeiro (MANUS, 1997, p. 47)<sup>132</sup>.

Diferenciando despedida arbitrária da dispensa sem justa causa, o autor conclui com clara exposição:

[...] Podemos, então, desde logo, afirmar que a despedida arbitrária é o ato do empregador tendente a desfazer o contrato de trabalho, sem aparente motivação de ordem objetiva ou subjetiva. Já a dispensa sem justa causa é o ato de desfazimento do contrato de trabalho que, embora o empregador apresente razões de ordem subjetiva, não se funda em ato faltoso cometido pelo empregado. Isso significa que no caso de dispensa arbitrária não há qualquer justificção plausível ou razoável a fundamentar o ato do empregador. Já na hipótese de dispensa sem justa causa, trata-se de ato razoável, embora não fundado em falta cometida pelo empregado, como ocorre na despedida por justa causa (MANUS, 1996, 49-50).<sup>133</sup>

Considerando a pertinência do posicionamento adotado acima e a congruência com a legislação pátria e tratados internacionais, utilizaremos, como base teórica para o desenvolvimento deste estudo, as definições de despedida arbitrária como sendo aquele desfecho contratual despido de qualquer tipo de motivo objetivo, ou seja, falta-lhe uma justificção disciplinar, técnica, econômica ou financeira; já a dispensa sem justa causa, enquadra-se como a extinção contratual em que há motivo, contudo ele não é justo porque o empregado não deu causa a ele, assim como não há fundamento legal (art. 482, CLT). Em regra, esse tipo de dispensa está vinculada às razões de natureza técnica, econômica e financeira.

<sup>130</sup> SEVERO, Valdete Souto; MAIOR, Jorge Luiz Souto. A garantia contra dispensa arbitrária como condição de eficácia da prescrição no curso da relação de emprego. **In: Revista Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**, Porto Alegre, v. 39, n. 38, p. 157-163, dez., 2010.

<sup>131</sup> CLT - Art. 165 - Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho.

<sup>132</sup> MANUS, Pedro Paulo Teixeira Manus. **Despedida arbitrária ou sem justa causa**. São Paulo: Malheiros, 1996.

<sup>133</sup> MANUS, Pedro Paulo Teixeira Manus. **Despedida arbitrária ou sem justa causa**. São Paulo: Malheiros, 1996

Para completude, cabe, ainda, explicitar os conceitos de justa causa e despedida discriminatória. A primeira trata-se de um ato faltoso praticado por um dos sujeitos da relação, de tal relevância que autoriza o outro a romper o contrato. Nesse sentido, ensina Wagner Giglio que “A justa causa se constitui essencialmente, portanto, pela prática de uma infração. Nem toda infração ou ato faltoso, entretanto, configura justa causa para a rescisão, pois é necessário que esse ato se revista de gravidade [...]” (GIGLIO, 1992, p. 16)<sup>134</sup>. O jurista refere-se, nesse caso, aos arts. 482 e 483, CLT<sup>135</sup>, os quais prevêm condutas empregatícias e patronais, respectivamente, que, ao serem praticadas, habilitam a parte inocente a extinguir a relação empregatícia.

Mais comumente, diferencia-se a “dispensa com justa causa” como a falta disciplinar máxima praticada pelo empregado, quando este, com sua conduta, incide em algum dos incisos previstos no art. 482, CLT, ou em alguma falta grave prevista em lei esparsa, cuja consequência é a extinção do contrato de trabalho, isentando-se o empregador do pagamento de algumas verbas resilitórias, em especial a indenização de 40% sobre os depósitos de FGTS e a parcela de aviso prévio. Por outro lado, no caso do ato faltoso ter por origem conduta do empregador que subsumi-se em alguma das hipóteses do art. 483, CLT, utiliza-se a expressão “rescisão indireta.

Já a dispensa discriminatória cuida da despedida baseada em atributos subjetivos do empregado, como sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, a qual encontra-se proibida pela Lei 9.029 de 13

<sup>134</sup> GIGLIO, Wagner. **Justa causa**. 3 ed. São Paulo: LTr, 1992.

<sup>135</sup> CLT. Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar; m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado. Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

CLT. Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; c) correr perigo manifesto de mal considerável; d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato; e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

de abril de 1995 (BRASIL, 1995). Por certo que a real justificativa dessa rescisão não é divulgada expressamente, ao menos em regra, praticando-se a discriminação de forma velada.

Nesse caso, em razão da vedação expressa do seu art. 4º<sup>136</sup>, e havendo o rompimento contratual motivado naquelas hipóteses, é unânime o entendimento doutrinário pela nulidade da dispensa, com conseqüente reintegração ou pagamento de indenização em dobro, a escolha do empregado.

### **2.3. A atual normatização do direito fundamental contra despedida arbitrária ou sem justa causa**

A manutenção do direito à continuidade do trabalho configura inquietude político-jurídica do ordenamento brasileiro, e da maioria das democracias ocidentais, tendo em vista sua importância para realização da dignidade da pessoa do trabalhador, assim como para o desenvolvimento econômico do país, conforme expusemos. Assim, em maior ou menor medida, sempre houve a preocupação de regulamentar as hipóteses e procedimentos a partir dos quais o empregador poderia exercer seu direito potestativo.

Retomando um pouco o avanço histórico do tema já explanado acima, o direito à proteção da relação de trabalho sofreu seu golpe mais profundo com a edição da Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966, pois ela representou o início da derrocada da norma que, até hoje, melhor assegurou o referido direito. De acordo com a legislação em vigor até então (art. 492 a 500, CLT), o trabalhador adquiria estabilidade no emprego quando completava 10 anos de serviço para a mesma empresa, somente podendo ser dispensado mediante o comprovado cometimento de falta grave ou no caso de força maior. Nota-se, portanto, de acordo com o art. 492 do diploma celetista<sup>137</sup>, que a chamada estabilidade decenal não garantia direito absoluto à permanência no serviço, apenas restringia o exercício do direito potestativo de demissão aos casos em que houvesse justo motivo para tanto (art. 493, CLT<sup>138</sup> - hipóteses do art. 482, CLT,

---

<sup>136</sup> Lei 9.029 de 13 abr. 1995. Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: I - a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais; I - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

<sup>137</sup> CLT, art. 492: O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

<sup>138</sup> CLT, art. 493: Constitui falta grave a prática de qualquer dos fatos a que se refere o art. 482, quando por sua repetição ou natureza representem séria violação dos deveres e obrigações do empregado.

ocorridas repetidamente ou de natureza grave), mediante a instauração de procedimento judicial especialmente designado para comprovação de falta grave do empregado “estável”<sup>139</sup>.

Esse instituto jurídico era duramente reprovado pela classe empresarial da época que o acusava de ser exagerada e desproporcionalmente protetivo, além embaraçar o desenvolvimento da economia nacional, tendo em vista que a restrição impedia o manejo dos investimentos e, conseqüentemente, a competitividade do produto (SEVERO, 2011, p. 101)<sup>140</sup>. Apesar das críticas, naquele momento o nível de desemprego já era preocupante, demonstrando que a imposição da estabilidade não era suficiente para conter as demissões.

Com o estabelecimento do regime ditatorial, pós intervenção militar de 1964, a reivindicação patronal começou a ser atendida com a criação do FGTS que, à época, figurava como alternativa à aquisição da estabilidade decenal. Assim, numa evidente flexibilização de direito, os regimes da estabilidade e do FGTS passaram a conviver, cabendo ao empregado optar pelo direito à manutenção do lugar de trabalho ou por uma indenização pela perda do posto, calculada sobre o valor do salário e depositada mensalmente em conta especial.

Essa alteração foi censurada por muitos juristas, entre eles Victor Russomano, que entendeu não ter sido assegurada a devida proporcionalidade de tratamento entre os regimes, já que a criação de uma “poupança” a ser resgatada no momento da demissão, não oferece a mesma segurança que a manutenção do posto de trabalho. Ademais, segundo o autor, estabilidade e FGTS não podem ser entendidos como compensação um do outro, em razão da primeira tutelar o vínculo de emprego, enquanto o segundo arrefece a condição de desempregado (RUSSOMANO, 1979, p. 138).<sup>141</sup>

O cenário sofre nova alteração quando, com a promulgação da Carta Magna de 1988, o regime da estabilidade deixa de ser mencionado constitucionalmente, embora sua disposição infraconstitucional não tenha sido revogada, tampouco seja incompatível com a nova lei fundante. Ocorre, ainda, a desvinculação dos dois institutos protetores, já que extingue-se o direito à opção assegurado pela Constituição de 1967, e a garantia de manutenção do posto

---

<sup>139</sup> CLT, art. 853: Para a instauração do inquérito para apuração de falta grave contra empregado garantido com estabilidade, o empregador apresentará reclamação por escrito à Junta ou Juízo de Direito, dentro de 30 (trinta) dias, contados da data da suspensão do empregado.

<sup>140</sup> SEVERO, Valdete Souto. **O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

<sup>141</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **A estabilidade do trabalhador na empresa**. 2 ed. São Paulo: Editora Científica, 1979. p. 138.

de trabalho passa a ser tratada, constitucionalmente pelo art. 7º, inciso I (proteção do vínculo de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa) e inciso III (FGTS), dentro do título de direitos e garantias fundamentais.

O objetivo dessa mudança era extrair do ordenamento jurídico brasileiro a hipótese de aquisição de estabilidade no emprego, exigência da classe econômica, substituindo-a por algo mais flexível e dinâmico, possibilitando a livre demissão. Por seu turno, a classe profissional reivindicava que, ao menos, houvesse a limitação da despedida por meio da imposição de motivação do ato demissório (MANNRICH, 2000, p. 297)<sup>142</sup>.

Durante os debates constituintes, a redação do dispositivo referente ao direito à proteção da relação de emprego sofreu diversas interferências e modificações, tendentes a diminuir o nível de garantia, como relatou José Alberto Couto Maciel sobre a redação original que previa “estabilidade desde a admissão no emprego, salvo o cometimento de falta grave comprovada judicialmente, facultado o contrato de experiência de 90 dias” (MACIEL, 1994, p. 133)<sup>143</sup>.

Por certo o referido texto era por demais benéfico aos trabalhadores e prejudicial aos empresários, tendo havido alteração da redação quando o texto passou pela Comissão de Ordem Social, resultando em:

garantia de direito ao trabalho mediante relação de emprego estável, ressalvados: a) a ocorrência de falta grave comprovada judicialmente; b) contrato a termo, não superior a dois anos, nos casos de transitoriedade dos serviços ou da atividade da empresa; c) prazos definidos em contratos de experiência, não superiores a noventa dias, atendidas as peculiaridades do trabalho a ser executado (MACIEL, 1994, p. 133).<sup>144</sup>

Afirma o autor que, na Constituinte de 1988, “o sentimento sempre foi o de mudar, de inovar para uma garantia em que se desse um basta à predominância do econômico sobre o social”, e que, intencionados a promulgar uma constituição cidadã, não seria possível “regredir em termos sociais, até mesmo frente à Constituição revolucionária de 1967, terminando com a estabilidade e nada garantindo ao trabalhador no emprego” (MACIEL, 1994, p. 133)<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva**. Da liberdade contratual à responsabilidade social. São Paulo: LTR, 2000.

<sup>143</sup> MACIEL, José Alberto Couto. **Garantia no emprego já em vigor**. São Paulo: LTr, 1994.

<sup>144</sup> Ibidem.

<sup>145</sup> Ibidem.

Contudo, o dispositivo passou por mais mudanças na Comissão de Sistematização, resultando na redação abaixo, da qual foi retirado o texto atual do art. 7º, inciso I

[...] garantia de emprego, protegido contra despedida imotivada, assim entendida a que não se fundar em: a) contrato a termo, assim conceituado em lei; b) falta grave, conceituada em lei; c) justa causa, baseada em fato econômico intransponível, fato tecnológico ou infortúnio da empresa, de acordo com os critérios estabelecidos na legislação do trabalho.

Analisando a disposição vigente “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”, percebe-se que não houve qualquer menção expressa à estabilidade, delegando-se à futura lei complementar o encargo de regulamentar a proteção à relação de emprego, podendo, inclusive, estipular novos direitos.

No entanto, restou texto aberto demais a interpretações, deixando dúvidas sobre quais direitos estavam protegidos e se se tratava de norma de eficácia plena (bastante em si para ser aplicada), de eficácia contida (possível de ser exercitado, podendo ser restringido ou alterado por norma posterior) ou de eficácia limitada (aplicação dependente de norma regulamentadora). Baseada nisso, a partir da vigência da nova Constituição, a doutrina trabalhista dividiu-se em correntes defensoras da proteção reduzida, mínima ou forte: existem aqueles que entendem pelo desaparecimento da estabilidade decenal, limitando a proteção ao pagamento de indenização e reconhecendo a possibilidade de demissão vazia (sem motivação); quem considera que, a despeito da extinção da estabilidade ou em razão disso, há necessidade de motivação da despedida; e quem defende que o referido dispositivo ampliou a proteção celetista, garantindo estabilidade desde o início do contrato.

Jurisprudencialmente, podemos afirmar que predominou a corrente que prega a salvaguarda restrita, limitando a eficácia da proteção ao disposto no art. 10 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) (BRASIL, 1988)<sup>146</sup>, ou seja, indenização de 40% sobre os depósitos vinculados de FGTS, em clara interpretação mitigadora dos direitos trabalhistas. Desse modo, a despeito da não revogação dos artigos celetista, a jurisprudência entende que o FGTS substituiu completamente o regime de estabilidade decenal, estipulando,

---

<sup>146</sup> ADCT. Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei n.º 5.107, de 13 de setembro de 1966.

ainda, que o direito potestativo de dispensa do empregador pode ser exercido livremente, sendo desnecessária a motivação.

Tal posição foi acolhida pela maior parte da doutrina, que expõe a extinção da estabilidade sem tecer nenhuma análise crítica, e tornou-se tão majoritária que o TST editou súmula sobre a matéria, firmando entendimento tanto pela possibilidade de extinção do contrato de trabalho sem qualquer justificação, como pela não recepção dos dispositivos celetistas que cuidam da estabilidade

**Súmula nº 98 do TST FGTS. INDENIZAÇÃO. EQUIVALÊNCIA. COMPATIBILIDADE (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 299 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005**

I - A equivalência entre os regimes do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e da estabilidade prevista na CLT é meramente jurídica e não econômica, sendo indevidos valores a título de reposição de diferenças. (ex-Súmula nº 98 - RA 57/1980, DJ 06.06.1980)

II - A estabilidade contratual ou a derivada de regulamento de empresa são compatíveis com o regime do FGTS. Diversamente ocorre com a estabilidade legal (decenal, art. 492 da CLT), que é renunciada com a opção pelo FGTS. (ex-OJ nº 299 da SBDI-1 - DJ 11.08.2003)

Contudo, essa é a interpretação que menos se coaduna com os ditames constitucionais, particularmente com o fundamento de valorização do trabalho, desprestigiando a eficácia da proteção à continuidade do trabalho, a qual possui, ademais, *status* de direito fundamental. Se, como dito acima, pairava nos constituintes um sentimento de mudança a favor do social, com intenção de progressão, e não regressão, de direitos (MACIEL, 1994, p. 133)<sup>147</sup>, essa exegese distorce a intenção do legislador (a qual se privilegia, nesse caso, pois a *mens legis* conduziria a interpretação mais restritiva do direito) e dá prevalência às reivindicações empresariais de plena liberdade do uso do direito potestativo de despedida.

Em direção oposta posiciona-se a corrente que defende a tutela forte do direito ao posto de trabalho, afirmando que a estabilidade apenas se desvinculou do sistema de FGTS para fazer cessar a opção do trabalhador por um ou outro regime. Isso não quer dizer que não exista mais estabilidade, mas, somente, que ela perdeu seu *status* de disposição constitucional expressa. Para essa parte da doutrina, baseados no parte final do inciso I do art. 7º “indenização, dentre *outros direitos*”, é possível afirmar que houve, na verdade, extensão da estabilidade, desde a admissão, para todos os trabalhadores, tendo em vista sua compatibilidade com os artigos celetistas.

---

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 133.

Desse modo, entende-se que a indenização prevista no art. 10, I, dos ADCT, estabelece uma proteção provisória ao mandamento contido no art. 7º, I, CF/88, o que não impede o incremento da tutela por meio da conjugação da previsão constitucional com a disposição legislativa ordinária da estabilidade decenal. Nesse sentido dispõe o doutrinador Jair Aparecido Cardoso

[...] entendemos que o fato da estabilidade perder seu *status* constitucional com ela não é incompatível, podendo ser prevista pela legislação ordinária, como é o caso do art. 492 da CLT, dentro da premissa de comando maior que prevê a possibilidade da existência de outros direitos que visem melhorar as condições sociais do trabalhador. Enquanto não se provar que esse direito afronta a melhoria das condições sociais do trabalhador, não há que se falar em sua afronta à Constituição. Em outras palavras, se a estabilidade decenal não é incompatível com os pressupostos de melhoria das condições sociais do trabalhador, não há que se falar em incompatibilidade constitucional (CARDOSO, 2008, p. 124).<sup>148</sup>

Tal é a compreensão que melhor concretiza os valores constitucionais do trabalho e também da isonomia (art. 5º, *caput*, CF/88), em razão de, limitando a atuação do poder de demissão do empregador, emprestar algum equilíbrio de forças ao empregado, parte vulnerável na relação de emprego. Contudo, é a que sofre mais críticas, pois boa parte da doutrina e jurisprudência defende a necessidade de levar-se em conta a *mens legislatoris*, não sendo “razoável simplesmente ignorar as discussões travadas durante o processo constituintes e os resultados daí obtidos, para forçar uma interpretação que não se coaduna com os valores do sistema jurídico vigente”, pois a “formulação de uma Constituição formal se expressa no trabalho dos constituintes” (SEVERO, 2011, p. 107).<sup>149</sup>

Defendendo não a extinção da estabilidade, mas sua incompatibilidade com o ordenamento constitucional de 1988, Couto Maciel explica que

[a estabilidade] foi substituída por uma nova garantia de emprego, garantia que têm os trabalhadores desde o início da relação, que é a de não ser despedidos arbitrariamente, ou sem justa causa, como expresso no item I, do art. 7º, da Constituição, interpretado face ao *caput*, [...] a Constituição protege a relação de emprego, não podendo mais o empregador dispensar o empregado imotivadamente. [...] admitir-se que a compensação indenizatória seria substituída da garantia de emprego que com a conseqüente reintegração, seria aceitar que o novo texto constitucional protege é a despedida e não o emprego, e, dessa forma, estaria admitindo-se, também, que a estabilidade anteriormente existente teria sido substituída pelo poder totalmente arbitrário do empregador de demitir quem quer que seja, mediante simples compensação indenizatória (MACIEL, 1994, p. 115).<sup>150</sup>

<sup>148</sup> CARDOSO, Jair Aparecido. **A estabilidade no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

<sup>149</sup> SEVERO, Valdete Souto. **O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

<sup>150</sup> MACIEL, José Alberto Couto. **Garantia no emprego já em vigor**. São Paulo: LTR, 1994.

Como frisamos anteriormente, os institutos da estabilidade e da despedida arbitrária ou sem justa causa não se confundem, mesmo que tenham objetivo similar: ambos, de alguma maneira, pretendem preservar a continuidade da relação empregatícia. Todavia, enquanto a estabilidade protege o empregado contra a despedida, a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa dirige-se à própria relação de emprego. Afirma-se, então, que foi sobre esta última que a Constituição lançou sua salvaguarda, estabelecendo-a como um direito fundamental a ser observado, sob pena de nulidade da dispensa, conforme declarou Carlos Alberto Chiarelli, um dos juristas membros da constituinte

[...] em momento algum se optou pela estabilidade, ou seja, pela garantia de que a dispensa estivesse condicionada a um processo judicial de reconhecimento de falta grave, mas houve a clara fixação de um dever de motivar [...] o que a Constituição está a pontuar é que: a) não se permite a despedida injustificada por ato patronal (CHIARELLI, 1989, p. 37)<sup>151</sup>.

Importante notar que a parte final do inciso I do art. 7º “dentre outros direitos” permite que futura lei complementar contemple, novamente, a estabilidade, decenal ou a partir da admissão, pois insere-se na lógica de proteção ao direito ao trabalho de forma mais ampla. No entanto, a permanência desse instituto, ou seu retorno, não implica no desenvolvimento dessa pesquisa, a qual se restringe à específica proteção da despedida arbitrária ou sem justa causa.

Assim, resta-nos analisar a corrente doutrinária intermediária defensora do entendimento de que a Constituição de 1988, não obstante a intenção de alguns constituintes em privilegiar o social em detrimento do capital, restringiu a proteção da relação de emprego, ao menos no *status* constitucional, à necessidade de observância de justificação da despedida. Essa posição, parece-nos, é aquela que melhor consegue compatibilizar equilibradamente todos os interesses envolvidos: respeito aos fundamentos constitucionais da valorização do trabalho e da livre iniciativa, preservação da *mens legislatoris* constituinte (e até mesmo da *mens legis*, para alguns), efetiva proteção à relação de emprego.

Nesse cenário, temos que a Constituição estabeleceu, dentre as garantias fundamentais, o direito à proteção à relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, conforme os ditames da lei complementar. Diante disso, doutrina e jurisprudência majoritárias têm defendido que o exercício desse direito, ou seja, a imposição ao empregador de, necessariamente, expor o motivo da dispensa, depende da edição de lei infraconstitucional

---

<sup>151</sup> CHIARELLI, Carlos Alberto. **Trabalho na Constituição**. Direito Individual. São Paulo: LTr, 1989. p. 37.

que regulamente esse direito e, especialmente, apresente os conceitos de “arbitrária” e “sem justa causa”.

Assim manifestou-se Alice Monteiro de Barros (2002, p. 63) para quem, apesar de configurar retrocesso de direito e tratamento não isonômico com os servidores públicos, há pleno poder direito de demissão de servidores da iniciativa privada, dispensando-se a motivação do ato<sup>152</sup>.

Ousamos discordar desse entendimento. Mesmo que se admita a não recepção dos artigos celetistas concernentes à estabilidade (arts. 492 e ss.), o mesmo não se pode afirmar de outros dispositivos que oferecem conceito para os termos “arbitrária” e “sem justa causa”, como art. 165, CLT, que trata exatamente da despedida arbitrária de empregados titulares de cargos na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), “Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer *despedida arbitrária*, entendendo-se como tal a que *não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro*” (grifos nossos). No tocante à expressão “sem justa causa”, considerando o entendimento de que configura a ausência de causa justa, o art. 482, CLT, relaciona as hipóteses de comportamento laboral que caracterizam justa causa, podendo, a *contrario sensu*, entender-se que toda conduta que não se subsumir em um dos seus tipos (ou de leis esparsas no mesmo sentido) será considerada “sem justa causa” para fins de despedida.

Desse modo, a ausência de edição de lei complementar não pode servir de fundamento para a não aplicação imediata da proteção prevista no inciso I do art. 7º, pois já há dispositivos legais, recepcionados pela CF/88 e em plena vigência, suprimindo a lacuna conceitual apresentada no texto constitucional.

Octávio Bueno Magano afirma nessa direção que “a exequibilidade dos conceitos de despedida arbitrária ou sem justa causa independe de lei complementar porque já definidos pelo legislador ordinário”. E continua a explanação aduzindo que, conquanto a “despedida por justa causa decorre de causa disciplinar e configura-se nas hipóteses do art. 482 da CLT”, pode-se conceituar a despedida arbitrária “estendendo a justificativa da rescisão tradicionalmente

---

<sup>152</sup> BARROS, Alice Monteiro de. Ordem pública e tutela de emprego: as dispensas individuais no ordenamento brasileiro. Dispensa coletiva e por motivos censuráveis no ordenamento jurídico europeu. **In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 68, n. 3, p. 56-76, jul/dez. 2002.

vinculada a razões disciplinares, a motivos de natureza técnica ou econômica” (MAGANO, 1998)<sup>153</sup>.

#### Importante lição é nos dada pelo constitucionalista José Afonso da Silva

Terá que definir o que seja despedida arbitrária e despedida sem justa causa, o que não é difícil, pois as leis trabalhistas em vigor já o fazem, e valem até que sejam modificadas, no particular, pela referida lei complementar. É que, na espécie, funciona o princípio da recepção, como complementar, a lei existente sobre o assunto (SILVA, J., 2005, p. 291).<sup>154</sup>

#### Em concordância, declara Pedro Paulo Teixeira Manus:

E diante das opiniões doutrinárias que já referimos, acreditamos que a definição da Consolidação é satisfatória para conceituarmos despedida arbitrária como o despedimento sem qualquer motivação objetiva (MANUS, 1996, p. 47)<sup>155</sup>

Em direção similar caminha o texto do Projeto de Lei Complementar – PLP 127/15<sup>156</sup>, apresentado em 14 de julho de 2015, na Câmara dos Deputados – que dispõe sobre a proteção do emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, com o intuito de regulamentar o inciso I, do art. 7º, da Constituição Federal. Segundo a justificação do projeto, há necessidade de promulgação de lei que regule o referido dispositivo constitucional, a fim de ser efetivada a proteção ali prevista, tendo em vista que o art. 1º, inciso I, ADCT, trata-se de norma provisória, cuja proteção limita-se ao pagamento de indenização de 40% sobre os depósitos de FGTS.

Art. 1º. Esta lei complementar dispõe sobre a proteção do emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, regulamentando o inciso I do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 2º. Para os fins desta lei, entende-se por despedida arbitrária ou sem justa causa a que não seja relacionada a qualquer das hipóteses previstas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

Art. 3º. Na hipótese de despedida arbitrária ou sem justa causa, o trabalhador fará jus à indenização compensatória correspondente ao:

<sup>153</sup> MAGANO, Octávio Bueno. Proteção da relação empregatícia. In: **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo, ano 52, n. 11, p. 1310-1314, nov. 1998.

<sup>154</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 24a ed. São Paulo: RT, 2005. p. 291.

<sup>155</sup> MANUS, Pedro Paulo Teixeira Manus. **Despedida arbitrária ou sem justa causa**. São Paulo: Malheiros, 1996.

<sup>156</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar 127, de 14 de julho de 2015. Dispõe sobre a proteção do emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Disponível em <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1361387&filename=PLP+127/201](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1361387&filename=PLP+127/201)>. Acesso em: 14 jul. 2019.

I - pagamento direto do valor correspondente à maior remuneração percebida durante o contrato, multiplicado pela quantidade de anos trabalhados ou fração; e  
II – depósito, na conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), da importância igual a 60% (sessenta por cento) do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.

Parágrafo único. Havendo culpa recíproca para a rescisão do contrato de trabalho, os valores a que se referem os incisos I e II deste artigo serão reduzidos à metade (BRASIL, 2015).

Assim, além de aumentar a porcentagem da indenização (de 40% para 60%), o projeto apresenta uma definição para a despedida arbitrária ou sem justa causa. Embora discordemos do uso sinonímico das expressões, em razão de cuidarem de hipóteses distintas de dispensa, especialmente por ter deixado de conceituar a arbitrariedade no ato de dispensa e de exigir a justificação do despedimento, entendemos que o projeto avançou em direção à concessão de alguma proteção, não obstante ainda insuficiente.

A proteção almejada pelo projeto de lei, assim como pela classe trabalhadora, seria concretizada mais adequadamente se fossem utilizados os parâmetros estabelecidos pela Convenção 158 da OIT, sobre a qual trataremos no próximo item.

Importa, por fim, evidenciar que a relação de emprego, a despeito de travar-se entre particulares, não guarda equilíbrio de forças entre as partes, ficando o empregado em situação de vulnerabilidade, condição que reclama a atuação de normas de ordem pública. Considerando, ainda, que a função social da propriedade, revelada na atividade empresarial, e a busca do pleno emprego, que possibilita a subsistência do trabalhador e de sua família, são fatores socioeconômicos que afetam decisões de políticas governamentais, é certo que há interesse público a justificar a intervenção estatal, por meio da regulamentação legislativa.

Conforme já frisado, o direito potestativo de despedida do empregador resulta em hierarquização no vínculo trabalhista, estando o empregado subordinado aos comandos empresariais, principalmente no que diz com a continuidade da relação. Desse modo, é necessário impor-se alguma limitação a esse poder, relativizando a autonomia privada nos contratos de trabalho, o que pode ser feito, nesse caso, com a exigência de exposição dos motivos do ato demissório.

### 2.3.1 A livre iniciativa e o direito potestativo de despedida do empregador

Literalmente ao lado do fundamento constitucional dos valores sociais do trabalho, encontra-se a previsão do também fundamento da livre iniciativa<sup>157</sup>, característica inerente ao sistema de produção capitalista, que é a base do desenvolvimento econômico e social do nosso Estado. A disposição conjunta dessas garantias é proposital, em razão da interdependência natural observada entre elas, não havendo meios de pensar o capital sem trabalho humano e este sem aquele (ao menos, por enquanto).

A livre iniciativa pode ser entendida como a liberdade da empresa, e assim do empresário, de “criar , organizar e definir o objeto da atividade econômica direcionada [...] à livre exploração da atividade destinada à produção ou circulação de bens ou serviços no mercado” (BELMONTE, 2013, p. 34)<sup>158</sup>. A fim de fomentar e regulamentar a proteção dessa liberdade, a Constituição também estabeleceu princípios que devem ser observados quando da consecução da ordem econômica, como a função social da propriedade e busca do pleno emprego<sup>159</sup>.

Nota-se, portanto, que o constituinte teve a cautela de prever assimetricamente as garantias relacionadas ao capital e ao trabalho, no intuito de valorizar igualmente a atividade empresarial e o trabalho humano, de modo que suas respectivas previsões harmonizem-se e busquem, sempre, na sua execução “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, tendo por norte os objetivos fundamentais da República<sup>160</sup>, especialmente o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades socioeconômicas, conforme aduziu

Marcos Madeira de Mattos Martins

O objetivo de se registrar na Constituição da República de que a propriedade deva cumprir sua função social, inserindo-se no capítulo da ordem econômica, é a de incentivar o empreendedorismo, de se fomentar o exercício da livre-iniciativa pelas entidades privadas, buscando, na prática, que os proprietários de capital e os

<sup>157</sup> Constituição Federal, art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

<sup>158</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. **A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparação das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador.** São Paulo: LTR, 2013.

<sup>159</sup> Constituição Federal, 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: [...] III - função social da propriedade; [...] VIII - busca do pleno emprego;

<sup>160</sup> Constituição Federal, art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

investidores empreguem numa atividade econômica utilizando-se de seus recursos para perseguir um fim social, promovendo um desenvolvimento econômico através da promoção da busca pelo pleno emprego, assegurando a todos uma existência digna, reduzindo as desigualdades sociais (MARTINS, 2012, p. 26).<sup>161</sup>

É necessário assegurar a livre iniciativa para viabilizar o exercício da atividade empresarial, o que se faz, dentre outros, por meio da estipulação do poder diretivo. Este representa uma das manifestações da liberdade de iniciativa econômica e consiste no direito conferido ao empregador de tomar as medidas (lícitas) necessárias para alcançar os objetivos negociais, como organizar a produção, dirigir sua execução e conduzir a prestação de serviços.

Dentre as prerrogativas concedidas ao empregador está o direito potestativo de despedida que, como já elucidado, traduz-se no poder de pôr fim à relação de trabalho e, dessa maneira, organizar a prestação de serviços como melhor aprouver ao desenvolvimento da empresa, pois sobre ele recaem os riscos (e os lucros) do negócio. Diante disso, a classe patronal reivindica ampla liberdade de dispensar os trabalhadores, com a eliminação de empecilhos, como estabilidade vitalícia adquiridas por tempo de serviço e obrigação de motivação de despedidas.

Contudo, embora a liberdade de empresa encontre-se constitucionalmente tutelada, e seja necessária ao desenvolvimento da atividade empresarial e, por consequência, da economia nacional, não se pode conceber seu exercício de forma absoluta, desconsiderando os demais direitos e valores que o circunda. A exploração econômica, ainda que protegida como direito fundamental, deve compatibilizar-se com o bem estar e desenvolvimento de seus trabalhadores, assim como de seus clientes e da comunidade em que atua.

Aduz José João Abrantes que deve ser buscada uma exegese que resulte no máximo aprimoramento dos valores constitucionais, o que

obriga a articulação, a ponderação, dos diversos interesses e valores em jogo, sem o sacrifício absoluto de uns pelos outros, antes pela limitação recíproca, harmônica e equilibrada entre eles, de modo a possibilitar a sua integração no sistema total de relações jurídicas do Estado e da sociedade (ABRANTES, 2005, p. 173)<sup>162</sup>

Atingindo-se, assim, a concordância prática.

---

<sup>161</sup> MARTINS, Marcos Madeira de Matos. **A empresa e o valor do trabalho humano**. São Paulo: Almedina, 2012.

<sup>162</sup> ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

A Carta Magna estabelece o valor social do trabalho como fundamento da República e princípio das ordens econômica e social, como forma de assegurar ao trabalhador uma existência digna. Desse modo, todos os demais direitos, assim como a liberdade de iniciativa privada, devem ser exercidos de modo a harmonizar-se com ele e não sobre ele. Isso significa que ao empregador é garantido o direito potestativo de extinguir a relação de emprego, desde que o faça com respeito à dignidade da pessoa do empregado, o que exige, no mínimo, a exposição dos motivos demissórios.

Discorrendo sobre a melhor forma de interpretar sistematicamente os dispositivos constitucionais, conclui Welinton Souza Carvalho

Como conciliar o pleno emprego e a iniciativa privada a não ser por mecanismo que restrinja o poder resilitório do empregador? [...] Até por uma questão pragmática não podemos alcançar o pleno emprego sem garanti-lo, efetivamente. Parece ingenuidade pensar que as forças capitalistas de mercado busquem concretizar o pleno emprego (CARVALHO, 2002 apud CARDOSO, 2008, p. 120).<sup>163</sup>

A regra disposta no inciso I, do art. 7º, da Constituição Federal estabelece uma proteção à relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, de forma que, independentemente do conceito que se atribua a esses institutos, eles representam uma restrição ao poder de rescisão contratual. E o valor social do trabalho não restará suficientemente concretizado se, ao menos, não for informado ao trabalhador o motivo da demissão. Assim, a partir da vigência da Constituição de 1988, os empregadores somente poderão exercer o poder diretivo de dispensa quando fundados em razões objetivas, e não mais de maneira arbitrária.

### 2.3.2 O Impacto da reforma trabalhista

Conforme a relatoria do projeto, a Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, foi promulgada com o intuito de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Considerada por muitos juristas como ultrapassada e incapaz de regulamentar as novas formas de prestação de serviço, além de ser tida como excessivamente protetiva para o empregado, a Consolidação das Leis do Trabalho foi modificada, em boa parte, para atender as reivindicações patronais de flexibilização e desregulamentação da legislação em benefício do crescimento econômico, o

---

<sup>163</sup> CARVALHO, Welinton Souza. **Despedida arbitrária no texto constitucional de 1988**. Curitiba: Juruá, 2002, 3 tiragem.

que, em tese, geraria novos postos de trabalho e, por consequência, desenvolvimento e prosperidade para todos.

Os prometidos benefícios de redução da taxa de desemprego e progresso da indústria e comércio ainda não foram sentidos pela população, especialmente, pela classe trabalhadora, ao contrário dos efeitos maléficos advindos da atenuação da proteção legislativa, como o aumento da rotatividade de mão de obra e taxa de desemprego atingindo o patamar de 13 milhões de pessoas (PNAD..., 2019)<sup>164</sup>.

Considerando o viés de tendência capitalista que serviu de base para a reforma, não se esperava o incremento de medidas protecionistas dos direitos trabalhistas, especialmente as que resultassem em restrição da liberdade econômica da empresa. E assim aconteceu com a norma referente ao direito potestativo de dispensa do empregador, cuja regulamentação legal tornou expressa a desnecessidade de participação sindical para demissões coletivas.

Antes da reforma, o Tribunal Superior do Trabalho havia firmado posicionamento jurisprudencial adotando o entendimento de necessária prévia negociação coletiva no caso de dispensa em massa, em razão do “relevante impacto econômico, social e jurídico sobre os trabalhadores, seus familiares, a comunidade empresarial, a população regional e o mercado interno, configurando-se matéria própria da negociação coletiva” (BRASIL, 2012)<sup>165</sup>. Desse modo, com a participação dos sindicatos, era possível negociar melhores condições nos termos da despedida, como recolocação no mercado de trabalho e oferta de cursos de qualificação.

Contudo, tal exigência era alvo de muitos críticos, os quais alegavam que o estabelecimento de condição não prevista em lei para dispensa em massa de empregados, configurava ativismo judicial e uso indevido do poder normativo da Justiça do Trabalho. Isso porque, a despeito da Constituição Federal ter determinado a regulamentação do procedimento demissório, essa foi atribuída à lei complementar, de modo que a atuação do TST resultaria em invasão na esfera de competência do Poder Legislativo.

---

<sup>164</sup> PNAD Contínua: taxa de desocupação é de 12,0% e taxa de subutilização é de 24,3% no trimestre encerrado em janeiro de 2019. **Agência IBGE Notícias**. [S.l.], 27 fev. 2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23865-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-12-0-e-taxa-de-subutilizacao-e-de-24-3-no-trimestre-encerrado-em-janeiro-de-2019>>. Acesso em: 16 jul. 2019.

<sup>165</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Informativo do TST**. n. 34, 11 a 19 dez. 2012. Disponível em: <<http://tst.jus.br/documents/10157/1204330/Informativo+TST+n%C2%BA+034/2f190022-053c-4d49-a11c-b2f86e9e0c65>>. Acesso em: 16 jul. 2019.

Nesse sentido, a reforma da legislação trabalhista, atendendo aos anseios da classe empregadora, excluiu, expressamente, a atuação sindical prévia a qualquer tipo de dispensa praticada pela empresa, seja de um, alguns ou muitos empregados:

Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, *não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação*. (BRASIL, 1943, grifos nossos)<sup>166</sup>

No entanto, a introdução desse artigo em nada altera o desenvolvimento desse estudo, tendo em vista que não tratou, especificamente, da exposição de motivos da despedida, limitando-se a eximir o empregador da prévia negociação coletiva; também não excluiu a possibilidade de instituir-se procedimento administrativo interno da empresa, seja por lei, regulamento ou norma coletiva, a fim de permitir o contraditório e ampla defesa do funcionário ameaçado.

Tampouco pode o art. 477-A, CLT, instituído por lei ordinária, ser entendido como meio de regulamentação da proteção prevista no inciso I, do art. 7º, CF/88, tendo em vista que se trata de matéria atinente à competência de lei complementar, exigência reforçada pelo texto do art. 10, dos ADCT.

Conforme exposto anteriormente, o direito ao conhecimento das razões da dispensa assegurado pelo art. 7º, inciso I, CF/88, deve ser interpretado à luz dos outros direitos e valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho. Apesar da reforma trabalhista ter normatizado, em parte, o procedimento demissório, ampliando o direito potestativo de dispensa ao liberá-lo da necessidade de negociação coletiva anterior, ela não teve o condão de exonerá-lo da motivação do ato.

### 2.3.3 A proteção à despedida arbitrária ou sem justa causa na Alemanha

A título de ilustração, cabe citar alguns dispositivos da legislação alemã que, vivenciando realidade bem distinta da brasileira, mormente econômica, social e cultural,

---

<sup>166</sup> BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União de 09 ago. 1943**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)> Acesso em: 24 jul. 2018.

concede proteção mais ampla à questão da despedida, preocupando-se com a efetividade do direito à manutenção do posto de trabalho.

Partindo da norma de nível hierárquico mais alto, o principal documento europeu concernente à proteção da relação de emprego é a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, promulgada pelo Parlamento Europeu, e que, por essa razão, obrigada todos os países membros da Comunidade Europeia. Denominada Carta de Nizza, esse documento elevou a proteção ao despedimento à categoria de direito fundamental, estabelecendo-a no Título IV, referente aos direitos de “solidariedade”, nos seguintes termos

Artigo 30º - **Proteção em caso de despedimento sem justa causa** - Todos os trabalhadores têm direito a proteção contra os despedimentos sem justa causa, de acordo com o direito da União e com as legislações e práticas nacionais;  
[...]

Artigo 33º - **Vida familiar e vida profissional** - 2. A fim de poderem conciliar a vida familiar e a vida profissional, todas as pessoas têm direito a proteção contra o despedimento por motivos ligados à maternidade, bem como a uma licença por maternidade paga e a uma licença parental pelo nascimento ou adoção de um filho (CARTA..., 2007, grifos nossos)<sup>167</sup>

Nesse mesmo sentido já dispunha a Carta Social Europeia Revista, proclamada em 3 de maio de 1996, todavia cuidava-se de tratado internacional aberto à assinatura dos Estados-Membros do Conselho da Europa

Parte I - As Partes reconhecem como objectivo de uma política que prosseguirão por todos os meios úteis, nos planos nacional e internacional, a realização de condições próprias a assegurar o exercício efectivo dos direitos e princípios seguintes: [...]

24) Todos os trabalhadores têm **direito a uma protecção em caso de despedimento**;  
[...]

Parte II - Artigo 1º - Direito ao trabalho

Com vista a assegurar o exercício efectivo do direito ao trabalho, as Partes comprometem-se:

- 1) A reconhecer como um dos seus principais objectivos e responsabilidades a realização e a **manutenção do nível mais elevado e mais estável** possível de emprego, com vista à realização do pleno emprego;
- 2) A proteger de modo eficaz o direito de o trabalhador ganhar a sua vida por meio de um trabalho livremente empreendido;
- 3) A estabelecer ou a manter serviços gratuitos de emprego para todos os trabalhadores;
- 4) A assegurar ou a favorecer uma orientação, uma formação e uma readaptação profissionais apropriadas.<sup>168</sup> (CARTA..., 1996, grifos nossos)

<sup>167</sup> CARTA de Direitos Fundamentais da União Europeia. Estrasburgo, 12 dez. 2007. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN>> Acesso em: 14 jul. 2019.

<sup>168</sup> CARTA Social Europeia Revista. Estrasburgo, 03 mai. 1996. Disponível em: <[http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/carta\\_social\\_europeia\\_revista.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/carta_social_europeia_revista.pdf)> Acesso em: 14 de jul. 2019.

Nota-se que a intenção dos documentos acima é conferir ampla e plena proteção contra a despedida injustificada, restringindo ao máximo o exercício do direito potestativo do empregador, tanto que não faz ressalva a qualquer espécie de contrato, incluindo os contratos a termo, no intuito de universalizar um sistema de proteção ao despedimento contra os desmandos do liberalismo empresarial. Assim, por meio de diretivas que vinculam os Estados-Membros a conformarem suas legislações internas com a legislação da Comunidade, o direito comunitário tem imposto tratativas direcionadas a resguardar a disciplina da perda do posto de trabalho (BAYLOS; PÉREZ REY, 2009, p. 77)<sup>169</sup>.

A despeito dessa orientação geral pela proteção, percebe-se a atuação de movimento empresarial reivindicando a adoção de políticas de flexissegurança, que têm por intenção alterar ou reduzir as regras de proteção à despedida e a proteção judicial conferida a ela. Desse modo, países como a Alemanha, que há muito já estabeleciam a necessidade de justificar-se o ato de despedida, têm realizado alterações legislativas para voltadas a atender as exigências do mercado.

Mesmo assim, a legislação germânica pode ser considerada vanguardista no tocante à proteção da continuidade do vínculo, tendo servido de inspiração para as disposições da Recomendação n. 119 e Convenção n. 158, da OIT, sobre as quais trataremos em tópico apartado.

A Lei de Proteção contra a Dispensa (KSchG), promulgada em 1951, estabelece o dever de motivar a despedida, exigindo que o empregador notifique previamente o Comitê de Empresa ou o representante dos trabalhadores, expondo os motivos empresariais que fundamentam o ato de despedimento. Para tanto, o art. 1º, §2º, da referida lei, relaciona as razões que podem servir de fundamento para a dispensa ordinária: motivos relacionados à pessoa do trabalhador; motivos relacionados ao comportamento do obreiro (violação de obrigações contratuais); graves exigências empresariais. No entanto, tais regras não são exigíveis em todos os casos, estando sua aplicação limitada às relações de trabalho que contem mais de 6 meses e no contexto de empresas que empreguem mais de 5 pessoas, desde que não se configurem como “pequena empresa”.

---

<sup>169</sup> BAYLOS, Antonio; PÉREZ REY, Joaquín. **El despido o la violència del poder privado**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

Contudo, seguindo a lógica do mercado, a Lei de Proteção à Dispensa foi flexibilizada, tendo seu âmbito de atuação reduzido para empresas com mais de 10 empregados. Ademais, foram ampliados as hipóteses de justificação para a dispensa incluindo: a despedida por motivos relacionados à doença incapacitante do empregado, desde que se trate de doença de longa duração sem perspectiva de melhora; a manutenção do contrato de trabalho cause excessivo prejuízo econômico à empresa; não seja possível adotar medidas alternativas tendentes a preservar o posto de trabalho. No caso, as “graves exigências empresariais” são definidas como dificuldades econômicas ou processos de reestruturação empresarial.

Outrossim, a referida legislação germânica estabelece o direito de recolocação em outro posto na mesma unidade produtiva ou, na impossibilidade, na mesma empresa, daquele empregado cujo cargo ou função foi suprimido, devendo a empresa garantir a possibilidade de formação ou requalificação profissional, caso necessário.

Segundo Lorena Porto Vasconcelos, o motivo apresentado para justificar a despedida vincula o empregador, tendo em vista que sua veracidade passará pelo crivo do controle judicial; todavia, de acordo com entendimento jurisprudencial dominante na Alemanha, não pode ser verificada a conveniência e oportunidade da medida adotada, ou seja, não pode o juiz analisar o mérito da decisão empresarial, tampouco sugerir alternativa que considere mais adequada (PORTO *apud* SEVERO, 2011, p. 73)<sup>170</sup>.

Nota-se que, a despeito de possuir uma legislação mais favorável ao trabalhador, tendente a restringir o direito potestativo do empregador com a imposição de apresentação dos motivos da dispensa, também a Alemanha vem sendo pressionada a flexibilizar as normas protetivas em nome de um eventual crescimento econômico.

#### **2.4 A Convenção n. 158 da OIT e a continuidade da relação de emprego**

Normas de direito internacional têm o efeito de contribuir para a expansão e adequação do ordenamento jurídico pátrio, em especial aquelas provenientes de países (isolados ou reunidos em organismos internacionais) que, por terem instituído o Estado Democrático de Direito há mais tempo que o Brasil, vivenciam fase de acomodação dos direitos fundamentais,

---

<sup>170</sup> PORTO, Lorena Vasconcelos *apud* Valdete Souto Severo. O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

enquanto, aqui, ainda lutamos por sua implementação. Em razão disso, as leis externas têm servido de parâmetro e inspiração para a produção legislativa e interpretação jurisdicional, especialmente no que diz com direitos sociais, tendo em vista serem os que mais sofrem com as consequências econômicas provenientes do fenômeno da globalização.

Concernente ao trabalho humano, em razão da sua universalidade e importância para o desenvolvimento individual e social, sua proteção teve destaque nas negociações que encerraram a Primeira Guerra Mundial, constando, no Tratado de Paz de Versailles (Parte XIII) negociado pelos países vencedores, a intenção de criação de um organismo internacional que tivesse a função específica de regular as relações de trabalho e garantir a dignidade da pessoas envolvidas. Assim, em 1919, nasce a Organização Internacional do Trabalho (OIT), composta pelos países vitoriosos e que tinha por objetivos promover a justiça social e, especialmente, respeitar os direitos humanos no mundo do trabalho.

Salienta Rúbia Zanotelli de Alvarenga que “a OIT foi o primeiro regime internacional disposto funcionalmente em matéria de direitos humanos. A ação da OIT foi considerada pioneira a internacionalizar e a universalizar os direitos humanos. Por isso, o sistema da OIT é o mais desenvolvido na proteção dos direitos humanos (ALVARENGA, 2017, p. 801).<sup>171</sup>

Nesse sentido, a Constituição do organismo, em seu preâmbulo, expressa o objetivo de combate à miséria e à exploração do trabalho humano como mercadoria

Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social; Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio "para igual trabalho, mesmo salário", à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas; Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de

---

<sup>171</sup> ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A proteção internacional aos direitos humanos dos trabalhadores: A Declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1988. In: **Revista LTr**, São Paulo, v. 81, n. 7, p. 801-809, jul/2017.

melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1948, grifos nossos).<sup>172</sup>

O referido organismo estabelece, em sua Declaração, a quais compromissos aderem os países desde o momento da incorporação ao quadro de membros, o que é importante para entender a vinculação das normas produzidas dentro do ordenamento interno de cada Estado-Membro

A Conferência Internacional do Trabalho,

1. Lembra: a) que no momento de incorporar-se livremente à OIT, todos os Membros aceitaram os princípios e direitos enunciados em sua Constituição e na Declaração de Filadélfia, e se **comprometeram a esforçar-se por alcançar os objetivos gerais da Organização** na medida de suas possibilidades e atendendo a suas condições específicas; [...]

2. Declara que todos os Membros, **ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso** derivado do fato de pertencer à Organização **de respeitar, promover e tornar realidade**, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções [...] (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1998, grifos nossos)<sup>173</sup>

No que diz com o tema desta pesquisa, uma das principais normas produzidas em sede da OIT é a Convenção n. 158, aprovada em 02 de junho de 1982, que trata do término da relação de emprego e da proteção contra despedida arbitrária ou sem causa justificada. Por certo que sua adoção por um país é motivo de críticas internas, em razão do impacto que causa nas relações de produção, pela inerente restrição do exercício do direito potestativo de despedida conferido ao empregador.

No Brasil, há forte resistência da classe patronal à incorporação da referida tratativa, o que tem influenciado decisivamente a atuação parlamentar perante essa matéria, a qual, por sua vez, não tem seguido, com precisão, as regras do procedimento legislativo de internalização de tratados.

É falacioso o argumento dos empresários de que a internalização da Convenção n. 158, com o conseqüente fomento da proteção da manutenção do posto de trabalho, resultaria no engessamento da livre iniciativa, prejudicando o crescimento econômico das empresas e, assim, aumentando o número de pessoas ociosas. Visto por outro ângulo,

<sup>172</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho**. 20 abr. 1948. Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/---brasilia/documents/genericdocument/wcms\\_336957.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/---brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2019.

<sup>173</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho**. 19 jun. 1998. Disponível em: <[https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration\\_portuguese.pdf](https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2019.

argumenta-se que a liberdade de contratar e demitir, estimula as contratações e diminui o desemprego, o que não condiz com a realidade, como pode ser constatado com simples observação.

Em primeiro porque a citada norma sequer trata de estabilidade, o que realmente impediria a despedida, como salientou Sérgio Pinto Martins sobre a Convenção n. 158 da OIT, afirmando que ela “não proíbe a dispensa do trabalhador, apenas garante que o trabalhador não pode sofrer dispensa sem motivação, não assegurando, portanto, estabilidade absoluta. Apenas limita o direito potestativo do empregador de dispensar o empregado, exigindo que a dispensa seja justificada” (MARTINS, 2002, p. 608).<sup>174</sup>

Em segundo, estando suspensa a vigência da Convenção n. 158 e não tendo sido editada a lei complementar a que se refere o art. art. 7º, inciso I, CF/88, têm entendido a jurisprudência majoritária, inclusive no STF (a exemplo, Recurso Extraordinário n. 631.053), que o direito potestativo de dispensa do empregador pode ser exercido livremente, sem necessidade de apresentação dos motivos, o que vem sendo acatado pelas empresas. Como reforço à livre iniciativa, a Reforma Trabalhista, como citado acima, trouxe disposição expressa (art. 477-A, CLT) eximindo o empregador de realizar negociação coletiva prévia a qualquer tipo de despedida, individual ou coletiva. Por esse panorama, nota-se que foram atendidas as reivindicações empresariais quanto ao poder demissório, o que deveria resultar, segundo seus argumentos, em aumento de contratações. Não obstante, o nível de desemprego nunca esteve tão alto.

Como membro da OIT, o Brasil, por meio de seu representante, assinou a Convenção n. 158 no dia de sua adoção, 22 de junho de 1982, tendo a tratativa entrado em vigência internacional em 23 de novembro de 1985, ou melhor, doze meses após a ratificação por parte de dois Estados-Membros. Internamente, a Convenção foi ratificada por meio do Decreto Legislativo n. 68, em 16 de setembro de 1992, após apreciação e aprovação pelo Congresso Nacional (art. 49, I, CF/88<sup>175</sup>). Em continuidade ao processo de internalização, o então chefe do Executivo, Fernando Henrique Cardoso, no uso de suas atribuições, promulgou a referida Convenção, em 10 de abril de 1992, por meio do Decreto n. 1.855, cujo texto dispõe

---

<sup>174</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

<sup>175</sup> Constituição Federal. Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

que “Art.1º. A Convenção número 158, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, [...], deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém”. Em ato contrário, o mesmo Chefe do Executivo, editou o Decreto n. 2100, em 20 de dezembro de 1992, denunciando a Convenção que acabara de ratificar.

A despeito da primeira divergência, sobre o momento em que a Convenção n. 158 começa a vigor internamente, se no dia 05 de janeiro de 1996 (doze meses após a o depósito da Carta de Ratificação perante o Diretor-Geral da OIT, conforme artigo 15.3 da Convenção) ou se no dia 10 de abril de 1996, data da publicação do Decreto n. 1.855 (momento em que o Supremo Tribunal Federal – STF - entende que a norma extravagante passa a vigor internamente, conforme decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI - n. 1480), foram cometidos alguns equívocos, conforme elucida Souto Maior sobre a contagem do prazo para exercício do direito de denúncia

[...] a denúncia produziu efeitos internos apenas com a publicação do Decreto 2.100, o que se deu em 23 de dezembro de 1996 [...] mesmo que considerada a possibilidade de se efetuar a denuncia, tomando-se como parâmetro a vigência da Convenção n. 158 no âmbito internacional, a Convenção só poderia ter sido denunciada até 22 de novembro de 1996, vez que a Convenção, adotada pela 68ª Conferencia da OIT, em 22 de junho de 1982, entrou em vigor no âmbito internacional em 23 de novembro de 1985 [...]. Assim, mesmo considerando-se o prazo de doze meses subsequentes ao decênio de vigência no plano internacional, a denuncia somente poderia ser efetivada pelo Brasil até 22 de novembro de 1996. Mas, como se viu, o Decreto de denúncia foi publicado em 23 de novembro, e ainda para produzir efeitos a partir de 20 de novembro do ano seguinte. Além disso, não é sequer correta esta interpretação de que o prazo de dez anos de vigência, para se efetuar a denúncia, conta-se a partir da vigência da Convenção no âmbito internacional. Conforme ensina Arnaldo Süssekind, o prazo de 10 anos **conta-se a partir ‘de cada ratificação’ e não do prazo de vigência internacional da Convenção original.** [...] a denuncia, portanto, fora ato inconstitucional que, portanto, não pode surtir o efeito de extrair do ordenamento jurídico a Convenção em exame (MAIOR, 2008, p. 32)<sup>176</sup> (grifos nossos)

Vários autores sugerem, ainda, que o Decreto de denúncia padece de vício de inconstitucionalidade, em razão de ter sido promovido pelo Presidente da República, sem a participação do Congresso Nacional, o que fere a reserva de competência deste. Tal entendimento é compartilhado por alguns Ministros do STF, como a Min. Rosa Weber, que já manifestaram seu voto na ADI 1625, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (Contag), e que questiona a validade do Decreto 2.100/96.

<sup>176</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Convenção n. 158 da OIT e a perda do emprego. **In: Jornal Trabalhista Consulex**, Brasília, n. 1248, 17 nov. 2008.

Segundo a referida julgadora, tendo em vista que o Decreto n. 1.855/96, que formalizou a adoção pelo Brasil de tratado internacional, o qual, por sua vez foi apreciado e aprovado pelo Congresso Nacional, a discutida norma tem natureza de lei ordinária; por essa razão não pode ser revogada por ato exclusivo do Presidente como o Decreto de denúncia: “A derrogação de norma incorporadora de tratado pela vontade exclusiva do presidente da República, a meu juízo, é incompatível com o equilíbrio necessário à preservação da independência e da harmonia entre os Poderes (artigo 2º da Constituição da República), bem como com a exigência do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV)”.

Embora a ADI 1625 ainda esteja tramitando e não se possa afirmar pela validade ou não da denúncia, é certo que o Brasil, como membro da OIT e signatário da Convenção n. 158, tem o compromisso de “esforçar-se por alcançar os objetivos gerais da Organização”, conforme artigo 1, *a*, da Declaração da OIT sobre princípios fundamentais, sendo que um desses objetivos é “proporcionar emprego integral para todos e elevar os níveis de vida”<sup>177</sup>.

Assim, considerando que o Brasil tem a responsabilidade de encontrar meios para atender os termos da Convenção n. 158, o que inclui adequar as normas internas às suas disposições, percebe-se que a importância da Convenção revela-se na sua utilização como fonte normativa capaz de fornecer elementos conceituais, para que se possa definir as expressões “despedida arbitrária” e “sem justa causa”, por meio de processo hermenêutico vinculado ao texto constitucional.

Nesse sentido, a partir do art. 5º, a Convenção apresenta, em rol não taxativo (“entre outros motivos”), hipóteses que não configuram justa causa e, portanto, não poderão ensejar o término da relação de emprego; em especial, esse artigo veda que a despedida seja justificada pelo exercício regular dos direitos coletivos do trabalho ou que sejam considerados lícitos motivos discriminatórios

Artigo 5º. Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes:

- a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento de empregador, durante as horas de trabalho;
- b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade;
- c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as

---

<sup>177</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração referente aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms\\_336957.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf)>. Acesso em: 17 ju. 2019.

- autoridades administrativas competentes;
- d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou a origem social;
- e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

Como a enumeração acima é exemplificativa, entende-se que os países signatários poderão acrescentar outras situações que estarão proibidas de figurar como justificativa para a dispensa do funcionário. A Convenção ainda optou por não conceituar algumas importantes expressões que aparecem ao longo do texto, como as relacionadas à “capacidade” e “comportamento” do empregado, assim como “necessidades de funcionamento da empresa”, conferindo aos países membros a possibilidade de defini-las de acordo com suas características legais e circunstâncias fáticas.

A faculdade acima foi utilizada pela própria OIT (1982) quando da edição da Recomendação n. 166<sup>178</sup>, na qual previu mais dois motivos que não poderão motivar a despedida: a) a idade, sem prejuízo da legislação e da prática nacional com respeito à aposentadoria; b) a ausência do trabalho devida ao serviço militar obrigatório ou ao cumprimento de obrigações cívicas em conformidade com a legislação e a prática nacional.

A citada Recomendação, foi adotada logo após a Convenção n. 158 para explicitar alguns conceitos e procedimentos desta, viabilizando sua aplicação, como o faz em seu art. 7º, ao estabelecer uma gradação entre motivo justificado e justa causa “o contrato de trabalho não deve ser rescindido por má conduta de um tipo que, de acordo com a lei ou prática nacional, justificaria a rescisão apenas se repetida em uma ou mais ocasiões, a menos que o empregador tenha dado ao trabalhador advertência por escrito apropriada”. Em continuação, recomenda, no art. 8º, que o empregador ofereça treinamento e instruções sobre o desempenho da função, antes de dispensá-lo por desempenho insatisfatório “O contrato de trabalho não deve ser rescindido por desempenho insatisfatório, a menos que o empregador tenha dado ao trabalhador instruções adequadas e advertência por escrito e o trabalhador continue a desempenhar suas funções insatisfatoriamente após um período razoável de tempo para a melhoria ter decorrido”. Determina, ainda, que o empregador consulte “os representantes dos trabalhadores antes que seja tomada uma decisão final sobre casos individuais de rescisão do contrato de trabalho”. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1982, tradução nossa)

---

<sup>178</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação n. 166 sobre a término da relação de trabalho.** 22 jun. 1982 Disponível em: <[https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:R166](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R166)>. Acesso em: 17 jul. 2019.

Essas orientações regulamentam o disposto no art. 7º da Convenção n. 158, que impõe procedimento prévio ao término (*a priori*), com a concessão, pelo empregador, de oportunidade de defesa para o empregado exercer seu direito ao contraditório, o que somente é possível se houver explicitação dos motivos “Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade”. Terminada a relação, dispõe o art. 8º que o empregado poderá insurgir-se contra a justificação (*a posteriori*), inclusive em âmbito extrajudicial “O trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer contra o mesmo perante uma organismo neutro, como, por exemplo, um tribunal, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro”.

O art. 11 da Convenção prevê a necessidade de concessão de notificação prévia, por prazo razoável, ao empregado cujo contrato será extinto, ou indenização correspondente, exceto no caso de cometimento de falta grave. Em adição, impõe o art. 12 o pagamento de indenização ao trabalhador pelo término da relação ou a concessão de benefício assistencial ao desemprego, podendo os direitos serem combinados

Artigo 12 - 1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, todo trabalhador cuja relação de trabalho tiver sido terminada terá direito:

- a) a uma indenização por término de serviços ou a outras compensações análogas, cuja importância será fixada em função, entre diretamente pelo empregador ou por um fundo constituído através de cotizações dos empregados; ou
- b) a benefícios do seguro desemprego, de um sistema de assistência aos desempregados ou de outras formas de previdência social, tais como benefícios por velhice ou por invalidez, sob as condições normais às quais esses benefícios estão sujeitos; ou
- c) a uma combinação de tais indenizações ou benefícios.

Diante dessas disposições, nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro já garante, de alguma maneira, muitas das proteções previstas na Convenção n. 158, sendo as demais plenamente compatíveis com nossos valores e bases principiológicas, de modo que sua internalização poderá ocorrer sem grandes alterações na rotina empresarial ou incremento de custos.

Contudo, o ponto da Convenção que sofre maior resistência da classe empresária, certamente, é a imposição de exposição dos motivos que levaram ao término do contrato e a consequência advinda do cometimento de despedida arbitrária (imotivada) ou sem causa justa,

mormente porque não há consenso sobre qual seria o efeito da conduta empresarial: reintegração ou indenização.

Nesse sentido, há quem defenda, como Arion Sayão Romita, que a referida normativa, diante do reconhecimento de uma dispensa imotivada ou sem justa causa, não acarreta obrigatoriamente a reintegração do dispensado, podendo a despedida abusiva ser compensada com o retorno ao posto trabalho ou com o pagamento de indenização correspondente (ROMITA apud SEVERO, 2011, p. 119)<sup>179</sup>.

De outra maneira, há autores que defendem que a Convenção impôs a reintegração, pois, tendo o art. 4º disposto que “não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada [...]”, pode-se concluir que tem por intenção impedir a extinção da relação de trabalho, de modo que “não havendo motivo justificado ou sendo declarado ilícito o motivo alegado, é de ser restaurado o vínculo de emprego. Essa é, aliás, a consequência natural, dos atos destituídos de ilicitude (e, pois, nulos) dentro do ordenamento jurídico, especialmente no âmbito das regras trabalhistas” (ROMITA apud SEVERO, 2011, p. 119)<sup>180</sup>

Analisando nos termos do ordenamento jurídico brasileiro, se o ato patronal de despedida arbitrária ou sem causa justificada infringe a garantia imposta pela norma, ele deverá ser considerado nulo de pleno direito, nos termos do dispõe o art. 9º, CLT “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. Consequentemente, se no Brasil fosse adotada a Convenção n. 158, seria reconhecida a nulidade, as partes retornariam ao *status quo ante*, e, apenas na impossibilidade deste, caberia a indenização equivalente, conforme preceitua o art. 182, CC “anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”.

Tal entendimento, de que a indenização compensatória só tem lugar, excepcionalmente, diante da impossibilidade de restauração das partes ao estado anterior ao ato nulo, coaduna-se, plenamente, com a disposição do art. 10, da Convenção, segundo a qual haverá faculdade de compensar-se a prática do ato nulo com pagamento de indenização, caso a legislação do estado-membro não permita a imposição de readmissão do empregado. Essa

---

<sup>179</sup> Arion Sayão Romita. **O Princípio da proteção em xeque e outros**. Ensaios. São Paulo: LTr, 2003..

<sup>180</sup> Ibidem.

indenização não deve confundir-se com as compensações estabelecidas nos artigos 11 e 12, já citados

Art. 10. Se os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é injustificado e se, em virtude da legislação e prática nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada.

No Brasil não há incompatibilidade legal com a reintegração do funcionário ao posto de trabalho, mas apenas uma recomendação prevista pelo art. 496, CLT, pela substituição daquela por indenização, quando as circunstâncias do caso não indicarem restituição do empregado “Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte”. Em razão disso, podemos afirmar que, aplicando a Convenção no nosso ordenamento, reconhecida a nulidade da despedida arbitrária ou sem justa causa, deve ser restabelecida a relação de trabalho e a reintegração do empregado.

Importa, ainda, observar os últimos artigos da Convenção n. 158, que tratam da dispensa coletiva ou em massa. Inicialmente, cumpre observar que é no art. 13<sup>181</sup> que constam os termos “econômicos”, “tecnológicos” e “estruturais”, os quais servem de justificativa para o término da relação de emprego de uma gama de funcionários coletivamente considerados. Nota-se que a Convenção, novamente, deixou seus conceitos abertos, permitindo que sejam adaptados à realidade de cada membro signatário.

Esse artigo, juntamente com o art. 14<sup>182</sup>, estabelece o procedimento a ser seguido pelo empregador em caso de dispensa coletiva, determinando a comunicação do ato aos

---

<sup>181</sup> Convenção n. 158 da OIT. Artigo 13. 1. Quando o empregador prever términos da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos; a) Proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos términos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos menos e o período durante o qual seriam efetuados esses términos; b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os términos e as medidas para atenuar as conseqüências adversas de todos os términos para os trabalhadores interessados, o mais breve que possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os términos e as medidas para atenuar as conseqüências adversas de todos os términos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.

<sup>182</sup> Convenção n. 158 da OIT. Artigo 14. 1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, o empregador que prever términos por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, deverá notificá-los o mais breve possível à autoridade competente, comunicando-lhe a informação pertinente incluindo uma exposição, por

representantes dos trabalhadores e à autoridade competente, em tempo razoável, informando, principalmente, os motivos do término da relação e o número de empregados atingidos. Ademais, proporcionará oportunidade aos representantes dos empregados para que possam estudar as medidas a serem adotadas e sugerir alternativas à extinção dos postos de trabalho ou meios de atenuar suas consequências.

A despeito dessa Convenção não estar vigente, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), aplicou-a, repetidamente, em sede de dissídios coletivos, a título de fonte internacional do direito do trabalho, como reforço à fundamentação pela necessidade de negociação coletiva prévia ao término coletivo de contratos de trabalho. Porém, após a introdução do art. 477-A, CLT pela reforma trabalhista em julho/2017, esse comportamento tende a mudar, o que será um grave erro, ao menos em parte. E essa parte diz respeito à justificação da despedida, pois, como já explanado em tópico próprio, a reforma somente eximiu o empregador do procedimento negocial prévio, mas não da justificação. Assim, ainda que se entenda pela ausência de eficácia da Convenção n. 158 no ordenamento jurídico brasileiro e dispense-se o empregador fase de negociação antecedente na dispensa coletiva, permanece a obrigação de expor os motivos que justificam a despedida, em razão dos argumentos expostos acima.

---

escrito, dos motivos dos terminos previstos, o número e as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual serão efetuados esses terminos.



### **3. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE COMO CONCRETIZAÇÃO SUFICIENTE DO DIREITO CONTRA DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA**

Estabelecidos os parâmetros de proibição de insuficiência e direito despedida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, passa-se à análise do modo como a garantia fundamental deve ser concretizada a fim de atender, suficientemente, a exigência constitucional, pois faltam parâmetros na lei fundamental para guiar a atuação judicial.

É preciso, inicialmente, considerar que essa ausência é proposital, pois não é atribuição da Carta descer a tais minúcias, apresentando apenas a previsão de um padrão mínimo exigido, mesmo porque, somente frente às circunstâncias do caso concreto, poderá ser estabelecida qual a medida eficiente de proteção. Não é demais reforçar que a função da Constituição é fixar no texto as decisões políticas fundamentais, especialmente a de garantia de um conjunto mínimo de direitos ao sujeito, o qual deve situar-se intangível a qualquer tipo de deliberação política, ainda que majoritária, como o faz o parágrafo 4º, do art. 60<sup>183</sup>, do texto maior.

A Carta da República de 1988 foi prodigiosa na previsão de direitos fundamentais, em observância à sua inspiração social-democrata-dirigente, estipulando, após o princípio da dignidade humana, uma gama de valores e objetivos tendentes, em especial, a desenvolver uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a reduzir as desigualdades sociais.

Todavia, pode-se afirmar que, hoje, o maior desafio da Constituição, no tocante aos direitos fundamentais, é torná-los efetivos, já que muitos foram previstos com a condição de regulamentação de exercício pelo legislador ordinário que, após 30 anos de edição da Lei Fundante, mantém-se omissa na sua função. Bem explica Toledo de Barros

[...] o problema dos direitos fundamentais hoje está calcado na problemática de sua efetividade. A garantia de sua eficácia jurídica e material não se resolveu com a simples positivação do seu conteúdo em uma carta constitucional, [...]. Foi de fato necessária uma reinterpretação do valor da Constituição como garantia dos direitos fundamentais. Nessa virada que se operou dentro da ciência do direito constitucional, a pauta de bens e valores inscrita na Constituição foi tida como uma pauta mínima e, ao mesmo, tempo, vinculante para todos, até mesmo para o Estado, deixando de ser considerada mera carta de intenções ou mero programa de governo. A partir desse novo contexto, infere-se, com certa facilidade que a dignidade do homem, objetivo máximo a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade, exige a possibilidade de

---

<sup>183</sup> Constituição Federal. Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta. §4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

abertura para o reconhecimento de novos direitos e traz ínsita a necessidade de certas garantias básicas a esses direitos (BARROS, 2003, p. 94-95)<sup>184</sup>.

Exemplo dessa crise de efetividade é o direito contra despedida arbitrária ou sem justa causa, o qual, como já salientado, a despeito de possuir *status* de direito fundamental, e configurar norma de eficácia contida (pois a lei complementar referida no texto serviria apenas para detalhar o procedimento, havendo plena condição de aplicabilidade), não é suficientemente estabelecido no plano concreto e individual, estando o legislador ordinário inerte quanto à promulgação de sua adequada regulamentação.

Nesse panorama, defende-se a aplicação do princípio da proibição de insuficiência sobre a atividade judicial, a fim de que, no momento de interpretação da norma correspondente, confira proteção no nível esperado pela Constituição, possibilitando a concretização adequada do direito e, por consequência, a manutenção da relação de emprego. Para tanto, deve ser aplicada a técnica da proporcionalidade, com as peculiaridades inerentes à sua faceta de vedação de insuficiência.

### 3.1 A concretização suficiente por meio da máxima de proporcionalidade

Cumpra esclarecer, de início, que a proibição de insuficiência não coincide, em exatos termos, com o dever de proteção, possuindo uma certa função autônoma, tendo em vista que o imperativo de tutela estabelece “se” existe o dever de proteção, restando à proibição de insuficiência a definição de “como” isso se efetivará. Nesse sentido, para concluir pela ocorrência de violação da proibição de insuficiência, considerando que a previsão constitucional limita-se a exigir a proteção, sem detalhar de que modo deve ser feito, explica Canaris (2016, p. 122-123)<sup>185</sup> que, primeiro deve ser perquirida a real existência do dever de proteção, ou seja, se há fundamento para impor-se o imperativo de tutela; sendo afirmativa, pode-se, então, analisar qual foi a medida adotada pelo direito ordinário e refletir se satisfaz suficientemente a proteção de maneira apropriada e eficaz, verificando se a proteção do direito infraconstitucional resguardou e não excedeu os interesses dos bens jurídicos em questão. Nos dizeres do autor

---

<sup>184</sup> BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3a ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

<sup>185</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfsgnag Sarlet e Paulo Pinto Mota. 4a reimp. Coimbra: Almedina, 2016.

(...) o legislador pode, em princípio, fixar-se a si mesmo o objetivo de alcançar um nível de proteção superior ao mínimo correspondente aos direitos fundamentais – como, por exemplo, maior proteção da maternidade, dos trabalhadores ou dos inquilinos do que a exigida pela Constituição. Neste caso, o parâmetro para aferição da necessidade é, logicamente, *este mesmo* objetivo, e não apenas, por exemplo, a proteção mínima de direitos fundamentais. Pode, mesmo, partir-se do pressuposto de que a realização de imperativos de tutela pelo direito ordinário – que pertence às tarefas elementares e “quotidianas” do legislador – *em regra* se não limita à concretização do *mínimo* de proteção jurídico-constitucionalmente exigido. Porque (e na medida em que) a ultrapassagem deste é jurídico-constitucionalmente legítima, o legislador pode prosseguir correspondentes fins sem, de modo algum, com isso se enredar nas malhas da proibição de excesso (CANARIS, 2016, p. 120-121).<sup>186</sup>

Nesse sentido, tendo em vista que a garantia contra o direito potestativo de dispensa reclama a aplicação da hipótese normativa prevista no inciso I, do art. 7º, da Constituição, e demanda a proteção estatal contra ameaça de terceiro (empregador), em relação cujas partes estão em desequilíbrio de poder, conclui-se que aquele direito configura um imperativo de tutela.

Por seu turno, a aferição da suficiência da proteção concedida passa por análise mais complexa. Examinando a questão pela função do Estado-Legislator, a despeito de não ter promulgado a lei complementar referida no texto constitucional (“relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar”) e por implementar, na prática, apenas a inadequada compensação financeira disposta inciso I, do art. 10, ADCT (indenização de 40% sobre os depósitos de FGTS), entendemos que é possível a aplicação imediata do inciso I, do art. 7º, em razão da determinação prevista no parágrafo 1º, do artigo 5º, da CF. Nesse sentido, aduziu Maurício Godinho Delgado

Mesmo a leitura que defende a absoluta esterilidade da garantia de emprego mencionada no inciso I do art. 7º constitucional é, tecnicamente, passível de questionamento. Afinal, a teoria tradicional sobre eficácia/ineficácia jurídicas de regras constitucionais já é, hoje, ineludivelmente anacrônica, por supor que o pacto juspolítico básico de uma nação (a Constituição) possa quedar-se inerte, de modo inapelável e abrangente. A teoria constitucional moderna [...] tende a apreender, necessariamente, certa eficácia às normas constitucionais [...]. Nessa linha, o preceito contido no inciso I do art. 7º em análise pode ser tido como regra de eficácia contida, produzindo, pelo menos, certo efeito jurídico básico, que seria o de invalidar dispensas fundadas no simples exercício potestativo da vontade empresarial, sem um mínimo de justificativa socioeconômica ou técnica ou até mesmo pessoal em face do trabalho envolvido (DELGADO, 2017, p. 1414-1415).<sup>187</sup>

Dessa maneira, mesmo não explicitadas as definições de “dispensa arbitrária” e “sem justa causa”, seja na Constituição ou na lei complementar a ser editada, é possível exigir

<sup>186</sup> Ibidem.

<sup>187</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16a ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

sua aplicabilidade, em razão de já existirem regras que completem essas lacunas conceituais, como a Convenção n. 158, da OIT e arts. 165 e 482, da CLT.

Assim, embora possa-se considerar insuficiente o comportamento do Estado-Legislador, diante do nível de proteção demandado – seja pela ausência de publicação da norma complementar, seja pela inadequação compensação – é possível superá-la por meio da aplicação imediata do direito fundamental contra despedida arbitrária ou sem justa causa.

No entanto, como não se espera que os empregadores cumpram espontaneamente a previsão do inciso I, do art. 7º (efeito direto dos direitos fundamentais), a discussão sobre a insuficiência também é feita no âmbito da atuação jurisdicional, em que se analisa se houve cumprimento adequado do dever judicial de impor aos particulares a observância do ordenamento constitucional.

Na função de Estado-Juiz, cabe examinar se o produto dela resultante, a decisão judicial, observou, no processo interpretativo, o discurso constitucional, a fim de aplicar a solução mais justa ao caso concreto. Contudo, nos casos de colisão de direitos e princípios fundamentais, em que haverá prevalência pontual de um deles (e não revogação), a exigência de vinculação do julgador à Constituição deve levar em conta que se trata de um sistema jurídico de conceitos abertos, a serem complementados pelo intérprete, após uma valoração jurídica dos mesmos.

Desse modo, como será concedida certa carga de discricionariedade ao aplicador, há necessidade de estabelecer-se critérios racionais, de modo a evitar-se decisões arbitrárias e pré-conceituosas. Para Alexy, a questão resolve-se por meio da técnica da ponderação de princípios constitucionais que, a despeito de traçar critérios que conduzam a uma decisão racional, pode apresentar mais de uma solução para o caso concreto.

A fim de conservar-se a racionalidade do resultado, afirma Alexy que é importante considerar o texto normativo (a letra da lei) do direito em jogo, pois ele vincula a argumentação jurídica, a partir de um ônus argumentativo a seu favor (presunção de exclusão ou inclusão de um hipótese argumentativa); ainda, deve ser levada em conta a gênese do processo legislativo (vontade do legislador constituinte). Sobre isso, o autor refere que

[...] é possível conciliar muita coisa com o texto das disposições constitucionais, mas não tudo. O fato de o texto requerer ou excluir uma determinada interpretação é um argumento muito forte a favor ou contra essa determinação [...]. Para superá-lo não é

suficiente demonstrar que a solução contrária ao texto é melhor que a com ele incompatível; as razões para a solução contrária ao texto têm que ser extremamente fortes para que, do ponto de vista da Constituição, o afastamento do teor literal fique justificado (ALEXY, p. 553)<sup>188</sup>.

Esses parâmetros são primordiais na aplicação do inciso I, do art. 7º, da CF, pois, o texto normativo, ao prever “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa”, demanda interpretação no sentido de conferir-se medida que, de alguma maneira, preserve a relação de emprego, reservando a indenização compensatória para os casos de impossibilidade daquela. Desse modo, a indenização é medida subsidiária a manutenção da relação; se assim não fosse, o constituinte teria previsto “direito à indenização pela dispensa” e não “direito à relação de emprego protegida”. Ademais, como relatado no item 1.3, no processo constituinte de 1988 “o sentimento sempre foi o de mudar, de inovar para uma garantia em que se desse um basta à predominância do econômico sobre o social” (MACIEL, 1994, p. 133)<sup>189</sup>, o que se verificou na redação original do artigo que previa estabilidade no emprego desde a admissão.

Sendo a proibição de proteção insuficiente um viés da máxima da proporcionalidade, como já dissemos, a verificação de sua transgressão, procede-se por meio da análise das três submáximas, de acordo com a teoria alexyana: adequação (se o meio escolhido promove o fim desejado), necessidade (havendo mais de um meio adequado a promover o fim, deve ser escolhido aquele o menos restritivo aos direitos fundamentais envolvidos), e proporcionalidade em sentido estrito (se o benefício trazido pela consecução do fim compensa as desvantagens advindas pela adoção do meio).

A submáxima da *adequação*, segundo Alexy, é um critério negativo que cuida de eliminar os meios não adequados, seguindo uma lógica de eficiência de Pareto pela qual “uma posição pode ser melhorada sem que outra seja piorada” (ALEXY, 2017, p. 588)<sup>190</sup>. Assim, cabe a desconsideração de meios empregados que não cumprem a finalidade a qual se destinam e, ainda, prejudicam outros bens jurídicos que estejam relacionados; exige-se a adoção de um meio cuja eficácia conduza à promoção do fim.

---

<sup>188</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

<sup>189</sup> MACIEL, José Alberto Couto. **Garantia no emprego já em vigor**. São Paulo: LTr, 1994 . p. 133

<sup>190</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

Essa submáxima pode também ser chamada de *efetividade* ou *atuação*, como apresentamos anteriormente (item 1.6.1), cujos parâmetros de análise são mais apropriados para a verificação de uma conduta omissiva. Assim, segundo esse critério, ocorre violação da proibição de insuficiência quando, a despeito de existirem meios de proteção ao bem jurídico protegido, o Estado permanecer inerte e não entregar qualquer prestação, mantendo latente a ameaça de terceiro (GUEDES, 2015)<sup>191</sup>; ainda, poderá também se verificar ofensa à proibição de insuficiência quando o intérprete entregar prestação ou escolher, dentre os meios possíveis, aquele que não cumpre adequadamente sua função de proteção. Nesse caso, a medida adotada não basta para proteger suficientemente a garantia fundamental contra a intimidação de terceiro, de modo que o indivíduo fica impedido de exercer efetivamente seu direito fundamental.

Contudo, é necessário determinar modo criterioso de análise do que vem a ser meio “adequado” ou “suficiente” de proteção. Segundo Ávila, para concluir-se pela adequação do meio ao fim, é preciso examinar o tipo de relação que se estabelece entre o fim pretendido e as medidas disponíveis para sua consecução. Desse modo, a relação poderia ser analisada sob o aspecto quantitativo, em que um meio promove mais, menos ou igual a outro; aspecto qualitativo, em que um meio conduz a um fim melhor, pior ou igual a outro meio; e aspecto probabilístico, em que um meio promove o fim de modo mais, menos ou certamente igual a outro.

Nesse contexto, fica a dúvida se o Estado estaria obrigado a escolher o mais, o melhor e o mais seguro meio entre os existentes ou bastaria a adoção de uma medida que promovesse o fim. Ávila responde em favor da segunda hipótese, pois: “primeiramente, nem sempre é possível – ou, mesmo, plausível – saber qual, dentre todos os meios igualmente adequados, é o mais intenso, melhor e mais seguro na realização de um fim. Isso depende de informações e circunstâncias muitas vezes não disponíveis [...]” (ÁVILA, p. 211)<sup>192</sup>.

Não assiste razão absoluta a esse entendimento, ao menos no que toca à garantia aqui analisada. Isso porque, se a Constituição prevê a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa (fim) e, para tanto, adota o pagamento de indenização (meio) que, a depender do tempo de contrato, não serve de desestímulo à conduta potestativa

---

<sup>191</sup> GUEDES, Neviton. Princípio da Proibição de Insuficiência deve ser aplicado aos direitos sociais. **Revista Consultor Jurídico**, 15 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/constituicao-poder-proibicao-insuficiencia-aplicado-aos-direitos-sociais>> Acesso em: 17 jul. 2019.

<sup>192</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

de dispensa, é completamente possível identificar, *a priori* do acontecimento, que a finalidade não será adequada e efetivamente atingida. Se o objetivo do direito fundamental é conceder ao empregado uma expectativa de continuidade da relação de emprego e, em observância ao núcleo essencial da dignidade humana, permitir-lhe a construção de um projeto de vida, é necessário que seja adotado outro meio de atuação, como a imposição de justificção da despedida.

Diante disso, considerando que os dois meios apresentados (indenização e motivação) relacionam-se da mesma maneira com o fim, resta claro identificar qual meio oferece a melhor, mais intensa e mais segura proteção ao indivíduo.

Em continuação, o autor afirma que “o princípio da separação dos Poderes exige respeito à vontade objetiva do Poder Legislativo e do Poder Executivo. A liberdade [...] seria previamente reduzida se, posteriormente à adoção da medida, o aplicador pudesse dizer que o meio escolhido não era mais adequado. Um mínimo de liberdade de escolha é inerente ao sistema de divisão de funções” (ÁVILA, 2018, p. 211)<sup>193</sup>.

Novamente, tal assertiva não se coaduna quando o objeto de análise for a proteção contra o direito postestativo de dispensa, pois, o mesmo legislador que estipulou essa garantia, também determinou sua aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CF), de modo que, na ausência da lei complementar regulamentadora, o direito fundamental deve ser concretizado com o material legislativo disponível - nesse caso, os conceitos previstos nos arts. 165 e 482, da CLT e na Convenção n. 158, da OIT, cuja permissão de aplicação está disposta no art. 8º, da CLT<sup>194</sup>.

Cabe frisar que, mesmo por meio de um método exegético simples como o gramatical, não há modo de concluir-se por uma determinação alternativa entre o pagamento de indenização compensatória e a proteção contra despedida arbitrária - “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. O texto constitucional impõe que a lei complementar regulamente a despedida e preveja, dentre outros direitos, a indenização

---

<sup>193</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

<sup>194</sup> CLT. Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

compensatória. Tal entendimento consubstancia-se no que já foi dito nessa pesquisa sobre as intenções do constituinte de 1988 de predominância do social e de não retrocesso das garantias.

Respondendo, por fim à dúvida da vinculação do Estado à melhor forma de adequação, o autor declara que

a própria exigência de racionalidade na interpretação e aplicação das normas impõe que se analisem todas as circunstâncias do caso concreto. A imediata exclusão de um meio que não é o *mais intenso*, o *melhor* e o *mais seguro* para atingir o fim impede a consideração a outros argumentos que podem justificar a escolha (ÁVILA, 2018, p. 211)<sup>195</sup>.

Mais uma vez discordamos da conclusão, tendo em vista que, na análise da proteção à dispensa imotivada ou sem causa justa, não há falar em exclusão do meio, mas em cumulatividade. Diante dos conceitos que apresentados ao longo do capítulo 2, pode-se afirmar que não se confundem proteção à despedida arbitrária ou sem justa causa e indenização compensatória, cabendo ao legislador a regulamentação de ambos. Contudo, como foi conferido tratamento somente à indenização, a qual não supre a proteção esperada, não se pode concluir pela adequação e efetividade do meio escolhido.

Encerrando a análise do elemento *adequação*, o autor aponta a necessidade de definir-se a *medida adequada* a ser adotada. Não obstante a variedade de condutas exigidas do ente estatal, ele afirma que “nas hipóteses em que o Poder Público está atuando para uma generalidade de casos – por exemplo, quando edita atos normativos – a medida será adequada, se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para a promoção do fim”, ressaltando que a avaliação da adequação deve ser feita “no momento da escolha do meio pelo Poder Público, e não em momento posterior, [...] a qualidade da avaliação e da projeção [...] deve ser averiguada de acordo com as circunstâncias existentes no momento dessa atuação” (ÁVILA, 2018, p. 213)<sup>196</sup>.

Mesmo por esse parâmetro não há como justificar a opção do Legislador pela indenização sobre os depósitos de FGTS. Isso porque, como repetidamente explanado, ela não se presta a promover o fim desejado de proteger suficientemente o trabalhador contra despedida arbitrária ou sem justa causa, pois não atua como barreira ou desestímulo às dispensas. O

---

<sup>195</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 211.

<sup>196</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 213.

pagamento de indenizações sobre os depósitos de FGTS há muito integram a previsão orçamentária das empresas, em razão da habitualidade das demissões, de modo que já não atuam como constrangimento pela manutenção da relação de emprego. Exemplo disso é a Taxa de Rotatividade por Nível Geográfico, apresentada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, que, em dezembro de 2017, atingiu 3,79 nos setores econômicos e geral, chegando a 6,17 no setor de comércio<sup>197</sup>, demonstrando o alto fluxo de demissões.

E não há falar que no momento da escolha da medida era impossível ter acesso a esse tipo de informação, pois, desde a primeira norma normatização do FGTS (Lei n. 5.107 de 1966), que extinguiu o direito à estabilidade decenal e facilitou o processo demissório, já eram conhecidos os prejuízos trazidos ao empregado

Não obstante trazer alguns benefícios, como vimos, o novo sistema em seu conjunto, era desvantajoso, pois reduzia consideravelmente a garantia da continuidade da relação de emprego, que assegura ao obreiro a permanência da fonte de subsistência própria e de sua família, além da aquisição do direito a uma aposentadoria. Com a instituição do sistema fundiário as empresas obtiveram as vantagens por elas almejadas. [...] Redução de custos, política de rejuvenescimento do quadro de pessoal, retração dos negócios, represálias a atitudes reivindicatórias, qualquer causa poderia ensejar a dispensa, independentemente do tempo de serviço do empregado. [...] Constatou-se também que os depósitos, acrescidos da multa de 10% eram, invariavelmente, inferiores ao valor da indenização por antiguidade prevista na CLT, não obstante constar da exposição de motivos da Lei n. 5.107/66 que seriam iguais ou, até mesmo, superiores (PORTO apud SEVERO, p. 102, nota de rodapé).<sup>198</sup>

Considerando que o art. 10, I, dos ADCT, foi o ato normativo responsável por adotar a indenização compensatória como meio de proteção à dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado, e que foi editado mais de 20 anos após a primeira norma emancipadora do direito potestativo de dispensa do empregador, é certo que o Poder Público possuía informações necessárias para concluir que aquela medida não era a mais adequada.

Diante desse necessário debate, nos termos do procedimento estabelecido pela máxima da proporcionalidade, no concernente à submáxima da *adequação/efetividade*, pode-se afirmar que a aplicação da indenização compensatória prevista no art. 10, inciso I, dos ADCT, viola princípio da proibição de proteção insuficiente, pela completa e manifesta incompatibilidade entre o meio adotado e o fim pretendido, tendo em vista que não assegura o

<sup>197</sup> Fecomércio. Maior no comércio, rotatividade de funcionários prejudica os negócios. Fluxo constante de contratações e desligamentos impacta os lucros e a produtividade. <<https://www.fecomercio.com.br/noticia/maior-no-comercio-rotatividade-de-funcionarios-prejudica-os-negocios>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

<sup>198</sup> PORTO, Lorena Vasconcelos apud Valdete Souto Severo. **O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

exercício efetivo do direito fundamental contra despedida arbitrária ou sem justa causa, permanecendo o empregado vulnerável ao direito potestativo de dispensa do empregador.

Feita essa análise investigação, já é possível concluir pela inconstitucionalidade da medida (indenização compensatória) por ofensa a máxima da proporcionalidade, particularmente da submáxima da adequação, no seu viés de proibição de insuficiência, pois a as submáximas devem ser aplicadas de forma subsidiária, como ressalta Virgílio Afonso da Silva

Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2002, p. 34-34).<sup>199</sup>

No entanto, proceder-se-á ao exame dos demais critérios, a fim de verificar-se, também neles, a ocorrência de violação da proibição de insuficiência.

Em continuação, a submáxima da *necessidade*, segundo Alexy, determina que entre dois meios de adequação similar, deve ser escolhido “aquele que intervenha de modo menos intenso” (ALEXY, 2017, p. 590)<sup>200</sup>. Ou seja, havendo dois meios que promovam a finalidade com a mesma ou aproximada adequação (protegem adequadamente o bem jurídico), deve optar-se por aquele que interfere o menos possível no exercício de outro.

No amoldamento às características inerentes à proibição de insuficiência, essa submáxima também é chamada por *suficiência* e determina que

[...] existindo, contudo, mais de uma medida apta a ser adotada, sendo que uma dessas medidas assegura maior proteção ao bem jurídico-fundamental (no caso, de caráter social), sem que a adoção da medida mais eficiente agrida direito de terceiro de forma mais intensa (um meio melhor e de mesma afetação, ou de menor intensidade, a outros direitos), **há violação a essa máxima (da suficiência) quando, nestas condições, o Estado opta pela medida menos eficiente ao direito fundamental social**. Como se vê, aqui existem meios alternativos, aptos à concretização do direito fundamental social. **O que se cuida é de questionar quais das medidas existentes se mostra**

<sup>199</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 798, 2002, p. 23-50. Disponível em: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>> Acesso em: 02 jun. 2019.

<sup>200</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

**melhor indicada para a proteção do direito, isto é, qual medida revela maior índice de suficiência.** [...] cuidar-se-ia neste momento de verificar se, entre medidas alternativas, todas aptas e nenhuma revelando maior agressão a outros direitos fundamentais, qual a medida que melhor concretizaria o direito fundamental, isto é, nesse momento o que se estaria a realizar é apenas o exame da necessidade no âmbito do princípio da proibição da insuficiência<sup>201</sup>. (GUEDES, grifos nossos)

Nesse ponto, a fim de verificar se houve afronta ao princípio da proibição de insuficiência, é preciso analisar se os meios existentes conduzem igualmente à finalidade e em que medida cada um dos meios restringe o exercício de outros direitos fundamentais.

Seguindo o procedimento apresentado por Ávila (2018, p. 217) “primeiro deve ser feito o *exame da igualdade de adequação dos meios*”, o qual “envolve a comparação entre os efeitos da utilização dos meios alternativos e os efeitos do uso do meio adotado pelo Poder Legislativo”<sup>202</sup>. Contudo, no que toca ao exame da adequação do direito contra despedida arbitrária ou sem justa causa em comparação com a indenização compensatória, como essa análise já foi realizada na submáxima da *adequação*, supera-se o exame, nos termos expostos acima.

Tendo-se definido, então, que a proteção contra a dispensa é o meio mais adequado, passa-se ao exame *do meio menos restritivo*. É certo que, por essa análise estrita, não haveria de prevalecer o direito previsto no inciso I, do art. 7º, previsto na Constituição, em razão da sua inerente intervenção ao princípio fundamental da livre iniciativa (art. 1, IV, CF) por meio da restrição ao direito potestativo de despedida do empregador. Contudo, no caso do direito aqui estudado, essa análise fica prejudicada, em razão da conclusão acima demonstrada de que não há equivalência de adequação, ou melhor, não há promoção da finalidade na mesma suficiência, entre a motivação da despedida e a indenização compensatória.

Concluindo o procedimento estabelecido pela máxima da proporcionalidade, de verificação de violação da proibição de insuficiência, há de analisar-se a submáxima da *proporcionalidade em sentido estrito* ou *ponderação*. Nesta, ocorre uma análise de restrição x

---

<sup>201</sup> GUEDES, Neviton. Princípio da Proibição de Insuficiência deve ser aplicado aos direitos sociais. **Revista Consultor Jurídico**, 15 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/constituicao-poder-proibicao-insuficiencia-aplicado-aos-direitos-sociais>> Acesso em: 17 jul. 2019.

<sup>202</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

benefício entre a limitação imposta aos direitos fundamentais e as vantagens advindas com a promoção do fim. Essa submáxima pode ser entendida como

[...] a admissão por parte do Estado de que a concretização do direito fundamental social pode colocar em perigo ou ameaça outros bens constitucionalmente protegidos, de tal ordem que se justificaria, mesmo com as cautelas das outras duas máximas (*efetividade e suficiência*), o teste de verificação da primazia, ou não, de um ou outro direito ou bem constitucional envolvido na colisão (no caso, com o direito fundamental social). Essa verificação é realizada por intermédio de uma ponderação de bens, onde o jogo dos argumentos e contra-argumentos, à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, é que iria dar a chave para a solução do problema, oferecendo uma primazia condicionada a um dos princípios, ou direitos fundamentais, envolvidos na colisão (GUEDES, 2015).<sup>203</sup>

Como já relatado no item 2.3.1, boa parte da doutrina e jurisprudência entende que, diante da ausência de edição da lei complementar referida no artigo acima, o empregador pode livremente decidir pela extinção da relação de emprego, arcando apenas com a indenização compensatória (art. 10, I, ADCT), sem expor os motivos que justificam o ato. Isso porque também a empresa é destinatária de proteção fundamental, tendo o texto constitucional previsto que a livre iniciativa, como princípio da República, é base da ordem econômica (art. 170, CF), de modo que seu exercício deve ser protegido e concretizado efetivamente, como todos os direitos fundamentais.

Nesse sentido, entende-se que ao empresário deve ser conferida liberdade e apoio para o desenvolvimento da atividade econômica, tendo em vista que somente a ele cabem os riscos do negócio e, por isso, precisa tomar as medidas necessárias para fazê-lo prosperar. Também não se ignora que a iniciativa privada é um dos grandes personagens responsáveis pelo progresso nacional, pois, ao gerar postos de trabalho, proporciona meio de subsistência ao indivíduo e sua família, por meio da remuneração da força de trabalho.

Todavia, assim como os demais direitos fundamentais, o desempenho da livre iniciativa não é absoluto e deve harmonizar-se com todo o sistema constitucional de valores, com especial observância do princípio da dignidade humana, já que seu exercício afeta pessoas, seja como trabalhadores ou consumidores. A autonomia privada permite o surgimento de um poder privado apto a causar prejuízos, mormente quando aplicado ilimitadamente no centro de uma relação travada entre sujeitos que não se encontram em equilíbrio de forças.

---

<sup>203</sup> GUEDES, Neviton. Princípio da Proibição de Insuficiência deve ser aplicado aos direitos sociais. **Revista Consultor Jurídico**, 15 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/constituicao-poder-proibicao-insuficiencia-aplicado-aos-direitos-sociais>> Acesso em: 17 jul. 2019.

Portanto, há necessidade de impor-se alguma limitação a esse exercício, a despeito da sua fundamentalidade. De acordo com Ernst-Wolfgang Böckenförde

[...] a moderna sociedade capitalista se assenta sob uma tríplice garantia jurídica: a igualdade formal, a liberdade de aquisição da propriedade e a garantia da propriedade adquirida. Esse modelo não assegura a liberdade real a todos, de modo que para que exista liberdade efetiva para todos, o Estado deve canalizar, delimitar a liberdade e o poder social, impedindo que os detentores do poder social se imponham sobre aqueles que não o detém (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 75)<sup>204</sup>.

No contexto deste estudo, por certo que a necessidade de motivação da despedida colide com o direito potestativo de dispensa do empregador, devendo a solução proceder-se conforme a colisão de direitos fundamentais, ou seja, com a prevalência circunstancial de um deles, mas com a indispensável preservação do seu núcleo essencial.

Nesse sentido, há de preponderar a proteção fundamental contra despedida arbitrária ou sem justa causa, em razão de alguns motivos. Em primeiro, porque seu exercício está diretamente relacionado ao princípio da dignidade humana, tendo em vista, como já mencionado neste estudo, que a remuneração proveniente da relação de emprego é o meio que proporciona a sobrevivência do trabalhador; sendo assim, sua preservação depende da manutenção da relação de emprego, o que obriga o Estado a conferir-lhe proteção especial. Ao contrário deste, a livre iniciativa, a despeito de sua importância para o desenvolvimento de todos, não possui a mesma íntima vinculação com a dignidade, pois a empresa não sofre malefícios tão danosos como o empregado. Caso o empregador sofra restrição no seu direito potestativo de dispensa e seja obrigado a justificar o ato demissório, isso não causará a extinção da empresa, mormente porque a dificuldade financeira é um dos motivos que tiram a arbitrariedade da dispensa.

Em segundo, porque a primazia da livre iniciativa, desvinculada da obrigação de motivação, aniquila por completo a proteção do inciso I, do art. 7º, da CF, pois, como salientado em momento anterior, a indenização compensatória não se comuta com a justificação da despedida, visto que não conduz à finalidade adequada; ou melhor, permitir-se que o empregador exerça a livre iniciativa, por meio do seu direito potestativo imotivadamente, ceifa o próprio núcleo essencial do direito fundamental à manutenção do posto de trabalho.

---

<sup>204</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. Juan Luis Pagés e Ignacio Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

Por fim, porque a prevalência do direito fundamental previsto no inciso I, do art. 7º, da CF, não extingue o núcleo essencial da livre iniciativa, tendo em vista que o direito potestativo é apenas uma de suas manifestações; assim a despeito de ser obrigado a motivar ato demissório, o empregador terá preservado seus outros poderes diretivos, mantendo-se a condução e existência da empresa. Cabe ressaltar, ainda, que havendo motivos justificados, poderá ser exercido o direito de despedida; não havendo, deve-se preservar a relação de emprego, o que não resultará na aniquilação da livre iniciativa.

Portanto, no que toca à submáxima da *proporcionalidade em sentido estrito*, verificar-se-á ocorrência de violação ao princípio da proibição de insuficiência se, em favor da livre iniciativa, não se der primazia ao direito fundamental contra despedida arbitrária ou sem justa causa.

Sendo assim, considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes nessa específica situação, é possível concluir, com base numa atuação ética do Estado-Juiz e da aplicação estruturada das submáximas do princípio da proibição de insuficiência, que a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa somente será suficientemente concretizada se forem impostas restrições ao direito de dispensa do empregador, como a obrigação de expor os motivos da dispensa e adoção de procedimento, interno ou externo, que confira oportunidade de exercício do contraditório e ampla defesa do empregado.

### **3.2 Análise de julgado**

Considerando a teoria exposta até aqui, pertinente apresentar alguns julgados que tenham aplicado o princípio da proibição de proteção insuficiente como instrumento de verificação da afronta à proibição de insuficiência.

Destaca-se que o deslocamento do princípio da jurisprudência alemã para a brasileira, mais especificamente no Supremo Tribunal Federal, foi realizado pela primeira vez pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário n. 418.376/MS, interposto em sede de ação penal pública, contra decisão de condenação por crime de estupro contra incapaz. A defesa requeria a extinção da punibilidade, com fundamento no art. 107, VII, Código Penal (posterior casamento entre autor e vítima) aplicado analogicamente *in bonan partem* à união estável, em razão da sua equiparação ao casamento para fim de

reconhecimento de unidade familiar (art. 206, §3º, CF). Naquele momento, após posicionamentos favoráveis à aplicação analógica e outros pela impossibilidade de dar-se validade à manifestação de vontade da vítima (então com 9 anos), o referido Ministro apresentou seu voto, no qual desenvolveu a tese da existência de deveres de proteção por parte do Estado:

[...] estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de **proteção deficiente** por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma **espécie de garantismo positivo**, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado), já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do **dever de proteção**, que se consubstancia naqueles caso em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.<sup>205</sup>

O Ministro afirma que, no caso, conceder à união estável os mesmos efeitos do casamento seria desvirtuar a finalidade da norma constitucional, a fim de beneficiar situação totalmente reprovada pela sociedade. Em seguida, cita doutrina nacional, na pessoa de Lenio Streck, que embasa seu entendimento e esclarece a vinculação do dever de proteção com a proteção insuficiente:

Nesse sentido, ensina o Professor Lenio Streck: ‘Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a **inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social**, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da **necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição**, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador’ (Streck, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, no 97, março/2005, p.180)<sup>206</sup>.

Ao final, declara expressamente a existência da proibição de proteção insuficiente como outra dimensão do princípio da proporcionalidade, ao lado e complementarmente à

<sup>205</sup> BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 418.376/MS. Tribunal Pleno. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em 09 fev. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>>. Acesso em: 17 jul. 2019. p. 7.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 7-8.

proibição de excesso, além de deixar clara a vinculação de todos os Poderes do Estado aos deveres de proteção:

Dessa forma, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há uma outra faceta desse princípio, a qual abrange uma série de situações, dentre as quais é possível destacar a dos presentes autos. Conferir à situação dos presentes autos o status de união estável, **equiparável a casamento, para fins de extinção da punibilidade** (nos termos do art. 107, VII, do Código Penal) **não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que toca à proibição de proteção insuficiente**. Isso porque todos os Poderes do Estado, dentre os quais evidentemente está o Poder Judiciário, estão vinculados e obrigados a proteger a dignidade das pessoas.<sup>207</sup>

Desde esse voto, muitos outros o seguiram, replicando sua fundamentação de proibição de proteção insuficiente como efetivação dos deveres de proteção, para casos envolvendo direitos fundamentais para além da esfera dos direitos fundamentais de primeira dimensão, em especial os sociais, ainda que não em grande número.

No tocante aos direitos fundamentais do trabalhador, encontram-se poucos julgados do STF relacionando-os ao dever de proteção e de sua violação por medidas marcadas por proteção insuficiente. Em um deles, citado abaixo, cuidou-se da proteção prevista no art. 7º, XVIII, da CF (“licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”) e da violação de proibição de insuficiência, na opinião do relator, praticada por ato legislativo ordinários e ato do Poder Executivo que, ao estabelecerem prorrogação de prazo de licença maternidade, para além do estipulado constitucionalmente, concederam períodos desiguais de acordo com a condição de filho biológico ou adotivo.

O Recurso Extraordinário 778.889, do Estado de Pernambuco<sup>208</sup>, é resultado de mandado de segurança impetrado originariamente em primeira instância, no qual uma servidora pública pleiteava a prorrogação de sua licença-adotante, em equiparação à extensão de prazo prevista somente às gestantes. Em fundamentação, alega que o art. 7º, XVIII, CF/88, estabelece apenas o prazo mínimo da licença (60 dias), e que a há vedação constitucional a tratamento discriminatório entre filhos naturais e adotivos (art. 227, parágrafo 6º, da CF). Alega, ainda, que o Decreto 6690/2008 e a Resolução 30/2008 do Conselho da Justiça Federal estabeleceram

---

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>208</sup> BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 778.889/PE. Tribunal Pleno. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado em 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338347>>. Acesso em: 17 ju. 2017.

tratamento discriminatório em ponto não autorizado pela Constituição e a Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008 (que instituiu a prorrogação da licença-maternidade).

Em síntese, portanto, a postulante defende que o prazo da licença maternidade e da sua prorrogação, conferido às gestantes no total de 180 dias, não pode ser superior ao prazo conferido às mães-adoptantes, independentemente da idade da criança adotada, sob pena de violação do direito dos filhos adotivos à isonomia de tratamento com os filhos naturais.<sup>209</sup>

Em primeira instância, a reclamante teve a segurança denegada, por haver o juízo entendido que os institutos da licença-maternidade e licença-adoptante cuidam de situações díspares que não merecem a mesma proteção jurídica.

(i) a licença-gestante, prevista na Constituição, e a licença-maternidade, normatizada pelo art. 210 da Lei no 8.112/1990, são institutos diversos; (ii) a licença-gestante visa a preservar o interesse de adaptação e o reforço do vínculo entre a criança e a mãe, mas nela predomina o propósito de preservar a saúde da genitora, que pode se afastar de suas funções antes do parto ou após o parto, para recuperar-se das alterações físicas e psíquicas decorrentes da gravidez; (iii) no caso de adoção, a mãe não passa por tais eventos, de modo que trata-se de situação substancialmente diversa, a justificar tratamento distinto.<sup>210</sup>

Em segundo grau, a sentença foi mantida, em fundamentação semelhante, entendendo-se pela não violação do princípio da isonomia, em especial porque a licença também por propósito resguardar a saúde da parturiente por questões fisiológicas que não acometem a adotante. A impetrante interpôs, então, recurso extraordinário, alegando violação ao art. 7º XVIII, c/c art. 39, §3º, CF e ao art. 227, §6º, o qual foi recebido com reconhecimento de Repercussão Geral

Tendo a Procuradoria Geral da República manifestado-se pela procedência, o recurso extraordinário foi provido a favor da equiparação dos prazos de licença-adoptante e gestante. No caso, foi reconhecida a violação à vedação de proteção deficiente (outra expressão para designar o princípio analisado neste estudo), por entender-se que as crianças adotadas constituem grupo vulnerável, que demandam esforço e atenção materna, e encontram-se em situação menos gravosa que os filhos naturais, não havendo motivos que justifiquem a diferenciação de prazo, assim como no caso de diferenciação de entre crianças adotadas em diferentes idades.

---

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 7.

EMENTA. DIREITO CONSTITUCIONAL. EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA-GESTANTE.

1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor.

2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. **Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos**, que se encontram em condição menos gravosa. **Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.**

3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. **Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.**[...] <sup>211</sup>  
(grifos nossos)

No que toca ao tema deste pesquisa, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso, na fundamentação de seu voto, reconheceu o princípio da proibição da proteção insuficiente (ainda que sob outra denominação) como uma dimensão do princípio da proporcionalidade (juntamente com a proibição de excesso), e procedeu, segundo o julgador, à sua aplicação como uma máxima de interpretação, por meio da qual buscou a solução mais adequada ao caso concreto. Ainda, tendo em vista que não há qualquer justificativa ou esforço argumentativo de incorporação, é possível concluir que o Relator, e o Tribunal como um todo, aceita essa vertente da máxima da proporcionalidade como um princípio geral do direito, aplicável diretamente no processo interpretativo do ordenamento jurídico brasileiro.

51. No âmbito dos **direitos sociais**, a tutela da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente é **empregada na definição da extensão das obrigações positivas que podem ser exigidas do Estado**, quando este **se abstém, total ou parcialmente, de adotar a promoção de direitos tutelados constitucionalmente**. O teste da proporcionalidade, neste contexto, sujeita-se aos mesmos subprincípios aplicáveis ao exame da proporcionalidade voltado à vedação de excesso. **Assim, diante de uma norma questionada por proteger de forma insuficiente um direito, deve-se indagar:** (i) se a proteção deficiente é adequada e/ou se a deficiência promove um fim constitucional legítimo; (ii) se é necessária, ou se havia medida mais eficiente sob o prisma do direito protegido deficientemente, que permitisse tutelar o direito a que ele se opõe na mesma medida; (iii) se é proporcional em sentido estrito a proteção deficiente porque os custos justificam os benefícios gerados.

52. Ora, não há dúvida de que a estipulação de uma licença maternidade menor para as servidoras, em caso de adoção (em contraste com a licença-gestante), e que o fato de tal prazo ser escalonado de forma inversamente proporcional à idade das crianças adotadas, **deixa de promover a adequada tutela do menor e, por outro lado, não promove qualquer interesse constitucional legítimo. Não atende, portanto, ao subprincípio da adequação**. É, na verdade, um equívoco decorrente de uma má-

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 1-2.

compreensão da realidade e das dificuldades enfrentadas nos processos de adoção<sup>212</sup>. (grifos nossos).

Há de notar que o Relator pretendeu desenvolver um raciocínio interpretativo-proporcional, orientando-se pelas submáximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, com o fim de verificar se, na relação entre meios e fins, houve infração à proibição de insuficiência.

55. Assim, só se pode concluir que o texto do art. 7º, XVIII da Constituição (c/c art. 227, §6º, CF), ao se valer da expressão “licença gestante”, produziu, inadvertidamente, um comando cujo teor literal foi subinclusivo. O exame dos demais dispositivos constitucionais já invocados confirma o entendimento – sistemático – de que o referido dispositivo, em verdade, assegurou a “licença maternidade” de 120 dias (tanto em caso de mãe gestante, quanto em caso de mãe adotante), **sem diferenciar entre filhos biológicos e filhos adotivos, quaisquer que sejam as idades destes últimos**. Por essa razão, são inválidas as normas infraconstitucionais que disponham em sentido contrário.

60. De fato, a licença maternidade tem por objetivo auxiliar a mulher a ultrapassar o período de adaptação e de transição em decorrência da chegada do novo filho e não deve ser desproporcional ao desafio por ela enfrentado, sob pena de não atender aos fins para os quais o benefício é previsto. O sucesso de tal adaptação depende da sua disponibilidade emocional. Assim, o art. 7º, XVIII da Constituição deve ser interpretado em consonância com os direitos à dignidade, à autonomia e à igualdade das mulheres, bem como tendo em vista o respeito à proporcionalidade, em sua vertente de vedação à proteção deficiente. Não há justificativa plausível para conferir uma licença de 120 dias, prorrogável por 60 dias, à mãe que gera seu próprio bebê e, ao mesmo tempo, conferir licença de apenas 30 dias, prorrogável por mais 15 dias, para a mãe que abraça o desafio de receber uma criança mais velha, com a qual precisará construir, pedra por pedra, uma relação de afeto desejada, mas temida.

Por fim, concluindo que não há motivo a justificar tratamento discriminatório entre mãe-gestante e mãe-adotante quanto ao prazo de licença maternidade garantido constitucionalmente, e que o prazo inferior concedido à adotante não é proporcionalmente adequado ao esforço despendido na adaptação da criança, violando a proibição de proteção insuficiente, o Relator determinou a realização de a releitura do art. 7º, XVIII, da CF, por meio de mutação constitucional<sup>213</sup>, para que o termo “gestante” passe a ser compreendido como “mãe” sem distinção entre filhos biológicos e adotados. Ademais, fundamentado nas mesmas razões de proteção insuficiente e inobservância de tratamento isonômico expostas acima,

<sup>212</sup> *Ibidem*, p. 36-37.

<sup>213</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional. *Op. cit.*, p. 148: “a mutação constitucional consiste em uma **alteração do significado de determinada norma da Constituição**, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, **sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto**. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, **uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo**. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, **deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade**, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.” (grifos nossos)

declarou a inconstitucionalidade do art. 210 da Lei n. 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF no 30/2008, tendo em vista que seus textos expressamente destinavam tratamento menos benéfico à adotante.

Há de citar, também, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3937/SP, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria, CNTI, em face da Lei 12.684/2007, editada pelo Estado de São Paulo, em que se proíbe a utilização de materiais que contenham qualquer tipo de amianto em sua composição. Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes pronunciou-se pela declaração de inconstitucionalidade incidental do art. 2º da Lei n. 9.055/1995, que permitia a extração de materiais tido por cancerígenos, em clara violação da proibição de proteção insuficiente praticada pelo art. 2º da Lei n. 9.055/1995:

Em apertada síntese, embora até pudesse ser considerada ainda constitucional no momento em que editada a Lei no 9.055/1995, não é mais razoável admitir, **(i) à luz do conhecimento científico acumulado sobre a extensão dos efeitos nocivos do amianto para a saúde e o meio ambiente e (ii) à evidência da ineficácia das medidas de controle nela contempladas**, a compatibilidade do seu **art. 2º** com a ordem constitucional de proteção à saúde e ao meio ambiente. Diante das determinações constitucionais direcionadas ao legislador, tenho por evidenciado que a tolerância ao uso do amianto crisotila, tal como positivada no art. 2º da Lei no 9.055/1995, não **protege adequada e suficientemente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente**, tampouco se alinha aos compromissos internacionais de caráter supralegal assumidos pelo Brasil e que moldaram o conteúdo desses direitos, especialmente as Convenções nos 139 e 162 da OIT e a Convenção de Basileia, sendo caso de **inconstitucionalidade por proteção insuficiente**, em face dos arts. 6º 7º, XXII, 196, e 225 da Constituição Federal.<sup>214</sup>

A despeito de nem sempre aplicarem a proibição de proteção insuficiente nos seus exatos termos, ou seja, como um instrumento de verificação do cumprimento dos deveres de proteção de modo suficiente, utilizando-o muitas vezes como um mandamento de otimização de direitos fundamentais, há ganho no resultado final de maximizar a efetividade dos direitos fundamentais.

A vista disso, percebe-se que a jurisprudência pátria tem evoluído no entendimento da obrigação estatal diante dos deveres de proteção portados pelos direitos fundamentais, incorrendo em violação da proibição de proteção insuficiente quando, na concretização daqueles, produz medida inadequada à salvaguarda do bem jurídico. É animador vislumbrar decisões, como essa última mencionada, em que a Corte, forte defensora do direito potestativo

---

<sup>214</sup> BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tribunal Pleno. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 24 ago 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>>. Acesso em: 17 jul. 2019. p. 27.

de dispensa do empregador, nesse caso, privilegiou o social sobre o capital, reconhecendo a vinculação, inclusive, dos particulares ao dever de proteção do meio ambiente e da saúde do trabalhador.



## CONCLUSÃO

Embora o debate sobre o direito à proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa não seja novo, sua importância permanece atual, especialmente pela, ainda, inércia do legislador ordinário em editar a norma regulamentadora desta garantia. E mais relevante torna-se diante da nova onda liberalizante da economia mundial, com especiais reflexos no Brasil, que tem influenciado a adoção de uma governança minimamente interventora na área econômica, a qual, por sua vez, reivindica a flexibilização de normas jurídicas tidas por excessivamente protetivas, como o direito do trabalho.

Nesse contexto, este trabalho procurou demonstrar que o exercício livre do direito potestativo de dispensa pelo empregador, desobrigado de expor as justificativas que o levaram a rescindir o contrato de trabalho, privando o empregado de seu trabalho, e conseqüentemente de sua subsistência, é ato grave e, por vezes, ilícito, devendo, por isso, ser limitado às hipóteses de justa causa e relacionadas a questões disciplinares, técnicas, econômicas e financeiras.

Verificou-se, ainda, que o direito contra despedida arbitrária ou sem justa causa possui *status* de direito fundamental, não somente pela posição que ocupa no texto constitucional (dentro do Título II, que cuida dos direitos e garantias fundamentais), mas, principalmente, pela relevância do bem jurídico protegido, o qual encontra fundamento na direto na dignidade da pessoa humana. Por conseqüência a ele é destinado o regime jurídico próprio dessa espécie de direito, garantindo-lhe aplicabilidade imediata, conforme art. 5º, parágrafo 1º, CF/88, independente da regulamentação por norma ordinária, além de poderem ser exigidos, inclusive, em face de particulares, como restou comprovado.

Firmou-se pela posição de que o direito pela manutenção do posto de emprego, pelo fato de ser fundamental, configura imperativo de tutela e demanda proteção do Estado contra ameaças ao seu exercício, ainda quando proveniente de terceiros. Contudo, essa proteção não pode ser concretizada discricionariamente, devendo provar-se adequada para os fins pretendidos, atendendo um padrão mínimo efetividade e satisfação.

Demonstrou-se, então, a existência de um critério de verificação do cumprimento dos deveres estatais de proteção aos direitos fundamentais, para aferir-se a medida adotada teria ultrapassado os limites de intervenção na esfera de liberdade do indivíduo – *Übermaßverbot* – ou se, por outro lado, a conduta do órgão restou aquém do nível mínimo de proteção constitucionalmente exigido, configurando uma proteção insuficiente - *Untermaßverbot*. Definiu-se, então, que a proibição de insuficiência configura o dever imposto ao Estado, e também aos sujeitos de direito privado, de possibilitar o adequado e suficiente exercício do direito fundamental pelo indivíduo.

Estabeleceu-se que, em razão de sua fundamentalidade, o direito contra despedida arbitrária ou sem justa causa poderia ser, imediatamente exercido, mesmo não explicitadas as definições de “dispensa arbitrária” e “sem justa causa”, seja na Constituição ou na lei complementar a ser editada, em razão de já existirem regras que completem essas lacunas conceituais, como a Convenção n. 158, da OIT e arts. 165 e 482, da CLT.

Apresentou-se a aplicação estruturada das três submáximas da proibição de insuficiência tendo por objeto a norma que, até então, regulamenta o direito contra despedida arbitrária ou sem justa causa, a fim de verificar-se se houve afronta à proibição de adoção de medidas insuficientes à proteção e exercício efetivo do direito.

Concluiu-se, por fim, que a previsão da indenização compensatória, pura e simplesmente, viola o princípio da proibição de proteção insuficiente, ao não proteger o trabalhador contra o exercício direito potestativo de dispensa do empregador, tendo em vista a facilidade de dispensa. Desse modo, a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa somente será suficientemente concretizada se forem impostas restrições ao direito de dispensa do empregador, como a obrigação de expor os motivos da dispensa e adoção de procedimento, interno ou externo, que confira oportunidade de exercício do contraditório e ampla defesa do empregado

## REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. 23 de maio de 1949. Tradução de Aachen Assis Mendonça. Revisão Jurídica de Bonn Urbano Carvelli. Berlin: Deutscher Bundestag (Parlamento Federal Alemão), 2011. Disponível em: < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> >. Acesso em 17 jul. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALMEIDA, Renato Rua de. A estabilidade no emprego num sistema de economia de mercado. In: **Revista LTr**, São Paulo, v. 63, n. 12, p. 1600-1604, dez. 1999.

ALMEIDA, Renato Rua de. O regime geral do Direito do Trabalho Contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa – Estudo comparado entre a legislação brasileira, e as legislações portuguesa, espanhola e francesa. In: **Revista LTr**. Legislação do Trabalho, ano 71, n. 3, mar. 2007, pp. 336-345.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A proteção internacional aos direitos humanos dos trabalhadores: A Declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1988. In: **Revista LTr**, São Paulo, v. 81, n. 7, p. 801-809, jul/2017.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3a ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARENDDT, Hannah. **O que é política?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. Ordem pública e tutela de emprego: as dispensas individuais no ordenamento brasileiro. Dispensa coletiva e por motivos censuráveis no ordenamento jurídico europeu. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 68, n. 3, p. 56-76, jul/dez. 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3a ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BAYLOS, Antonio; PÉREZ REY, Joaquin. **El despido o la violència del poder privado**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

BELMONTE, Alexandre Agra. **A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparação das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador**. São Paulo: LTR, 2013.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. Juan Luis Pagés e Ignacio Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. ADCT.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar 127, de 14 de julho de 2015. Dispõe sobre a proteção do emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Disponível em <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1361387&filename=PLP+127/201](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1361387&filename=PLP+127/201)>. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL. **Cadastro geral de empregados e desempregados**. Síntese do emprego formal, 2019. Disponível em: <<http://pdet.mte.gov.br/caged>> Acesso em: 17 jul. 2019.

BRASIL. Constituição Federal

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União de 09 ago. 1943**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)> Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Informativo do TST**. n. 34, 11 a 19 dez. 2012. Disponível em: <<http://tst.jus.br/documents/10157/1204330/Informativo+TST+n%C2%BA+034/2f190022-053c-4d49-a11c-b2f86e9e0c65>>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. Lei 9.029 de 13 abr. 1995. **Diário Oficial da União de 17 abr 1995**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19029.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm)> Acesso em: 24 jul. 2018.

CALLIESS, Christian. Die Grundrechtliche Schutzpflicht Im Mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis. In: **JuristenZeitung**, Tübingen, vol. 61, n. 7, 2006, pp. 321–330. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/20828198>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfsgnag Sarlet e Paulo Pinto Mota. 4 reimp. Coimbra: Almedina, 2016.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARDOSO, Jair Aparecido. **A estabilidade no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

CARTA dos direitos fundamentais da União Europeia. Estrasburgo, 12 dez. 2007. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN>> Acesso em: 14 jul. 2019.

CHIARELLI, Carlos Alberto. **Trabalho na Constituição**. Direito Individual. São Paulo: LTr, 1989.

CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**. Serie Justicia y derechos humanos. Miguel Carbonell: Quito, 2008, p. 125-174.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. **Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16a ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao Trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GIGLIO, Wagner. **Justa causa**. 3 ed. São Paulo: LTr, 1992.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A Constitucionalização do Direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 149-165.

GUEDES, Neviton. Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional. **Revista Consultor Jurídico**. 19 ago. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>>. Acesso em 25 jul. 2018.

GUEDES, Neviton. Princípio da Proibição de Insuficiência deve ser aplicado aos direitos sociais. **Revista Consultor Jurídico**, 15 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/constituicao-poder-proibicao-insuficiencia-aplicado-aos-direitos-sociais>> Acesso em: 17 jul. 2019.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBSBAWN, Eric J. A Revolução Francesa. **Coleção Leitura**. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

MACIEL, José Alberto Couto. **Garantia no emprego já em vigor**. São Paulo: LTr, 1994.

MAGANO, Octávio Bueno. Despedimento arbitrário. **In: Trabalho & Processo**. n. 1, jun. 1994. São Paulo. p. 54.

\_\_\_\_\_. Proteção da relação empregatícia. **In: Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo, ano 52, n. 11, p. 1310-1314, nov. 1998.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Convenção n. 158 da OIT e a perda do emprego. **In: Jornal Trabalhista Consulex**, Brasília, n. 1248, 17 nov. 2008.

MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva**. Da liberdade contratual à responsabilidade social. São Paulo: LTR, 2000.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARTINS, Leonardo (Org). **Cinquenta Anos da Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad. Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2006.

MARTINS, Marcos Madeira de Matos. **A empresa e o valor do trabalho humano**. São Paulo: Almedina, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26a ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do estado liberal ao estado democrático de direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **In: Revista de Informação Legislativa/Senado Federal**. Brasília, ano 51, n. 204, p. 269-285, out./dez. 2014. Disponível em <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril\\_v5\\_1\\_n204\\_p269.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v5_1_n204_p269.pdf)>. Acesso em: 09 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo**. 20 abr. 1948. Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/genericdocument/wcms\\_336957.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Convenção n. 158.** Disponível em <[http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS\\_236164/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236164/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. **Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho.** 19 jun. 1998. Disponível em: <[https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration\\_portuguese.pdf](https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Recomendação n. 166 sobre a término da relação de trabalho.** 22 jun. 1982 Disponível em: <[https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:R166](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R166)>. Acesso em: 17 jul. 2019.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI.** Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **A estabilidade do trabalhador na empresa.** 2a ed. São Paulo: Editora Científica, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência. In: **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional.** Madrid, n. 10, p. 303-354, 2006. Disponível em <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2151599.pdf>> Acesso em: 25 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição do excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: **Revista da Ajuris,** Porto Alegre, v.35, n. 109, mar. 2008, pp. 140-161.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 8a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica.** Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

SEVERO, Valdete Souto. **O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SEVERO, Valdete Souto; MAIOR, Jorge Luiz Souto. A garantia contra dispensa arbitrária como condição de eficácia da prescrição no curso da relação de emprego. In: **Revista Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**, Porto Alegre, v. 39, n. 38, p. 157–163, dez., 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário textual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 24a ed. São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 798, 2002, p. 23-50. Disponível em: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>> Acesso em: 02 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **A constitucionalização do direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 36, n. 103, set. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan-abr/2010. Disponível em: <[www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos)>. Acesso em: 17 jul. 2019.

STRECK, Maria Luiza Schafer. **O Direito Penal e o Princípio da Proibição de Proteção Deficiente: A face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. São Leopoldo, 2008. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp082713.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2019.

SUSSEKIND, Arnaldo; LACERDA, Dorval de; VIANA, José de Segadas. **Direito Brasileiro do Trabalho**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário. O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 5.

VALVERDE, Antonio Martín. Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978. In: **Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución**. Espanha, p. 185-204, 1980. Disponível em <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2013323>>. Acesso em: 10 jul. 2019.