

HERMENÊUTICA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À DISPENSA ARBITRÁRIA

DANIEL TEIXEIRA SILVA¹

RESUMO

O presente artigo, que se situa no âmbito da Teoria da Constituição e do Direito do Trabalho, busca analisar, de forma crítica, como têm sido delineadas as relações de trabalho no Brasil. Será debatida a colisão entre estabilidade no emprego e flexibilidade patronal para despedir, entre mecanismos protecionistas e a ampla liberdade contratual do empregador, através de uma interpretação da Constituição de 1988. Por fim, buscar-se-á demonstrar que a vedação à dispensa arbitrária configura-se como um princípio constitucional com aplicabilidade imediata.

Palavras-chave: Constitucionalismo brasileiro. Direitos fundamentais. Dispensa arbitrária.

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Professor de Direito do Trabalho no curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Extrema (FAEX). Advogado.

CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS AND THE PRINCIPLE OF PROHIBITION OF ARBITRARY DISMISSAL

ABSTRACT

This paper, which is located between Constitutional Theory and Labour Law, seeks to analyze, in a critical way, how labor relations have been outlined in Brazil. It will discuss the collision between job security and the flexibility of the employer to lay off employees, between protectionist mechanisms and the broad contractual freedom of the employer, through an interpretation of the 1988 Constitution. Finally, it will seek to demonstrate that the prohibition of arbitrary dismissal is a constitutional principle with immediate applicability.

Key words: Brazilian Constitutionalism. Fundamental rights. Arbitrary dismissal.

INTRODUÇÃO

Sob uma forma dinâmica e através de seus personagens, o Direito do Trabalho sempre se mostrou engajado nas mudanças que a ordem sócio-econômica exigia. Tenta harmonizar, de um lado, as empresas, que buscam satisfazer suas pretensões econômicas e maximizarem seus lucros e, de outro, os trabalhadores, que procuram garantir os direitos conquistados e expandi-los.

Certo é que a Constituição da República de 1988 trouxe em seu bojo uma série de direitos fundamentais, incluindo-se direitos relativos à temática do trabalho. Especificamente quanto ao tema, o artigo 7º, I, da Constituição da República de 1988 traz a proteção contra as despedidas arbitrárias ou sem justa causa, muito embora o texto preveja a regulamentação por lei complementar. Apesar disso, o direito laboral brasileiro ainda abriga o direito potestativo do empregador de rescisão contratual.

Deste modo, cada vez mais as relações de trabalho vêm sendo caracterizadas pelo elevado índice de rotatividade no emprego e por uma conseqüente precarização.

Assim, pretende-se, neste trabalho, analisar a vedação à dispensa arbitrária do empregado como um princípio constitucional que possui aplicação imediata, ou seja, não condicionada a qualquer tipo de regulamentação, visando a uma análise crítica e contributiva para o atual cenário, em especial, do Direito do Trabalho.

1 DISPENSA INDIVIDUAL E O DIREITO POTESTATIVO DO EMPREGADOR

Inicia-se com uma indagação, embora já se alerte que não é possível uma resposta categórica: “[q]ue parte o costume, a tradição e a experiência histórica específica de uma país desempenham em seus movimentos políticos”¹ ? Em relação ao movimento trabalhista, tal questionamento tem pertinência para a verificação das atuais condições e características das relações de trabalho no Brasil.

¹ HOBBSAWM, Eric J. *Os trabalhadores: estudos sobre a história do operariado*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 429.

Para tanto e de fato iniciando o tema, é necessário rever, ainda que de forma passageira, o que faz com que determinado direito adquira a característica ou nomenclatura de direito potestativo. Um direito pode ser definido como tal quando, por sua natureza, não se dirige a perseguir uma obrigação, mas se relacionar apenas com a vontade de uma das partes. É potestativo quando o direito em enfoque é exercido unilateralmente, sujeitando-se ao mero arbítrio de uma parte e sem qualquer manifestação de vontade da outra.

A seguir, passa-se a tratar da questão do direito potestativo em relação ao direito do trabalho e, especialmente, no que se refere à faculdade do empregador de promover a demissão sem justo motivo de seus funcionários.

1.1 A necessária relativização conceitual no âmbito trabalhista

O art. 122 do Código Civil¹ veda qualquer condição que sujeite o negócio jurídico ao arbítrio de uma das partes.

Entretanto, tem prevalecido no Brasil a ampla possibilidade jurídica da simples ruptura do contrato de trabalho por ato estritamente arbitrário do empregador². Tem este a possibilidade de promover a chamada denúncia vazia do contrato, ou seja, o detentor do capital possui a faculdade de despedir seus funcionários, a qualquer tempo, sem a existência de qualquer fator que seja tido como relevante.

É possível afirmar que o direito potestativo é o ponto máximo de afirmação da centralidade do indivíduo na ordem jurídica. Efetivamente, ele constitui aquela prerrogativa ou vantagem que se exerce e se afirma independentemente da vontade dos que não de suportar suas consequências jurídicas.

Contudo, uma primeira ponderação faz-se necessária: se no próprio Direito Civil há a vedação ao direito potestativo, este não pode prevalecer no Direito do Trabalho, que é formado por normas de ordem pública e que reconhece, há muito

¹ Art. 122 – São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

² ALMEIDA, Renato R. Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa? *Revista LTr* 73-04/391. São Paulo: LTr, abr. 2009. p. 391.

tempo, que há uma desigualdade entre as partes do contrato, quais sejam, empregador e empregado.

Após a Primeira Guerra Mundial surgiu uma nova concepção de igualdade e liberdade, que resultou em outro tipo de constitucionalismo. Conseqüentemente, novos direitos fundamentais apareceram.

Igualdade e liberdade requerem agora materialização tendencial: não mais podemos nelas pensar sem considerar as diferenças, por exemplo, entre o proprietário dos meios de produção e o proprietário apenas de sua força de trabalho, o que passa a requerer a redução do Direito Civil, com a emancipação do Direito do Trabalho, da previdência social e mesmo a proteção civil do inquilino. Enfim, o lado mais fraco das várias relações deverá ser protegido pelo ordenamento e, claro, por um ordenamento de *leis claras e distintas*.³

Evidente que a Constituição da República de 1988 garante a livre iniciativa e a liberdade de empresa⁴ e que o empregador tem o poder de gerir o próprio negócio, todavia não pode o empresário praticar dispensas por mera vontade, ferindo a condição social do trabalhador e o próprio interesse público.

Há que se ter em mente que a ordem constitucional valoriza acentuadamente o trabalho em diversos dispositivos.

Deste modo, como compatibilizar as determinações da Constituição se, na ordem infraconstitucional, é mantida a rescisão contratual unilateral como mero direito potestativo do empregador? Há, sem dúvida, neste aspecto, um claro descompasso da ordem jurídico-trabalhista infraconstitucional com princípios e regras inseridos na Constituição da República, de maneira reiterada e enfática.

Destarte, o direito potestativo de terminação do pacto laboral deve ser relativizado.

³ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Imprensa Universitária da UFMG, n. 88, p. 81-106, dez. 2003.

⁴ Vide art. 170, caput e parágrafo único, da Constituição da República.

1.2 Limitações ao direito potestativo

Ultrapassado este limiar, necessário apontar que o exercício do direito potestativo, nas relações jurídicas que o prevêm, encontra seus limites, naturalmente, na noção do abuso de direito e no princípio da boa fé.

A teoria do abuso de direito encerra a idéia que o exercício de um direito subjetivo é considerado ilícito quando não tiver outro objetivo senão o de trazer prejuízo a outrem e mesmo quando exercido de forma imoral.

Com relação ao princípio da boa fé, sempre que exista entre pessoas determinadas um nexó jurídico, estas estão obrigadas a não fraudar a confiança natural do outro.

Ademais, o art. 187 do CC¹ preceitua que o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, comete ato ilícito. E, ainda, no artigo 422², este mesmo diploma traz que a boa-fé deve estar presente na formação, na execução e na extinção do contrato.

Por incidir em todo e qualquer ato ou negócio jurídico, a cláusula geral de boa-fé acresce a estes últimos e às normas de direito positivo que os regem, deveres adicionais de comportamento voltados para a observância dos fins econômicos e sociais subjacentes ao objeto a ser pactuado pelas partes, limitando, por essa razão, a autonomia privada em nome daqueles objetivos.

Vê-se, então, que o ordenamento jurídico possui fundamentos que protegem as relações jurídicas das condições potestativas.

Seguindo esta linha é que a Constituição da República de 1988 traz a proteção ao trabalhador contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

¹ Art. 187 – Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

² Art. 422 – Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

2 DIREITOS HUMANOS, HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E A PROTEÇÃO AO TRABALHO

Passando ao largo da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho e sem esbarrar na discussão acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1625¹, que há muito aguarda a decisão do Supremo Tribunal Federal, há como se coibir as dispensas arbitrárias através de preceitos previstos na Constituição da República de 1988.

A fim de que não reste perdida a oportunidade, “[é] de se realçar a importância e o alcance desse julgamento do STF para a proteção dos direitos humanos no Brasil”².

Para este cenário de proteção dos trabalhadores contra a despedida arbitrária, adquire especial importância a hermenêutica.

O Direito, ou qualquer outro objeto cultural, sem a abordagem do intérprete, isto é, sem o sendo da interpretação, é paralisia, é estagnação. [...] Outra interpretação que se faça, do mesmo objeto cultural – inclusive a interpretação de interpretação anteriormente feita – é sempre nova apreensão de sentido, é sempre uma nova interpretação, que pode até coincidir com o sentido antes captado, mas não necessariamente, pois o processo espiritual é novo.³

É inegável que o direito do trabalho está inserido na categoria dos direitos humanos. A própria história do direito do trabalho leva-nos a este reconhecimento. Aliás, não foi à toa que foram fixados na parte XIII do Tratado de Versalhes⁴, os principais aspectos que deveriam ser alvo de regulação pelos países signatários, dentre os quais se situava o Brasil: a) direito de associação; b) salário digno; c) limitação do trabalho, em oito horas diárias e 44 semanais; d) descanso semanal remunerado; e)

¹ Aprovada em 23 de novembro de 1985 na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho da OIT, a Convenção 158 trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, protegendo os trabalhadores contra a despedida arbitrária. A ADI 1625 discute a (in)constitucionalidade do Decreto 2.100/96, que promoveu a denúncia da Convenção 158 da OIT e a expurgou do ordenamento nacional.

² BORGES, Daniel Damásio. O direito ao trabalho – Reflexões em torno da superação de uma clássica distinção entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Líliliana Lyra. (Orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 590.

³ FALCÃO, Raimundo. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 147.

⁴ Tratado de paz celebrado pelas potências europeias, assinado em 28 de junho de 1919, encerrando oficialmente a Primeira Guerra Mundial.

eliminação do trabalho da criança; f) não-discriminação, apoiando-se no princípio fundamental de que o trabalho não deve ser considerado como simples mercadoria ou artigo de comércio.

Ademais, podem ser encontradas em inúmeros tratados e declarações internacionais de direitos humanos, normas de proteção do trabalho, a começar pela própria Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Portanto, sob o prisma internacional, o direito trabalhista é, sem qualquer sombra de dúvida, uma face importante dos direitos humanos, inclusive até mais visível em sua aplicação, e mesmo o direito interno percebeu e adotou esta postura. A Constituição nacional, em seu artigo 4º, inciso II⁵, estabeleceu que a República Federativa do Brasil, nas relações internacionais, rege-se, dentre outros princípios, pela noção de prevalência dos direitos humanos.

Outro ponto que merece especial relevo é o processo de constitucionalização do Direito do Trabalho, que se iniciou no Brasil com a Constituição de 1934, seguindo a mesma tendência mundial.

Todas as Constituições posteriores mantiveram este processo, mesmo aquelas de natureza totalitária (1937, 1967, 1969). Contudo, tal tendência adquiriu novo *status* apenas com a Constituição da República de 1988. É que esta, em inúmeros de seus preceitos e, até mesmo, na disposição topográfica de suas normas, que se iniciam pela pessoa humana, ao invés do Estado, firmou princípios basilares para a ordem jurídica, o Estado e a sociedade – grande parte desses princípios elevando ao ápice o trabalho, tal como a matriz do pós-guerra europeu.

A ordem econômica foi balizada em nossa última Constituição através de uma série de princípios⁶. Por essa técnica legislativa, caracterizada pela maior fluidez dos enunciados, envolve os aspectos mais relevantes que pretende regular, *in verbis*:

⁵ Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - prevalência dos direitos humanos;

⁶ Já houve vários debates sobre a natureza jurídica dos princípios, os constitucionais sobremaneira. As lições de Rosendal cristalizam o sentido atualmente admitido. “Os princípios não são apenas a lei, mas o próprio direito em toda sua extensão e abrangência. Da positividade dos textos constitucionais alcançam a esfera decisória dos arestos, constituindo uma jurisprudência de valores que domina o

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.⁷

Deve ser frisado que a ordem econômica fixa apoio em dois principais aspectos: a *valorização do trabalho humano* e a *livre iniciativa*, outrossim todos os princípios elencados nos incisos deverão ser interpretados de modo a dar cumprimento àquele objetivo de *garantir a todos os indivíduos uma existência digna, conforme os preceitos da justiça social*.

Foi feita a opção pelo sistema capitalista⁸, sem resvalar, no entanto, para um liberalismo desregrado. Assim, o Estado brasileiro pode intervir na economia, direta ou indiretamente, mas somente para preservar a segurança e o interesse coletivo.

Como já afirmado, a atual Constituição enfatiza, repetidamente, a valorização do trabalho.

Logo em seu preâmbulo, a Constituição anuncia valores supremos necessários à construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos no Estado Democrático de Direito.

constitucionalismo contemporâneo, a ponto de fundamentar uma nova hermenêutica nos tribunais.” ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45-46.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 2011.

⁸ Tal como identifica José Afonso da Silva, “a Constituição agasalha, basicamente, uma opção capitalista, na medida em que assenta a ordem econômica na livre iniciativa e nos princípios da propriedade privada e da livre concorrência (art. 170, *caput* e incs. II e IV).” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 731.

No Título I - Dos Princípios Fundamentais, a Constituição elege, já no art. 1º, como fundamentos da República Federativa do Brasil, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. No art. 3º, que traz os objetivos fundamentais, determina, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem qualquer discriminação.

O art. 6º⁹, ao seu turno, preceitua que o trabalho é considerado um direito social. Os artigos 7º e 8º trazem inúmeras normas trabalhistas e, assim como o artigo 6º, estão inseridos no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Já foi demonstrada a relevância do art. 170, que se refere aos princípios gerais da atividade econômica, mas cabe destacar a necessária observância do princípio da busca do pleno emprego previsto no inciso VIII¹⁰.

Finalmente, ainda há a afirmação, no art. 193¹¹, de ser o primado do trabalho a base da ordem social, que visa ao bem-estar e à justiça social.

O exame destes preceitos constitucionais induz à conclusão de que a Constituição, mesmo adotando uma economia capitalista, não deixou de propiciar condições que garantam aos indivíduos o trabalho digno.

Portanto, a dispensa arbitrária configura, sem dúvida, frontal agressão aos princípios e regras constitucionais valorizadores do trabalho, do *bem estar*, da *segurança* e da *justiça social* na vida socioeconômica, além dos dispositivos constitucionais que *subordinam o exercício da livre iniciativa e da propriedade privada à sua função social* (por exemplo, Preâmbulo Constitucional e diversos artigos da Carta Magna: art. 1º, IV; art. 3º, I, III e IV; art. 5º, XXII e XXIII; art. 7º, I; art. 170, *caput* e incisos II, III, IV, VII, VIII e IX; art. 193).

⁹ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁰ 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:

VIII - busca do pleno emprego;

¹¹ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Dessa forma, a Constituição protege a atividade empresarial, assegura a ela a livre iniciativa, a propriedade privada, mas, por meio desta, deve-se propiciar que os indivíduos possam trabalhar, de forma a obter os recursos necessários à sua sobrevivência em condições dignas, pois somente assim poderá realizar-se a justiça social. É essa harmonização buscada pelos preceitos constitucionais, que explica a enunciação conjunta de princípios e objetivos aparentemente contraditórios. Pretende-se, portanto, a conciliação dos interesses dos trabalhadores e das empresas, do capital e do trabalho, em verdadeira síntese dessa relação dialética, de constante oposição.

3 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À DISPENSA ARBITRÁRIA

No Brasil não é feita uma distinção entre despedida arbitrária ou sem justa causa, nem entre dispensa individual ou coletiva, podendo, então, o empregador dispensar o empregado sem qualquer motivo, inexistindo a garantia dos empregos.¹

Todavia, o art. 7º, inciso I, da Constituição da República² deixa estampada a vedação às dispensas arbitrárias ou sem justa causa. Ocorre que tal disposição remete toda a disciplina para a legislação complementar.

É evidente que desta previsão constitucional não se pode entender que a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica. O preceito trata-se de uma garantia constitucional dos trabalhadores e não suscita qualquer dúvida de que existe a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Está-se, diante, inegavelmente, de uma norma de eficácia plena, sendo que a complementação necessária que surgirá com a edição de lei complementar diz respeito aos efeitos do descumprimento da garantia constitucional.

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Crise econômica, despedimentos e alternativas para a manutenção dos empregos. *Revista LTr* 73-01/7-16. São Paulo: LTr, 2009. p. 9.

² 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;

Enquanto não editada a lei complementar, da leitura do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)³ e do art. 18, § 1º, da Lei 8.036/90⁴ (lei que alterou completamente a Lei nº 5.107/66 – fundo de garantia por tempo de serviço), nota-se que a garantia de emprego do trabalhador limita-se a uma indenização equivalente a 40% dos depósitos efetuados na conta vinculada do FGTS.

Os anais da Assembléia Nacional Constituinte demonstram que o texto da atual Constituição foi objeto de ampla negociação, e resultou de compromissos que envolveram múltiplas concepções de parlamentares dos mais variados segmentos. De um lado, os representantes da classe empresarial cederam ao admitir o pagamento de uma indenização compensatória como limite ao poder de dispensa; de outro, os representantes dos interesses dos trabalhadores renunciaram ao princípio da estabilidade⁵.

Há de se reconhecer que, ao proibir a dispensa arbitrária, a Constituição brasileira acabou por criar uma espécie diferenciada de dispensa. A literalidade do texto conduz a este raciocínio. Então, é necessário levantar o debate sobre tal distinção.

Sob pena de ser considerada arbitrária, a dispensa que não for fundada em justa causa (art. 482 da CLT), necessariamente, terá que ser fundada em algum motivo. E é esta dispensa que possui a indenização prevista no art. 10, I, do ADCT.

A dispensa considerada arbitrária, proibida pela Constituição, não dá margem à indenização em questão, mas à restituição das coisas ao estado anterior, ou seja, autoriza a reintegração do trabalhador ao emprego, ou, não sendo isto possível ou recomendável, converte-se em uma indenização compensatória, que não se confunde, de modo algum, com a indenização prevista no art. 10, I, do ADCT.

³ Art. 10 - Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966.

⁴ Art. 18 - Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a depositar na conta vinculada do trabalhador no FGTS os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais.

§ 1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta 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.

⁵ MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 297.

Neste passo, a dispensa arbitrária pode ser entendida como aquela fruto de perseguição contra o empregado em pleno momento de expansão da empresa, ou seja, é uma dispensa movida pelo bel-prazer do empregador. De outro lado, considera-se como sem justa causa, a dispensa que, apesar de não estar ligada a nenhum ato faltoso do empregado, encontra motivação em assuntos como a crise financeira aguda, problemas internos da empresa ou o aparecimento de inovações tecnológicas que impliquem em supressão de postos de trabalho.

O conceito de dispensa arbitrária pode ser encontrado no art. 165 da CLT⁶. Seria aquela que não se funde em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

De modo sintético, pode-se dizer que a dispensa arbitrária envolve razões de natureza subjetiva, enquanto a dispensa sem justa causa tem caráter objetivo, sendo, evidentemente, mais fácil de prever e de negociar esse segundo tipo do que aquele primeiro.

Então, aplicados os preceitos legais, passam a existir, sob o âmbito individual, quatro modalidades de dispensa: a) dispensa imotivada (dispensa arbitrária); b) dispensa motivada (porém, sem justa causa); c) dispensa com justa causa (art. 482 da CLT); d) dispensa discriminatória (prevista na Lei n. 9.029/95).

Pode-se afirmar que a dispensa imotivada equipara-se à dispensa arbitrária e é proibida constitucionalmente. A dispensa motivada (ou sem justa causa), por sua vez, dá ensejo ao recebimento pelo empregado de uma indenização equivalente a 40% sobre o FGTS. A dispensa com justa causa, devidamente comprovada, nos termos do art. 482, da CLT, provoca a cessação do vínculo sem direito a indenização. Finalmente, a dispensa discriminatória vem expressa quanto à definição e aos seus efeitos na Lei nº. 9.029/95, dando ensejo à reintegração ou indenização compensatória.

⁶ 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.

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

A dispensa que não for por justa causa ou não se embasar em motivo suficiente, como dito, considerar-se-á arbitrária e, assim, não está autorizada ao empregador.

Quanto aos efeitos não se pode entender que à dispensa arbitrária aplica-se a indenização de 40% do FGTS, pois isto equivaleria a dizer que dispensa sem justa causa e dispensa arbitrária são a mesma coisa, e, evidentemente, não são. A dispensa sem justa causa não tem base em uma causa considerada "justa" pela lei (art. 482, CLT), mas deve possuir uma causa (um motivo), sob pena de ser considerada arbitrária.

Posto isso, o que não se pode admitir é que a inércia do legislador infraconstitucional, algo freqüente, diga-se por oportuno, negue efeitos concretos a um preceito expresso na Constituição.

É plenamente possível afirmar que a vedação à dispensa arbitrária configura-se como verdadeiro princípio constitucional.

E que fique claro que não se trata aqui da defesa de um princípio sem lastro ou fundamentação, ou seja, uma adesão ao "panprincipiologismo". Lenio Streck argumenta sobre esta atual tendência, caracterizada pelo uso indiscriminado dos princípios, inclusive elevando a essa categoria alguns valores ou aspectos de outros princípios já existentes. Nesse sentido, o referido jurista vê com perplexidade a criação de princípios que não possuem qualquer dimensão normativa.

Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de "panprincipiologismo", caminho perigoso para um retorno à "completude" que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na "ausência" de "leis apropriadas" (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete "deve" lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um "princípio" aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo.⁷

7 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 493.

Deve-se ter em mente que “(...) a atual doutrina do Direito é unânime em requerer que o Direito em geral e, em especial, o Direito Constitucional sejam uma efetividade viva, ou seja, que se traduzem na vivência cotidiana de todos nós”⁸ .

Portanto, o pretense direito potestativo de rescisão contratual não pode ser utilizado pelo empregador para simplesmente diminuir a condição social do trabalhador, ao contrário do que preceitua todo o aparato constitucional, já que o ordenamento jurídico possui todos os instrumentos para que se coíba com eficácia a dispensa arbitrária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se demonstrar neste trabalho que a responsabilidade social, decorrente da dispensa, deve suplantar a liberdade contratual do empregador de romper o vínculo trabalhista.

Para isso, é forçoso diferenciar os conceitos trazidos pelo inciso I, do art. 7º da Constituição da República, ou seja, dispensa arbitrária e dispensa sem justa causa.

A Constituição brasileira de 1988, ao garantir a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, introduziu limites à atitude do empregador, sujeitando a ruptura do contrato de trabalho a uma causa, tentando extinguir o sistema de ruptura contratual sem motivo.

Realizar a diferenciação destes conceitos auxiliaria as próprias empresas, isto porque, quando em crise, não seria ainda mais sacrificada devendo pagar uma indenização aos trabalhadores igual àquela que pagaria caso dispensasse arbitrariamente. Em contrapartida, o empregado dispensado arbitrariamente receberia sempre indenização mais expressiva quando não fosse possível sua reintegração ao posto de trabalho.

Faz-se necessário modernizar o regime das dispensas e as relações de trabalho no Brasil, inibindo a prática das dispensas *ad nutum*, pois não se pode

8 NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 40.

simplesmente valorizar a coisa, ou seja, o capital, em prejuízo da pessoa do trabalhador, sob pena da manutenção dos ares de continuísmo e estagnação do ordenamento.

Não se pode vislumbrar que a liberdade para dispensar signifique uma necessidade irremediável para o processo de modernização do sistema econômico. Até mesmo porque o ideal é promover o desenvolvimento do país e não uma simples modernização, já que o primeiro é conceito mais amplo e implica em transformação nas estruturas econômicas e sociais, contribuindo para a melhoria da condição de vida da maioria da população.

O Estado não vacila em proteger empresas que enfrentam dificuldades por elas mesmas criadas, ao exercerem atividades mal planejadas. Por que não há de proteger também o trabalho humano? Se não interessam para o país empresas ineptas e deficitárias economicamente, de igual maneira, também não interessa uma legião de empregados dispensados, vivendo provisoriamente à custa de seguro-desemprego.

Devem-se evitar estes dois males. É preciso que haja sempre a composição e num momento de crise os ônus devem ser distribuídos entre as duas partes do contrato de trabalho.

O rejuvenescimento necessário ao regramento das relações trabalhistas, a ampliação da cidadania do trabalhador, a noção de responsabilidade social do empregador, podem surgir, ao menos em parte, com o processo de constitucionalização do Direito do Trabalho. A CLT cederia lugar à Constituição. Esta, e não mais aquela, ocuparia o coração do direito do trabalho, servindo de argumento recorrente e trazendo a palavra final sobre qual a melhor solução para as questões práticas que se avolumam no dia-a-dia da Justiça do Trabalho.

Há que ocorrer uma reflexão não só sobre a promoção de medidas que promovam o emprego, mas sobre a condição de cidadania dos trabalhadores enquanto titulares de direitos e pessoas dependentes da alienação de sua força de trabalho para ter acesso às condições de produção e desenvolvimento da própria vida.

Deixam-se, então, para uma conclusão, estes versos de Chico Buarque.

Vai trabalhar, vagabundo / Vai trabalhar, criatura / Deus permite a todo mundo /
Uma loucura / Passa o domingo em família / Segunda-feira beleza / Embarca
com alegria / Na correnteza / Prepara o teu documento / Carimba o teu coração
/ Não perde nem um momento / Perde a razão / Pode esquecer a mulata / Pode
esquecer o bilhar / Pode apertar a gravata / Vai te enforcar / Vai te entregar /
Vai te estragar / Vai trabalhar¹

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Rua de. Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa? **Revista LTr** 73-04/391. São Paulo: LTr, abr. 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BORGES, Daniel Damásio. O direito ao trabalho – Reflexões em torno da superação de uma clássica distinção entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (Orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 579-599.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 2011.

FALCÃO, Raimundo. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1990.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 12ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

HOBSBAWM, Eric J. **Os trabalhadores: estudos sobre a história do operariado**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social**. São Paulo: LTr, 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹ Chico Buarque de Holanda. Vai trabalhar, vagabundo. 1973.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, Imprensa Universitária da UFMG, n. 88, p. 81-106, dez. 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade**. São Paulo: LTr, 2004.