

O SOFISMA DO ACESSO À JUSTIÇA PARA O EMPREGADO

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Acesso à Justiça. - 3. O problema do acesso à justiça para o empregado. - 4. Uma luz processual no fim do túnel. - 5. Conclusões. - 6. Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo elaborar o exame do acesso à justiça ao empregado, elaborando uma compilação de aspectos doutrinários sobre o tema, e, ao final, concluindo que os empregados com vínculo contemporâneo de trabalho não possuem acesso amplo à justiça.

PALAVRAS CHAVE: Acesso à justiça. Empregado. Substituição Processual.

ABSTRACT: This article objectifies to make an exam of justice access to the employee, elaborating a compilation of doctrinaire aspects about de theme.

KEYWORDS: Justice acess. Employee. Processual substitution.

**SILVIA ISABELLE RIBEIRO
TEIXEIRA DO VALE,**
Juíza do Trabalho Substituta
do TRT da 5ª Região e
Mestranda em Direito Privado
pela Universidade Federal da
Bahia.

1. Introdução

Já passados vinte e quatro anos do advento da Constituição da República Federativa do Brasil, o seu artigo 7º, inciso I ainda padece de regulamentação, nada obstante já tenha sido ratificada e posteriormente denunciada a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Com o presente artigo, almeja-se analisar como a anomia¹ e a inércia do Legislador Federal têm contribuído para a exclusão social do trabalhador, que sequer possui meios para exercitar uma das grandes garantias fundamentais, que é o acesso ao Poder Judiciário de forma livre, sendo certo que a Justiça do Trabalho é ramo do Poder Judiciário flagrante e majoritariamente frequentado por excluídos, ou seja, os trabalhadores com vínculo de emprego já dissolvidos.

2. Acesso à Justiça

O princípio do acesso amplo ao Poder Judiciário, igualmente conhecido como princípio da inafastabilidade da Jurisdição, foi contemplado no Ordenamento Jurídico pátrio, com a Constituição Federal de 1946², cuja redação do artigo 141, parágrafo 4º, estatua que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário, qualquer lesão ou ameaça a direito individual”.

A Carta Política vigente, por seu turno, prevê em seu artigo 5º, XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ensina-nos Carlos Henrique Bezerra Leite: o termo ‘acesso à Justiça’ é concebido como sinônimo de justiça social, isto é, corresponde à própria concretização do ideal universal de justiça. Atribui-se ao Papa Pio XI a utilização primeira da expressão ‘justiça social’ como a ideia de que todo ser humano tem direito a sua parte nos bens materiais existentes e produzidos, e que sua repetição deve ser pautada pelas normas do bem comum, uma vez que a realidade estava a demonstrar que as riquezas eram inconvenientemente repartidas, pois um pequeno número de ricos concentravam os bens diante de uma multidão de miseráveis.³

No *sentido restrito*, a expressão é utilizada no aspecto dogmático de acesso à tutela jurisdicional, isto é, uma garantia para que todos tenham direito de ajuizar ação perante o Poder Judiciário. Sob esse prisma, o acesso à justiça insere-se no universo formalístico e específico do processo, como instrumento de composição de litígios pela via judicial. [...] No *sentido integral*, o acesso à justiça assume caráter mais consentâneo, não apenas com a teoria dos direitos fundamentais, mas, também, com os escopos jurídicos, políticos e sociais do processo.

Anotam Mauro Cappelletti e Bryant Garth que a expressão ‘acesso à justiça’ serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. [...] uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.⁴

1. Este termo foi cunhado por Émile Durkheim em seu livro O Suicídio. Durkheim emprega este termo para mostrar que algo na sociedade não funciona de forma harmônica. Algo desse corpo está funcionando de forma patológica ou “anomicamente.” Em seu famoso estudo sobre o suicídio, Durkheim mostra que os fatores sociais - especialmente da sociedade moderna - exercem profunda influência sobre a vida dos indivíduos com comportamento suicida.

2. CAMPANHOLE, Adriano. Todas as Constituições do Brasil. 1971, p. 207.

3. Ação Civil Pública, na perspectiva dos Direitos Humanos, 2008, p. 80-81.

4. Acesso à Justiça, 2002, p. 8.

Sabe-se que há muito o Estado houve por bem proibir a vingança privada e em contrapartida, visando à paz social, forneceu meios de composição do litígio, tais como a autocomposição, a arbitragem, a negociação, a mediação e, o meio estatal de resolução de conflitos por excelência, a via judicial. Em atenção ao princípio isonômico, o Estado também contemplou o princípio do acesso amplo à Justiça, sendo este compreendido não tão somente como a segurança de se recorrer ao Poder Judiciário, mas algo que vai além do mero aspecto formal, como exemplificativamente, o acesso às normas ou informações necessárias para o real exercício do direito, a igualdade material de paridade de armas processuais, sempre observando a distribuição equânime do tempo do processo. É o que se convencionou chamar de acesso à ordem jurídica justa.⁵

Discorrendo sobre o tema, assevera Paulo Cesar Santos Bezerra que: quando se pensa a justiça, não se está apenas querendo observar o aspecto formal da justiça, nem seu caráter processual. Argumenta-se com um valor que antecede a lei e o processo. O acesso à justiça, pois, nessa perspectiva, é um direito natural, um valor inerente ao homem, por sua própria natureza. A sede de justiça, que angustia o ser humano, tem raízes fincadas na teoria do direito natural. Como direito, o acesso à justiça é, sem dúvida, um direito natural. Como direito, o acesso à proteção judicial, é um direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação. Nesse sentido é um direito fundamental. Aquele antecede o Estado, esse imbrica-se fundamentalmente com o surgimento do Estado. [...] Nesse sentido de direito inerente à natureza humana, o acesso à justiça é um direito natural. No sentido de garantia desse acesso, legitimamente efetivado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, é um direito fundamental.⁶

Ainda argumentando nesse mesmo diapasão, a lição de Cappelletti: o conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais 'burgueses' dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um 'direito natural', os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.⁷

3. O problema do acesso à justiça para o empregado

O desemprego é uma das maiores chagas sociais e, ao revés do que alguns pensam, não é próprio somente dos países em desenvolvimento, mas hodiernamente, em tempos de "globalização", amplamente estrutural⁸, acometendo também os chamados países desenvolvidos.

A Norma Consolidada, quando concebida em 1943, previa estabilidade no emprego para os empregados que estivessem laborando para o mesmo empregador há pelo menos dez anos, somente podendo-se perder a aludida garantia, quando da prática de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas; regime protetivo este parcialmente alterado em 1966, por força da Lei n. 5.107/66, que trouxe o sistema de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço como sendo alternativo ou facultativo àquele sistema de estabilidade decenal.

Desde o advento da Lei n. 5.107/66 há uma grande preocupação dos juslaboristas sobre a segurança jurídica nas relações de emprego, a necessidade do tratamento do empregado com dignidade e o não-retrocesso das condições sociais já alcançadas, tanto que Cesarino Jr., à época, afirmou que: a Lei n. 5.107 não acaba apenas com a estabilidade, mas igualmente com as indenizações. Significa isto que os patrões ficam inteiramente livres para despedir, a seu inteiro talante e capricho, quem bem lhes parecer. Significa isto que, num retrocesso de todos os pontos de vista lamentável, fica restaurada a ditadura nas empresas.⁹

5 MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e execução Imediata da Sentença, 1998, p. 27.

6 Acesso à Justiça. Um problema ético-social no plano da realização do direito, p. 122-123.

7. Acesso à Justiça, 2002, p. 9.

8 No dizer de Luciano Athayde Chaves (2006, p. 33-34), o fenômeno do desemprego estrutural, que hoje se destaca como um dos resultados marcantes do atual estágio do capitalismo, não é inédito na história do mundo do trabalho. O desenvolvimento da máquina a vapor de Thomas Newcomen (1712), aperfeiçoada por James Watt, na segunda metade do século XVIII, marcou um rápido processo de industrialização, acarretando, desde logo, 'importantes consequências econômicas e profunda modificação social dos povos. [...] O desemprego estrutural se traduz no mais grave efeito das mudanças introduzidas no mundo do trabalho. Isso porque não se trata apenas da dispensa de um grande número de trabalhadores. O desemprego estrutural se revela na extinção dos postos de trabalho dos que foram dispensados, refletindo diretamente na redução do quadro de pessoal das empresas. É um fenômeno cujos componentes são estruturais, ou seja, são decorrentes das alterações nas bases técnicas da produção e nas estruturas de sua organização, especialmente no que tange à redefinição do papel do operário na atividade fabril, tudo no escopo de reduzir os custos de produção e habilitar o produto para a concorrência globalizada.

9 Estabilidade e fundo de garantia. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 65.

Da mesma forma, José Martins Catharino, pra quem bastou lembrar a sensível advertência de *Commons*: “Se uma grande empresa com uns 10.000 dependentes perde um trabalhador, perde um décimomilésimo de sua força de trabalho; o trabalhador perde 100% de seu emprego”¹⁰.

Após inúmeros debates em torno da proteção jurídica que deveria ser dada à relação de emprego, a Assembléia Nacional Constituinte, mediante fusão de emendas de vinte e três constituintes, aprovou o texto do artigo 7º, I da Nova Carta Política, que se traduz no direito fundamental referente à “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. Em razão do acordo, restou acertado que o ADCT adotaria as ressalvas contidas no seu artigo 10, incisos I e II.

Com a nova ordem constitucional iniciou-se o período mais democrático vivido na história do Brasil, e com ela o desejo de todos os trabalhadores manterem uma política mais participativa com os seus empregadores, almejando-se um ambiente mais democrático no interior das empresas, já que a Constituição Federal havia feito a promessa de segurança dos contratos de emprego, agora sob o manto da proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. Infelizmente, o artigo 7º, I da Constituição Federal de 1988 vem sendo interpretado pelos tribunais pátrios e pela doutrina como norma constitucional de eficácia limitada, dependendo, portanto, de Lei Complementar regulamentadora para o seu total alcance e eficácia, o que tem gerado uma espécie de verdade jurídica, posto amplamente repetida, de que o empregador possui o direito potestativo de despedir sem motivação.

4. O Estado de Arte da Jurisprudência brasileira das Cortes Superiores em relação ao Direito do Trabalhador contra a despedida imotivada

No período pós-guerra, o Direito do Trabalho voltou-se à dignidade do trabalhador, não sendo mais permitido pensar que este pudesse ser tratado como mercadoria e, nesse desiderato, a nova intenção era não só fazer com que os países enriquecessem igualmente, mas também minimizassem as diferenças sociais existentes entre os mesmos, tendo como foco do discurso o custo social, passando necessariamente pela diminuição da rotatividade da mão-de-obra, já que isso, em uma análise bastante primária, gera custo social elevado, sobretudo para os sistemas previdenciários então recém-criados, que se viam adimplindo benefícios decorrentes do desemprego¹¹, ou em virtude da paralização da mão-de-obra por doenças ocasionadas no trabalho.

Nesse trilhar, em 1919, através do Tratado de Versailles, fora criada a Organização Internacional do Trabalho, que tinha como objetivo assegurar a aplicação de princípios tão caros ao Direito do Trabalho, como a dignidade humana, nesse caso específico, do trabalhador, lembrando sempre que, apesar do clamor capitalista daquele momento, a pessoa física trabalhadora não poderia ser tratada como mera mercadoria, sendo dever dos Estados a imposição de limites ao poder econômico, com foco exatamente nos indigitados princípios.

Toda a normatização da OIT é viabilizada por intermédio de recomendações ou convenções, sendo aquelas meras orientações aos Estados-membros, como se fora uma espécie de programa a ser cumprido, e estas mais impositivas, com o desiderato de criação de normas obrigacionais para os Estados-membros, desde que haja ratificação no âmbito interno.

Aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1982), a Convenção n. 158 da OIT entrou em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985¹².

Entre nós, a referida Convenção restou aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n. 68, de 1992, publicado no Diário do Congresso Nacional, Seção II, de 17 de setembro de 1992.

Já na Comissão de Constituição e Justiça, a Mensagem n. 261/88, proveniente do Poder Executivo, no sentido da aprovação da Convenção, recebeu parecer do então Deputado Francisco Benjamim, que opinou pela suspensão da análise do texto, pois ainda não havia sido editada a Lei Complementar a que se refere o artigo 7º, I da Carta Política de 1988.

Por seu turno, o relator, Deputado Hélio Bicudo, asseverou que a norma internacional deveria ser aprovada, porquanto a mesma não violava a Constituição, tendo a CCJ seguido a inteligência do relator, aprovando por unanimidade a constitucionalidade da Convenção, desprestigiando, portanto, o entendimento segundo o qual haveria necessidade de publicação de Lei Complementar tratando sobre a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Seguindo essa mesma diretriz, a Comissão de Trabalho opinou unanimemente pela aprovação do aludido texto. O depósito da carta de ratificação foi efetuado em 05 de janeiro de 1995 na Repartição Internacional do Trabalho e o Decreto de promulgação n. 1.855 publicado em 11 de abril de 1996, tendo Antônio Álvares da Silva afirmado

10 *Em defesa da estabilidade*. Despedida x estabilidade. São Paulo: LTr, 1968. p. 64

11 Perceba-se, nesse particular, que o benefício seguro-desemprego, atrelado ao FGTS, fora instituído justamente para suprir a falta do emprego, sendo mais uma “indenização”, para minimizar os efeitos da ausência da garantia de emprego para os empregados “optantes”.

12 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 2 ed, 1998. p. 563.

em sua obra sobre a Convenção n. 158 da OIT, que esta era “uma grande conquista”, sendo mais uma “ferramenta para a melhoria do relacionamento entre o empregado e o empregador”, pois, “ao exigir uma causa justificada, limita-se o direito e termina para empregador a liberdade de despedir”, “acabou a denúncia vazia do contrato de trabalho. Se há exigência de motivação, a dispensa, para ser permitida, tem que fundar-se em uma delas. Se há dúvida, confere-se o ato e sua adequação com a causa que o legitima. Se esta não existe, o ato é nulo”¹³

Ensina-nos Sússekind que “a vigência da convenção no plano nacional (subjéctiva) [...] não se confunde com a vigência do tratado no plano internacional (objéctiva), embora a primeira esteja condicionada à segunda”¹⁴, prosseguindo o autor, para explicar que a “eficácia interna decorre do ato governamental que anuncia oficialmente a ratificação da convenção e divulga o seu texto no idioma do respectivo país”¹⁵, o que entre nós foi operado pelo Decreto de promulgação n. 1.855/1996, após, portanto, o prazo de doze meses, contado a partir da data do depósito, o que não impediu que a eficácia jurídica da Convenção se desse a partir de então, já que os tratados normativos entre nós só vigoram após oficialmente publicados (art. 1º da LICC).

Durante os doze meses decorrentes entre o depósito e a entrada em vigor, a Convenção pode ser denunciada à RIT, obstando-se, assim, a sua vigência no ordenamento interno. Restando o Estado silente, a respectiva Convenção somente poderá ser denunciada após dez anos, contados a partir do início da sua vigência, e ainda assim, durante os doze meses subsequentes a cada decênio.

Extremamente influenciado pela interpretação da época, segundo a qual o artigo 7º, I da CRFB/88 necessitava de Lei Complementar para a máxima executoriedade, e que a norma internacional ratificada possuía mero caráter de Lei Ordinária, o então Presidente Fernando Henrique Cardoso, publicou em 23 de dezembro de 1996, o Decreto n. 2.100, tornando pública a denúncia da Convenção.

Parte da doutrina chegou a testificar que o prazo para a denúncia já havia sido ultrapassado, sendo a mesma inválida. Isso por que o dies a quo para contagem do decênio, deveria ser a data da entrada em vigor da Convenção no âmbito internacional, o que se deu em 23 de novembro de 1985.

Com tal entendimento doutrinário não concordamos, por seguir a inteligência de Sússekind, quando testifica que “o decênio concerne à vigência da ratificação de cada país”¹⁶ – teoria dualista –, o que entre nós se deu através do Decreto n. 1.855, publicado em 11 de abril de 1996, tendo sido a denúncia, sob o ângulo temporal, válida.

Malgrado isso, antes de tornar pública a denúncia da Convenção n. 158 da OIT, o Poder Executivo enviou, em 20 de novembro de 1996, uma carta àquela Organização internacional, explicando que a referida norma estrangeira deixaria de ter vigência no ordenamento jurídico pátrio a partir de 20 de novembro de 1997, embora tenha se antecipado e feito publicar o já referido Decreto n. 2.100/96.

O grande problema que vislumbramos na denúncia da referida Convenção não é o prazo em que a mesma foi perpetrada, mas sim a forma escolhida.

Ora, o ato de entrada em vigor da Convenção é ato jurídico complexo¹⁷, pois depende de atividade do Congresso Nacional, que através de Decreto Legislativo, resolve definitivamente sobre tratados e acordo internacionais (CF, art. 49, I), e se do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe de competência para promulgá-los, e o faz mediante Decreto, correto é afirmar que a denúncia da norma internacional também deve se revestir de ato igualmente complexo, pois, pensar o contrário, será admitir que o Presidente da República, chefe do Poder Executivo, possa emanar Decreto autônomo apartado da previsão constitucional, tendo-se que o ato de denúncia da Convenção n. 158 da OIT não versava sobre “organização e funcionamento da administração federal”, como dispunha a redação do artigo 84, VI antes da Emenda Constitucional 32 de 2001.

13 SILVA, Antônio Álvares da. A Convenção 158 da OIT. Belo Horizonte: RTM, 1996, p. 63.

14 SÚSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. Ed., São Paulo: LTr, 1998. p. 40.

15 Op. cit. p. 40.

16 SÚSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed., São Paulo: LTr, 1998. p. 41.

17 Eis o entendimento do STF: “É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjéctivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. (STF – Pleno – Adin nº 1.480/DF – Rel. Min. Celso de Melo. *Informativo STF*, nº 135). Disponível em www.stf.gov.br, acessado em 31/08/2012.

Ou seja, o Decreto de denúncia da Convenção n. 158 da OIT é inconstitucional em relação à sua forma e, por tal motivo, a norma internacional ainda permanece válida no nosso Ordenamento Jurídico, sendo possível, portanto, a sua invocação para a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, como prevê o artigo 7º, I da Carta Política de 1988. Todavia, a questão já restou amplamente debatida, devidamente analisada e decidida não só pelo Supremo Tribunal Federal, mas também pelo Tribunal Superior do Trabalho, o que se verificará mais adiante. No que toca à missiva endereçada à OIT, esta Organização não possui regra disposta sobre o modo de perpetrar a denúncia das Convenções pelos órgãos estatais, sendo a competência definida pelo direito público interno de cada Estado. Nada obstante, o indigitado ato igualmente não encontra respaldo na constitucionalidade, haja vista que, como já afirmado ao norte, o Brasil adota a teoria dualista, segundo a qual o ato de ratificação das normas internacionais é complexo, dependendo de atividade do chefe do Poder Executivo em conjunto com o Poder Legislativo¹⁸, razão por que a atitude unitária do então presidente não gerou o efeito desejado, qual seja, denunciar a Convenção n. 158 da OIT, o que corrobora a tese já exposta em relação à vigência da mesma no ordenamento jurídico brasileiro, diante da inconstitucionalidade formal verificada.

O debate acerca da vigência da Convenção n. 158, após a publicação do Decreto presidencial, perdeu fôlego e não findou devidamente amadurecido, mas não foi esquecido, tanto que no dia 13 de fevereiro de 2008 o então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, enviou ao Congresso Nacional uma mensagem, pugnando pela ratificação da Convenção referida. Chegou tarde, já que usufruiu de dois mandados para tanto, ficando, apenas o mero pedido para parecer diligente nesse sentido.

5. O óbice estabelecido pela Jurisprudência

Desde a promulgação do Texto Constitucional de 1988, sobretudo com a promulgação do decreto-legislativo que deu vida à Convenção n. 158 da OIT no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, que doutrina e jurisprudência debatem sobre o alcance do artigo 7º, I da CRFB/88, assim como se a nova Ordem quebrou o paradigma anterior, suplantando o sistema de estabilidade no emprego, ou, ao revés, o compatibilizou com o regime de indenização. A doutrina esmagadoramente majoritária já entendia no período logo posterior – e isso não se modificou significativamente com o passar dos anos – ao advento do novo Texto Constitucional, que este não assegurou a garantia no emprego, mas criou um sistema de desestímulo ao desemprego involuntário, fornecendo mecanismo de compensação financeira, tanto que o artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias sentencia: “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição, 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”, prevendo, ainda, hipóteses de vedação à dispensa arbitrária ou sem justa causa, para os “cipeiros” e gestantes.

A chegada no ordenamento jurídico interno da Convenção n. 158 da OIT trouxe fôlego e esperança para os dissidentes do entendimento em voga, mas, como reza o ditado popular, “durou pouco”.

Em decisão que já se tornou clássica, o Supremo Tribunal Federal, julgando medida cautelar na ADIn n. 1.480-DF, cujo mérito versa sobre a inconstitucionalidade dos artigos 4º a 10 da referida Convenção internacional, deu interpretação conforme à Constituição, consagrando exatamente o entendimento doutrinário majoritário, segundo o qual a Convenção n. 158 da OIT, embora ratificada, detinha o patamar de lei ordinária, não servindo para tratar da matéria constante do artigo 7º, I do Texto Constitucional de 1988, já que mencionado dispositivo requer a sua regulamentação através de lei complementar. Disse a Corte, ainda, que a Carta Política de 1988 consagrou o sistema de “garantia compensatória como expressão da reação estatal à demissão arbitrária do trabalhador”, e que a citada Convenção possui mero caráter “programático”¹⁹.

O Relator da indigitada decisão, Ministro Celso de Mello, após apontar que a Convenção 158 da OIT já foi ratificada por diversos Estados estrangeiros, a exemplo de Austrália, Bósnia-Herzegovina, Camarões, Chipre, Eslovênia, Espanha, Etiópia, Finlândia, França, Gabão, Iugoslávia, Letônia, Malawi, Marrocos, Nigéria, Portugal, República do Iemen, Suécia, Turquia, Ucrânia, Uganda, Venezuela, Zaire e Zâmbia, votou afirmando que a norma de Direito Público “prescreve regras de fundamental importância, vocacionadas a conferir, no âmbito de sua incidência, efetiva proteção de ordem jurídica e de natureza econômica e social aos trabalhadores, outorgando-lhes prerrogativas que, substancialmente, **já lhes defere** o ordenamento positivo brasileiro” (grifo no original), adotando, nesse particular, a tese minoritária, que acredita na auto-executoriedade da primeira parte do artigo 7º, I do Texto Constitucional, doravante defendida neste trabalho.

E prosseguiu o Eminentíssimo Relator em seu voto, afirmando que a Constituição do Brasil, “ao proclamar os direitos

18 “Se as normas da Convenção ratificada se incorporam à legislação nacional, fere o bom-senso e a lógica jurídica que o Poder Executivo possa fazer cessar sua vigência no país sem a manifestação do Poder Legislativo” (SUSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 2 ed, 1998. p. 43).

19 Disponível em www.stf.gov.br, acesso em 03/09/2012.

sociais da classe trabalhadora, instituiu um mecanismo de significativa importância, destinado a preservar o vínculo laboral [...] atento à necessidade de expandir os direitos do trabalhadores”.

São suas, ainda, as seguintes palavras naquele voto lapidar: a norma inscrita no art. 7º, I da Constituição, ao enunciar a garantia jurídico-social da proteção contra a despedida arbitrária do trabalhador, por iniciativa do empregador, contemplou, em seu texto, verdadeira fórmula de ponderação, que institucionalizou solução de caráter transacional destinada a conciliar posições contrastantes que se formaram no seio da Assembléia Nacional Constituinte: **nem** se reconheceu ao empregador o poder absoluto de despedir imotivadamente e **nem** se atribuiu ao empregado a garantia da intangibilidade do vínculo laboral. (grifos no original)

Quando analisou o artigo 4º da Convenção n. 158, concluiu que o dispositivo consagrou princípio básico, “também proclamado pelo ordenamento constitucional brasileiro, que instituiu norma destinada a proteger a relação de emprego contra despedidas arbitrárias ou dispensas sem justa causa”.

Embora o insigne Relator tenha concluído que a Convenção n. 158 possui conteúdo meramente programático, devendo a matéria lá versada ser necessariamente tratada através de lei própria, tese que restou vencedora, a conclusão não retira o avanço no pensamento de então, porquanto findou consagrado no referido voto, que o empregador não possui direito potestativo de despedir o respectivo empregado sem qualquer motivação, limitação também presente na norma internacional.

Em seu voto, o Ministro Carlos Velloso ousou ainda mais, divergindo dos antecessores, os Ministros Celso de Mello e Moreira Alves, afirmando que a Convenção n. 158 “incorporou-se à ordem jurídica brasileira com característica autônoma”, ou seja, nem é lei ordinária, nem é lei complementar, concluindo que: além da garantia inscrita no artigo 7º, I da CF, que subordina a dispensa do empregado à existência de uma causa de justificação, não admitindo a despedida arbitrária ou sem justa causa e estabelecendo que a infringência dessa regra impõe ao empregador a obrigação de pagar ao empregado despedido indenização compensatória, dentre outros direitos, além dessa garantia, inscrita no citado artigo 7º, I, gozam os trabalhadores brasileiros dos direitos e garantias que decorrem da Convenção 158/OIT.

Infelizmente, o voto vanguardista do Ministro Velloso não findou seguido nem em relação à natureza jurídica da norma internacional ratificada, nem no tocante à auto-aplicabilidade da Convenção n. 158 da OIT.

Todavia, talvez ainda haja esperança em relação à mudança de entendimento da Corte Maior, porquanto o mérito da ADIn não restou apreciado até os dias atuais, e a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal, em sua mais recente constituição, é no sentido de que as normas internacionais de Direito Público que tratam e Direitos Humanos, ratificadas pelo ordenamento jurídico brasileiro antes da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, e não aprovadas pelo quorum especial de 3/5 em procedimento bicameral, possuem natureza jurídica de supralegalidade²⁰, significando isso que as mesmas são exatamente o que já havia afirmado o Ministro Velloso, não são normas constitucionais, mas também não se igualam às leis ordinárias ou complementares. Prevalecendo essa tese, ultrapassada a inconstitucionalidade da denúncia perpetrada em 1996, força é concluir que a Convenção n. 158 da OIT, igualmente ao Pacto de São José da Costa Rica, possui a condição de supralegalidade²¹ e, como tal, serve ao artigo 7º, I do Texto Constitucional, não havendo mais a alegada necessidade de edição de lei complementar²². É evidente que, diante dessa interpretação ofertada pelo Supremo Tribunal Federal, a doutrina e a jurisprudência se consolidaram ainda mais no sentido de acreditar em um suposto direito potestativo de o empregador despedir sem

20 Eis trecho do voto vencido do Ministro Celso de Mello, modificando entendimento anterior: “Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos dessa Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-365 – RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa CELSO LAFER, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais: (1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso país aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional porque formalmente recebidas nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição); (2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso país venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o “*iter*” procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição; e (3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso país aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade que é ‘a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados.’ Ministro CELSO DE MELLO, voto vista proferido em 12.03.2009 no HC n. 87.585-8/TO, fls. 276-277. Omitiram-se os destaques constantes do original. Acompanharam a tese de Celso de Mello os Ministros Eros Grau e Cezar Peluso (HC 87.585-8/TO, fls. 335-337, fls. 352), Ellen Gracie (fls. 355-356).

21 Muito embora não concordemos com a tese da supralegalidade, por acreditar que as normas internacionais já ratificadas pelo ordenamento jurídico brasileiro ocupam o chamado “bloco de constitucionalidade”, como já dispunha o artigo 5º, 2º da CRFB/88.

22 Assim argumentamos por pura retórica, vez que não vislumbramos qualquer necessidade de edição de lei complementar para dizer exatamente o que a Constituição já afirma: a proteção contra a despedida arbitrária.

qualquer motivação, por puro arbítrio, quando em nenhum momento os Ministros afirmaram em seus respectivos votos tamanho benefício ao empregador. Muito ao revés, como já afirmado, no voto do Ministro Relator, lê-se exatamente o contrário, mas o desejo de que a garantia em face da despedida arbitrária não seja etivada é tamanho, que o alegado direito potestativo de despedir por simples arbítrio é um dos exemplos mais apontados pelas obras quando tratam de direito potestativo²³.

Aqui vale, com as vênias devidas, uma crítica acerca da decisão do C. Supremo Tribunal Federal, que na época ignorou o quanto disposto no artigo 5º, § 2º da CRFB/88, regra que abre o catálogo de Direitos e Garantias Fundamentais, considerando as normas internacionais de Direito Público também com natureza de fundamentalidade e, interpretando sistematicamente a própria Constituição, a Convenção n. 158 da OIT serviria exatamente aos fins previstos no artigo 7º, tendo-se que o *caput* deste dispositivo constitucional prevê que além dos direitos exemplificadamente previstos na Constituição, outros poderão vir, desde que sejam para somar, exatamente porque se visa “à melhoria da condição social” dos trabalhadores.

A própria interpretação de que a Convenção da OIT possuía natureza jurídica de lei ordinária já não se justificava naquele momento, pois, elaborando interpretação sistemática e mais coerente das normas constitucionais, percebe-se claramente que o artigo 102, II, *b* da CRFB/88 prevê que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar em grau de recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, deixando a Lei Maior bem evidente que há dois tipos de atos normativos: um é o tratado internacional, o outro é a lei federal (ordinária, complementar ou delegada), não sendo os mesmos gêmeos. A evidência textual não foi reconhecida.

Mesmo tendo o Supremo Tribunal Federal decidido como visto acima, não se pode concluir com isso, que há direito potestativo de o empregador despedir sem qualquer motivação, não só porque o artigo 7º, I da Constituição da República já garante a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, mas, sobretudo – e atendo-se às razões dos eminentes Ministros – porque sequer se analisou a constitucionalidade do artigo 13 da Convenção n. 158 da OIT, que trata justamente da motivação do ato patronal de resilição, assegurando-se aos representantes dos trabalhadores interessados, a “informação pertinente, incluindo os motivos dos termos previstos”, significando, por mera lógica que raciocínio, que a denúncia do contrato de emprego não poderá ser vazia, mas sim fundamentada. Não obstante tudo o quanto já alegado, arraigou-se na nossa doutrina, com a ajuda da jurisprudência, diga-se, a ideia segundo a qual o empregador detém direito potestativo de despedir sem a apresentação dos motivos que ensejam o ato resilitório, e que tal ato somente acarreta a indenização das parcelas resilitórias, não comportando reintegração, conforme já frisado ao norte, tanto que no dia 13 de janeiro de 2009, a EMBRAER, sob a alegação de reduzir os custos decorrentes da crise econômica global, resolveu despedir 20% do quadro de seus empregados (aproximadamente 4.400 trabalhadores, de um total de cerca de 22 mil), tendo a empresa alegado que a drástica decisão, embora dura, era necessária para preservar outros 17 mil postos de trabalho, o que, logicamente, ensejou a atuação do Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região, o Sindicato dos metalúrgicos de Botucatu e a Federação dos Metalúrgicos de São Paulo, que instauraram dissídio coletivo com pedido de medida liminar, pleiteando, primeiramente a cessação dos atos demissionários, bem como a reintegração dos empregados já despedidos, afirmando as agremiações que o ato perpetrado pela empresa era “antijurídico”, posto contrário ao artigo 7º, I da Constituição, antagônico aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, da representação sindical e da participação obrigatória dos sindicatos nas negociações, além de ser abusivo e ofensivo à boa-fé, pois a possibilidade da despedida coletiva não fora objeto de negociação prévia e sequer haviam sido notificados os empregados do desiderato patronal, atitude que se afasta do dever de informação pertinente à empresa. Alegou-se, ainda, que os ditames da Convenção n. 98 da OIT e as Recomendações n. 944 e n. 163 também foram ignorados. Os sindicatos também informaram que a estimativa da EMBRAER para o ano 2009 era de 614 milhões, não havendo pertinência nos motivos apontados pela a resilição contratual em massa.

Evidente que o presente trabalho trata especificamente da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justo motivo de forma privada, mas, se percebermos que a despedida coletiva nada mais é do que o somatório das dispensa individuais, a razão da antítese ao poder de dispensa ilimitado é exatamente o mesmo, tanto é assim, que nesse caso citado, o grande argumento empresarial foi afirmar que o direito brasileiro não possui regramento acerca da despedida coletiva e, como há um hiato legislativo, força é concluir que os atos demissionais são permitidos, somente gerando direito à indenização de 40% sobre os depósitos de FGTS, levantamento do valor na conta vinculada e pagamento das parcelas resilitórias já adquiridas, como férias e gratificações natalinas proporcionais, ideia também fincada quando se trata de despedida individual.

23 Até se o título “potestativo” for lançado no google, aparece no Wikipédia uma referência a esse suposto direito potestativo de o empregador despedir sem motivação.

Em sua primeira manifestação, datada de 26 de fevereiro, o Tribunal Regional do Trabalho de Campinas concedeu liminar suspendendo as rescisões contratuais, já feitas ou que viessem a ocorrer, até a data da audiência de conciliação e requisitou da empresa a apresentação de balanços patrimoniais e demonstrações contábeis dos dois últimos exercícios. Na oportunidade, o Relator, Desembargador Sotero da Silva, disse haver “indiscutível interesse público na preservação da dignidade do trabalhador enquanto pessoa humana, fundamento do Estado Democrático Brasileiro”. Fracassadas todas as tentativas conciliatórias, o acórdão do TRT da 15ª Região restou assim ementado:

CRISE ECONÔMICA – DEMISSÃO EM MASSA – AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA – ABUSIVIDADE – COMPENSAÇÃO FINANCEIRA – PERTINÊNCIA. As demissões coletivas ou em massa relacionadas a uma causa objetiva da empresa, de ordem técnico-estrutural ou econômico-conjuntural, como a atual crise econômica internacional, não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados, com maior amplitude do que se dá para as demissões individuais e sem justa causa, por ser esta insuficiente, ante a gravidade e o impacto sócio-econômico do fato. Assim, governos, empresas e sindicatos devem ser criativos na construção de normas que criem mecanismos que, concreta e efetivamente, minimizem os efeitos da dispensa coletiva de trabalhadores pelas empresas. À míngua da legislação específica que preveja procedimento preventivo, o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais. Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário, sopesando os interesses em jogo: liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, cabe-lhe proferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores. Infelizmente não há no Brasil, a exemplo da União Europeia (Directiva 98/59), Argentina (Ley n. 24.013/91), Espanha (Ley del Estatuto de Los Trabajadores de 1995), França (Lei do Trabalho de 1995), Itália (Lei nº 223/91, México (Ley Federal del Trabajo de 1970, cf. texto vigente – última reforma foi publicada no DOF de 17/01/2006) e Portugal (Código do Trabalho), legislação que crie procedimentos de escalonamento de demissões que levem em conta o tempo de serviço na empresa, a idade, os encargos familiares, ou aqueles em que a empresa necessite de autorização de autoridade, ou de um período de consultas aos sindicatos profissionais, podendo culminar com previsão de períodos de reciclagens, suspensão temporária dos contratos, aviso prévio prolongado, indenizações, etc. No caso, a EMBRAER efetuou a demissão de 20% dos seus empregados, mais de 4.200 trabalhadores, sob o argumento de que a crise econômica mundial afetou diretamente suas atividades, porque totalmente dependentes do mercado internacional, especialmente dos Estados Unidos da América, matriz da atual crise. Na ausência de negociação prévia e diante do insucesso da conciliação, na fase judicial só resta a esta Eg. Corte, finalmente, decidir com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, com base na orientação dos princípios constitucionais expressos e implícitos, no direito comparado, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, Paulo Bonavides e outros acerca da força normativa dos princípios jurídicos, é razoável que se reconheça a abusividade da demissão coletiva, por ausência de negociação. Finalmente, não sobrevivendo mais no ordenamento jurídico a estabilidade no emprego, exceto as garantias provisórias, é inarredável que se atribua, com fundamento no art. 422 do CC – boa-fé objetiva – o direito a uma compensação financeira para cada demitido. Dissídio coletivo que se julga parcialmente procedente.

Embora entendamos que a dispensa em massa não precedida de fundamentos socialmente aceitos enseja a reintegração no emprego, exatamente por que o ato nulo por abusividade e ofensivo à boa-fé enseja o retorno das partes ao *status quo* ante, sem qualquer impedimento da indenização compensatória, reconhecemos que essa decisão do TRT de Campinas foi um grande avanço na jurisprudência, pois se reconheceu que o empregador não possui poderes ilimitados de despedir, principalmente coletivamente, devendo o ato demissional coletivo ser sempre precedido de negociação com a agremiação, parâmetro este sequer previsto em lei.

Houve interposição de Recurso Ordinário por ambas as partes litigantes. A EMBRAER insistia que havia agido conforme a lei, almejando com isso a reversão da declaração de abusividade da greve, enquanto as agremiações ratificavam o pedido de reintegração de todos os empregados despedidos.

Em sede liminar, o Ministro Moura França suspendeu os efeitos da decisão de Campinas, afirmando em sua decisão que as rescisões contratuais tiveram por base “comprovadas dificuldades financeiras capazes de comprometer o regular exercício de sua atividade econômica”. Quanto à consideração de que a demissão teria violado o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, que protege a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, o citado Ministro testemunhou que “o dispositivo, ao contrário do que se pensa, não assegura estabilidade ou garantia de emprego, e muito menos garante, de imediato, pagamento de indenização, pelo simples fato de que a fixação do valor desse título depende de lei complementar que, lamentavelmente, ainda não foi objeto de deliberação pelo Congresso Nacional”. No tocante à necessidade de negociação coletiva prévia, foi dito que “Não há, especificamente,

nenhum dispositivo normativo que lhe imponha essa obrigação”.

Na Sessão de Dissídios Coletivos, a relatoria coube ao Ministro Maurício Godinho Delgado. Em votação apertada de cinco votos a quatro, foi confirmada a decisão anterior de manter as demissões, mas com a previsão do *iter* que deve ser observado na despedida coletiva. Vejamos a ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO, DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDE CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o fundamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas tem natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional com a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a Direitos Humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inaceitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontrastável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresas, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores. DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções da OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI da CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial²⁴.

O caso EMBRAER demonstra, de uma maneira até agressiva, que o entendimento em voga²⁵ acerca do real alcance

24.RODC-309/2009-000-15-00.4. Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em 06/09/2012.

25 Em reportagem publicada na Folha de São Paulo em 12/04/2009, diversos *experts* do Direito do Trabalho foram solicitados a emitir parecer sobre o caso EMBRAER, tendo lá constado que: “Segundo o advogado trabalhista, Estevão Mallet, por não haver no Brasil, lei que estabeleça requisitos ou condições para demissões coletivas, a Justiça do Trabalho estaria julgando em desacordo com a legislação vigente. De acordo com o advogado, essas decisões causam grande insegurança jurídica, pois decidem de forma distinta sobre demissões coletivas. Para o advogado Ives Gandra Silva Martins, professor emérito da Universidade Mackenzie, o artigo da Constituição, que trata deste tema, não pode ser aplicado para proibir dispensas, uma vez que não foi regulamentado por lei complementar, conforme exigência do Superior Tribunal Federal (STF). Ele acredita que o mercado e quem deve definir o nível de emprego em uma empresa. Os tribunais do Trabalho estariam preocupados em evitar que as empresas se comportem de forma abusiva ao promoverem demissões coletivas, argumentando

da proteção contra a despedida arbitrária deve ser modificado. Não se sustenta mais nos dias atuais que em um Estado Democrático de Direito se permita algo tão arbitrário e despótico quanto a despedida por puro arbítrio do empregador, sem que o empregado sequer saiba os motivos da rescisão contratual, como se fora algo descartável dentro do processo produtivo, ignorando-se todos os instrumentos internacionais já ratificados pelo Brasil, que proíbem o tratamento do ser humano como mercadoria.

É certo que houve avanço na jurisprudência, sobretudo no tocante à indicação da necessidade de se proceder à negociação coletiva como medida profilática à despedida em massa, assim como restou vazado no voto do Ministro Relator, que “a proteção ao trabalhador já está plenamente prevista no texto constitucional, tratando-se de direito fundamental, tendo, portanto, aplicação imediata, impedindo a atuação do aplicador do direito em sentido contrário ao seu conteúdo”. Por outro lado, disse o Eminentíssimo Ministro, que a norma constitucional possui eficácia contida, dependendo o direito à indenização de regulamentação através de Lei Complementar (reintegração, então, nem pensar), o que é um contra-senso, já que se falou em máxima eficácia das normas constitucionais e novos paradigmas hermenêuticos, assim entendidos como o tratamento dos princípios como verdadeiras normas. Princípios estes que zelam pela dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho humano “e especialmente do emprego”, sem perder de vista que a propriedade deve sempre ter em vista a sua função “socioambiental”. O resultado de tudo isso foi o dizer-mas-não-dizer²⁶, exatamente como já fez o legislador constituinte há meio século de século, quando teve a oportunidade de quebrar sim com o paradigma do “bode preto” da estabilidade, sem perder de vista que o emprego deveria ser, não obstante isso, protegido por outros meios, mas no futuro, quando o legislador assim o desejar. Se a atividade do Poder Legislativo de então restou insuficiente, não mais suficiente tem sido a jurisprudência, que vem avançando, reconhecendo que os empregados perseguidos e aviltados em sua dignidade merecem indenização decorrente de dano moral, ou até assédio moral, mas permite que isso ocorra no ambiente empresarial, já que não fornece aos empregados os meios necessários para que os atos danosos e predatórios sejam evitados e prontamente proibidos, pois não oferta a máxima eficácia do texto constitucional, que é claro ao estabelecer que todos os trabalhadores urbanos e rurais possuem direito à proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

O Judiciário também optou e permanece optando pela indenização, em desprezo ao trabalho; não inibe, mas indeniza; não protege, mas remedia.

Que o Legislador tenha sofrido pressão para apor no Texto Constitucional regra que garante mas não garante, ainda é compreensível, já que vivemos na “ditadura da maioria”, em um país onde supostamente os nossos representantes legislativos nos representam, em um jogo de faz de conta; mas admitir que o Poder Judiciário também tenha a mesma postura, chancelando que o empregador detém direito de despedir sem qualquer motivação, é, antes de mais nada, possuir uma visão bastante estrábica acerca do Direito ao Trabalho, previsto como direito fundamental social. É ignorar, também, que o empregado se acha até os dias atuais, mesmo após a nossa Constituição mais democrática, até “cidadã”, encurralado, sem acesso livre ao Poder Judiciário, que normalmente só é procurado quando o obreiro pugna pela dispensa indireta, por não coadunar mais com os atos patronais, ou quando o contrato de emprego já restou resiliado. Enquanto isso, o empregado moralmente assediado, discriminado, escravizado e aviltado de todas as maneiras no ambiente de trabalho, sente-se refém do paradigma dominante, pois o poder de seu sustento, e no mais das vezes, de sua própria família, está nas mãos do empregador, aquele que é também o seu algoz. E o pior, não acionando o Poder Judiciário, o empregado vê seus direitos prescreverem no curso do contrato de trabalho, pois é seu o “direito” constitucional à prescrição de cinco anos.

O Judiciário, ao diminuir o instituto da garantia de emprego ao quase nada, perde de vista que o instrumento de poder é repetido justamente no local onde ele deve ser consagrado, assim como também ignora que essa falta de proteção faz cair por terra todos os demais direitos protetivos ao obreiro, já que este normalmente não busca uma resposta estatal ao desprezo pelas normas trabalhistas no curso do contrato de trabalho, saindo vencedor, mais uma vez, o algoz, o devedor, em um cenário que contraria toda a lógica jurídica de punição ao ilícito, olvidando o Judiciário que “a lei não é a vontade do aplicador, mas a vontade geral manifestada pelas mãos do aplicador”²⁷. Não é incomum se argumentar que vivemos sob a égide do Estado pós-positivista, mas que Estado é esse que é

dificuldades com a crise econômica, comenta o presidente da Anamatra (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho), Cláudio José Montesso. Segundo ele, diante do quadro atual, para a Justiça do Trabalho, a empresa tem como função social, gerar emprego, não podendo simplesmente demitir sem estabelecer no mínimo uma conversa com os representantes dos trabalhadores e com a sociedade. Disponível em <http://pt.shvoong.com/society-and-news/news-items/1883267-proibi%C3%A7%C3%A3o-demiss%C3%B5es-C3%A9-alvo-criticas/#ixzz25kDeQdYBv>. Acesso em 06/09/2012.

26. A expressão é de Chiarelli, como já antes aludido.

27. SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção conta a dispensa na nova Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991. p. 180.

incapaz de arranjar uma solução para o problema imediato dos trabalhadores, traçando metas futuras? O trabalhador precisa da atividade jurisdicional hoje, agora, pois depende do emprego para poder usufruir de direitos fundamentais que lhe são caros, como convívio com a família, educação própria e dos seus, lazer, habitação e tudo o mais que a Constituição-cidadã lhe assegura.

Lúcidas são as palavras de Valdete Souto Severo, para quem: o compromisso velado que a doutrina assume com a ideia de um Judiciário inerte, cuja função consiste em ‘descobrir a vontade da Lei’, impede que o óbvio seja percebido. Ao ingressar com uma demanda, a parte pretende modificação em seu mundo, em sua vida. Os trabalhadores dispensados sem motivo pela EMBRAER não pretendiam uma aula de direito constitucional. Queriam seus empregos preservados. Declarar a indispensabilidade de negociação coletiva como ‘parâmetro para casos futuros’ não serve à função instrumental do processo.

A decisão analisada demonstra que há uma disparidade entre o discurso pregado pela Corte Superior Trabalhista, que se diz vinculada aos Direitos Humanos apontados nas Cartas internacionais, ratificadas ou não pelo Estado brasileiro, bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho, dizendo-se preocupada e comprometida com as soluções dos conflitos em massa, que abalam de forma mais contundente a sociedade, mas, mesmo assim, conclui exatamente o que já era pregado, não servindo o fundamento ao fim maior, que é a distribuição da justiça. Isso porque resolveu-se elevar o valor segurança da economia em detrimento do valor segurança no emprego, em desprezo ao ser humano trabalhador.

Dallari, analisando o poder dos Juízes, nos diz que “a primeira grande reforma que deve ocorrer no Judiciário, e sem dúvida a mais importante de todas, é a mudança de mentalidade”²⁸, prosseguindo para afirmar que, malgrado tenha o povo se habituado a associar o Poder Judiciário à justiça, “o fato é que na grande maioria das decisões judiciais, sobretudo dos tribunais superiores dos Estados e do país, fica evidente que existe preocupação bem maior com a legalidade do que com a justiça”, concluindo que: ainda é comum ouvir-se um juiz afirmar, com orgulho vizinho da arrogância, que é ‘escravo da lei’. E com isso fica em paz com sua consciência, como se tivesse atingido o cume da perfeição, e não assume responsabilidade pelas injustiças e pelos conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões. Com alguma consciência esse juiz perceberia a contradição de um juiz-escravo e saberia que um julgador só poderá ser justo se for independente. Um juiz não pode ser escravo de ninguém nem de nada, nem mesmo da lei.

Decisão como a ora analisada também perde de vista que o processo é instrumental e comprometido com a prestação jurisdicional plena e justa, além de ignorar que a democracia deve ser observada, também, no ambiente privado empresarial.

Do caso EMBRAER também se extrai que o TST diferenciou entre a dispensa individual (tópicas, no dizer do Tribunal) e a coletiva, afirmando que somente esta deve ser, para o futuro, precedida de negociação coletiva, quando na realidade a despedida coletiva é o mero somatório das resilições individuais, sendo ambas semelhantes, distinguido tão-somente em relação ao impacto social e de consumo, tendo-se que no caso das despedidas coletivas, isso é observado de maneira mais evidente, o que não leva à conclusão de que em se tratando de dispensa individual não haja dano social, tanto que a própria Constituição já trouxe previsão de indenização, esta somente devida quando há dano moral ou patrimonial a ser reparado, como analisaremos com mais detrimto em capítulo próprio.

O que finda evidente é que nem a Corte Suprema, nem o TST estão preocupados em romper com o equivocado paradigma dominante, cristalizado em torno do direito potestativo de o empregador despedir sem qualquer motivação, exceto nas hipóteses legalmente previstas.

Recentemente outra decisão proveniente do Tribunal Superior do Trabalho nos chamou a atenção. Tratou a lide, dentre outras questões, de pedido de indenização por supostos danos morais sofridos pelo autor, antigo empregado do Sistema Brasileiro de Telecomunicação durante vinte e sete anos, e despedido sem qualquer motivação²⁹. No caso em análise, o juízo de primeira instância condenou a empresa a pagar indenização por danos morais no valor de R\$ 30.000,00, afirmando que o ato demissionário sem qualquer motivação é abusivo e, portanto, ilícito, mas o acórdão do TRT/RS foi justamente no sentido oposto, tendo-se na oportunidade concluído que “não se pode ter como indenizável poder potestativo do empregador de dispensa do empregado, que não constitui ato ilícito”, sendo tal fundamentação também repetida nas razões do acórdão no Recurso de Revista. Vejamos: o reclamante afirma que restou devidamente reconhecida nos autos a ocorrência de ofensa à honra do reclamante pela prática de ato abusivo, destituído de boa-fé objetiva. Afirma a aplicação dos princípios constitucionais e infraconstitucionais de direito do trabalho a assegurar suas pretensões. Indica violação dos arts. 5º, V, 6º e 7º, I, da CF; 8º da CLT, 187 e 422 do Código Civil.

Infere-se do decisum o entendimento de que a dispensa sem justa causa está dentro do poder potestativo do

28 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 80.

29 TST -RR - 71900-80.2009.5.04.0005. Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Decisão por maioria. Publicado em 02/12/2011. Disponível em www.tst.jus.br, acesso em 06/09/2012.

empregador, não sendo passível de indenização por dano moral quando não caracterizado ato discriminatório ou realizado de forma a ofender a honra ou a imagem do empregado.

A mera dispensa por justa causa não caracteriza ato ilícito ou abuso de direito pelo empregador a ensejar reparação por dano moral, a tornar incólumes os arts. 5º, V, 6º e 7º, I, da CF, 8º da CLT, 187 e 422 do Código Civil, visto que inexistente ofensa à imagem ou honra do empregado quando o empregador exerce de forma regular o seu direito potestativo de dispensar sem motivação o empregado.

Aí vem a inevitável pergunta: o que seria um exercício regular de ato que por si é arbitrário, tendo-se que o próprio artigo 122 do Código Civil afirma que dentre as condições defesas à formação do ato jurídico estão aquelas que o sujeitam ao puro arbítrio de uma das partes? Realmente não conseguimos achar outra resposta senão aquela já afirmada à exaustão: o ato de despedir sem qualquer motivação pelo empregador é despótico, arbitrário, e contraria o Estado Democrático de Direito, que hoje compreende o Direito permeável à justiça social.

É evidente que o grande período de autoritarismo vivido pelo Estado brasileiro influenciou e ainda influencia muito a formação do pensamento jurídico, resvalando isso nas decisões judiciais, pois, como já afirmou Dallari, a “neutralidade jurídica é uma quimera”³⁰. Porém, não se pode perder de vista que o paradigma construído desde a década de sessenta, época “de chumbo” para toda a sociedade, onde se desejava a todo custo o fluxo maior de mão-de-obra e a chegada de investidores estrangeiros, sem mais preocupações com a antiga estabilidade, que pouco a pouco foi perdendo fôlego até ser trocada por “garantia de emprego”, não pode impedir a interpretação constitucional evolutiva, que tem como foco a ratio legis da norma constitucional, que visa a proteção contra a despedida arbitrária ou injusta.

Barroso aponta como duas as possibilidades legítimas de mutação ou transição constitucional, sendo elas a “reforma do texto, pelo exercício do poder constituinte derivado, ou o recurso aos meios interpretativos”, testificando que a interpretação evolutiva “é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal”³¹, e não temos dúvida de que o desiderato desse trabalho é uma pretensão de evolução interpretativa.

5. O Judiciário não é mais a “boca da Lei”

O Estado moderno, fundado no direito divino da realeza, corroído pela falência do feudalismo, embora fincado no direito romano, não possuía códigos. As revoluções burguesa francesa e americana incorporaram o jusnaturalismo racionalista tão presente na época, e o seu ápice se deu em 1804, quando foi publicado no Código de Napoleão, inaugurando a era das codificações e com isso também o paradigma da legalidade e da racionalidade prevista em texto sistematizado. Era chegada a época do positivismo, quebrando a ideia de que o Direito se imiscuía à ética, à justiça e à moral. A ideia de separação de poderes, inicialmente tida como um antídoto ao absolutismo, já pregava a não preocupação com problemas outros que não o cumprimento da lei em si, tanto que cabia ao Legislador, tido como legítimo representante do povo, a missão de emitir as leis e ao Judiciário, apenas, pronunciar *les paroles de la loi*³².

Novamente invocamos a doutrina de Barroso, que aponta o caráter científico, o emprego da lógica formal, a pretensão de completude, a pureza científica e a racionalidade da lei e neutralidade do intérprete³³ como as principais características o Direito na perspectiva clássica. Ou seja, ao magistrado não era destinada a missão de interpretar a norma, percebendo-a à luz da moral, da justiça e da ética, pois toda essa discussão ficara no passado, sepultada na vala do jusnaturalismo.

Embora o positivismo tenha pretendido ser apenas uma teoria do Direito, focada no racionalismo e no conhecimento, foi entendida em diversas partes do mundo como uma ode à lei e, sobretudo, ao legalismo distanciado de críticas, asséptico à moral, à justiça e à ética, sendo certo que qualquer altercação acerca de tais era prontamente decidida à luz da ordem posta, seja ela qual fosse, o que influenciou até guerras e a totalização de alguns Estados. Lembremos, por exemplo, que todas as atrocidades perpetradas na segunda guerra mundial o foram sob a égide da lei, ou melhor, da Constituição de Weimar, que, naquela época, a exemplo das demais constituições europeias, apenas era vista como um mero documento político. Basta lembrar que todos os carrascos nazistas julgados pelo Tribunal de Nuremberg, alegaram em suas defesas o estrito cumprimento da lei, o que, até o momento era extremamente aceitável.

No Brasil também tivemos o nosso pequeno holocausto, considerando-se o grande período ditatorial vivido pela nossa sociedade, que, não obstante a perseguição e até morte dos reacionários ao “sistema”, quando se buscava o Judiciário, encontrava-se, no mais das vezes, o cumprimento de normas francamente inconstitucionais, mas fundadas em atos institucionais absolutistas e singelamente legais.

O debate no período pós-guerra começou a ser modificado, pois, se até então se pregava o cumprimento da lei

30. Op. cit. p. 94.

31. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2003. p. 146.

32. MONTESQUIEU, *O espírito das Leis*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 178.

33. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 252.

(constitucional ou não), emitida pelos legítimos representantes do povo (Poder Legislativo), que não tinham o compromisso de observar a Constituição, tendo-se que o princípio da legalidade imperava e ainda se vivia a era das codificações, com o eixo liderado pela Alemanha vencido, ruindo com isso toda a racionalidade do homem como meio, tornou-se imperativa a mudança de paradigma, pois não só a população, mas também os poderes constituídos começaram a perceber que havia algo de equivocado no discurso que tratava o Direito como impermeável à justiça, à ética e à moral.

Com o advento da Constituição de Bonn, em 1949, e posteriormente a criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951, discussões acerca do real alcance dos princípios e valores, assim como a eficácia das normas constitucionais e a força normativa da Constituição³⁴ passaram a se fazer presentes, motivo por que com Barroso concordamos, quando este diz que a “quadra atual é assinalada pela superação dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo”³⁵.

Tributária do período Pós-Guerra é também a compreensão da amplitude do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo certo que o Homem foi novamente entronizado, deixando de ser um meio e passando a ser um fim em si mesmo. Fruto da construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal Alemão, é também o reconhecimento dos princípios como normas, diferenciando-se das regras por serem aqueles “mandados de otimização”³⁶, normas com “grau de generalidade” relativamente alto”, comportando, por serem mais abertos que as regras, sopesamento ou ponderação entre si, quando conflitantes no caso concreto.

Nesse particular, passou-se a perceber que a colisão entre regras é sempre resolvida por critérios como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas o embate entre os princípios é solucionado de maneira diversa, tendo-se que, analisando o caso concreto, o aplicado do direito há que, argumentando juridicamente, afirmar que um princípio cede ao outro, o que não implica a derrogação do princípio cedente naquele momento, e sob aquela condição, deixado de lado, explicando Alexy que nos casos concretos “os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência”³⁷, prosseguindo para afirmar que o “conflito 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”.

Para Dworkin, a principal diferença entre princípios e regras é de “natureza lógica”³⁸, sendo certo que estas são aplicáveis à maneira do “tudo-ou-nada”, “enquanto aqueles possuem uma dimensão de peso ou importância [...]. Quando os princípios se entrecruzam, [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”³⁹.

Ambos os mestres, fulcrados, sem dúvida, na modificação paradigmática ocorrida na segunda metade do século vinte, nos ensinam que a resolução da colisão firmada entre os conflitos sempre será decidida concretamente, observando-se qual princípio, sob aquela determinada condição, deverá prevalecer, utilizando-se o examinador sempre do que Alexy chamou de “máxima da proporcionalidade”⁴⁰, que consiste, em comprimida síntese, na utilização de critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Estabelecido o novo paradigma segundo o qual os princípios se revestem de natureza normativa e colidem com outros princípios no caso concreto, e sendo certo que diversos princípios são corolários implícitos ou explícitos do Texto Constitucional, ao Poder Judiciário, vinculado que estava de modo objetivo aos ditames constitucionais, caberia a missão de decidir qual o peso que cada princípio teria no caso concreto.

Se é certo que essa mudança de racionalidade ocorreu na Europa na segunda metade do século passado, não menos certo é afirmar que aqui no Brasil tais discussões somente passaram a fazer parte do cotidiano jurisprudencial com o advento da Constituição de 1988, eivada de valores e princípios tão caros à Democracia e ao Estado Social de Direito. Nesse contexto, não é mais admissível que o Judiciário permaneça com a mentalidade própria de um período autoritário, quando a Constituição inaugurou o período mais longo de democracia da nossa história.

No *leading case* da EMBRAER – sim, voltamos a ele – pode-se vislumbrar claramente o conflito entre princípios constitucionalmente assegurados, a saber o princípio da livre iniciativa (art. 170), se contrapondo ao princípio da valorização do trabalho humano. As condições apontadas pela empresa para a despedida em massa de mais de 4.200 trabalhadores, naquele momento, era a crise mundial, que tinha como epicentro os Estados Unidos da América, principal consumidor, não havendo outra alternativa senão a resilição contratual. Estabelecido o conflito,

34 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

35 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 3. ed., 2011. p. 269.

36 Ver ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87-90.

37 Op. cit. p. 94.

38 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 39.

39 Op. cit. p. 42.

40 Op. cit. p. 117.

várias foram as propostas firmadas para a tentativa conciliatória (suspensão contratual, prolongamento do aviso prévio, garantia de emprego para os empregados não dispensados etc.), não tendo sido quaisquer delas aceitas pelo patronato, que só desejava uma coisa: se livrar dos trabalhadores. O TST em nenhum momento sopesou realmente princípios constitucionais, pois, se assim tivesse procedido, iria perceber que, mesmo sendo supostamente “necessário” o ato empresarial, o meio não era adequado, pois, como restou amplamente proposto pelo Regional, havia outras alternativas que não a pena capital da rescisão do contrato. Toda a fundamentação inicial levava a crer que a decisão não seria aquela, consagrando a “segurança jurídica” da empresa como fundamento “forte” em detrimento do valor maior que é o valor do trabalho humano.

O juiz-constitucional não pode perder de vista a sua missão, que é zelar pelas normas Constitucionais, aí compreendidas como regras e princípios, que não diferem em grau de hierarquia, e esse é justamente o motivo por que o preceito normativo contido no artigo 7º, I da CRFB/88 não pode mais ser interpretado ignorando o princípio da dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, o objetivo da prevalência dos direitos humanos, a construção de uma cidade livre, justa e solidária, que vivemos sob o império de um Estado Democrático de Direito, que não mais tolera o arbítrio, e que o princípio da livre iniciativa não é posto na Constituição de forma solitária, devendo o mesmo ser conciliado com a função social da propriedade e, principalmente, a busca do pleno emprego. Ao assumir esse compromisso, o juiz-constitucional também se casará com a noção de que o processo é apenas um instrumento⁴¹ para o alcance da justiça⁴².

6. A realidade se impõe

Não obstante seja válido e atual o debate acerca do evidente abuso de direito (art. 187 do Código Civil) na despedida do empregado sem qualquer motivação, tendo-se que o empregador excede flagrantemente o seu chamado direito potestativo, causando um dano ao obreiro, que teve a sua dignidade ofendida, pelo livre exercício de uma cláusula potestativa unilateral invocada pelo seu patrão⁴³, a discussão foge aos limites estabelecidos nesse trabalho, que intenta justificar como o paradigma dominante da interpretação estabelecida em torno do artigo 7º, I da Constituição Federal impede o acesso do trabalhador com vínculo contemporâneo de emprego ao Judiciário.

Isso porque não se pode ignorar a realidade de que o trabalhador com vínculo de emprego vivo, normalmente, mesmo sabendo e vendo seus direitos trabalhistas serem ofendidos diuturnamente pelo seu empregador, não ingressa com qualquer ação perante a Justiça do Trabalho, tendo em vista que se o fizer, ajudará a engrossar a fila dos desempregados. Discorrendo sobre o tema, afirma Bezerra que: “*A Justiça do Trabalho tornou-se justiça de desempregados. Mas as causas disso desbordam de seus cancelos. O próprio ordenamento jurídico tem sido assim. O direito do trabalho é o direito do trabalhador; o direito de propriedade é o direito do proprietário; o direito contratual é o direito do já contratante. Minguados são os dispositivos e os direitos do desempregado, do não proprietário (excluído), do não contratante ou pré-contratante. O direito tem sido um mecanismo de controle social para os incluídos e não dos excluídos. A realidade econômica olvida a realidade social. Somente a vontade política poderá evitar que a difusão da racionalidade econômica transforme um tecido social diversificado num amálgama de consumidores passivos. O que resulta é o caos social*”.⁴⁴

De fato, interpretar o artigo 7º, I da Constituição Federal como dependente de norma infraconstitucional, repudia não tão-somente o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais, mas também menospreza o princípio da supremacia constitucional, sendo certo que há mais de vinte e dois anos a Carta Política foi promulgada e ainda não foi confeccionada a aludida Lei Complementar, estando, segundo interpretação dominante, o Dispositivo Maior a depender de Lei Menor, contrariando a ordem legal.

Isso sem atentar para o próprio artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estatui que “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere ao 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”, que, como a sua própria natureza estabelece, é transitório e não permanente. A pergunta, então, é inevitável: pode uma norma transitória ser válida durante mais de vinte e dois anos, a pretexto de suprir suposta lacuna constitucional? A resposta sempre será negativa, atentando-se para uma anomia legislativa, que contribui em muito para o aumento da classe dos excluídos, que sequer podem invocar a garantia constitucional do acesso à justiça na sua acepção mais primitiva, que é o pleno exercício do direito de ação perante o Poder Judiciário, posto desprovidos

41. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 4. ed. 2000.

42. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 9. ed. 2001. p. 159-161.

43. Código Civil, 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**. (grifos nossos)

44. *Acesso à Justiça. Um problema ético-social no plano da realização do direito*, p. 173.

de qualquer proteção jurídica que lhes garanta o emprego pelo livre exercício de uma garantia fundamental. A reflexão sobre a ponderação de interesses constitucionais também merece atenção. Se é certo que o trabalho é um direito social – o valor social do trabalho é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil – como este pode restar obstado pelo simples fato de o empregado exercer o seu direito de acionar o Judiciário? A resposta, tendo-se o paradigma dominante segundo o qual o empregado pode ser imotivada e arbitrariamente dispensado pelo seu empregador, devendo receber somente uma indenização de quarenta por cento, incidente sobre o valor depositado a título de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, é algo que atenta contra a adequação, utilizada como um dos critérios para a ponderação de interesses constitucionais, ao lado da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito⁴⁵. Forma-se, então, uma aporia, pois, adotando-se a interpretação dominante, é quase que materialmente impossível o livre exercício pelo empregado do seu direito de ação durante o curso da relação de emprego, exceto se protegido por alguma garantia empregatícia. Isso é fato repetido diuturnamente nos fóruns trabalhistas e menosprezado pelos Magistrados, que resolvem se contentar com a suposta existência do direito potestativo de o empregador dispensar o seu empregado sem a apresentação de qualquer motivo, ignorando-se que o valor-princípio do trabalho é elevado e prevalece no caso concreto.⁴⁶

A interpretação constitucional dominante, além de atentar contra os princípios já aludidos, se constitui em um ilícito legal, gerando, o que convencionou chamar Montesquieu de “*corruption du droit par la loi*”.⁴⁷ Até poderíamos ir além, afirmando que o paradigma hermenêutico dominante é um grande obstáculo à transformação, ou evolução social.

O quadro relatado se torna mais grave quando prestamos atenção à regra do artigo 7º, XXIX do Texto Constitucional, segundo a qual o direito de ação do empregado prescreve em cinco anos durante a relação de emprego, sendo mais uma vez gerada uma aporia, pois se o empregado ingressa com a ação, fatalmente perde o emprego, se não ingressa, o direito prescreve.

Ainda mais interessante é perceber que a prescrição do direito de ação está justamente, topograficamente localizada no artigo que estatui em seu *caput* o princípio do não-retrocesso social, que sempre assegura a evolução legislativa aos trabalhadores. Ora, a prescrição não é direito e sim um anti-direito.

O que mais causa indignação, é que essa realidade não é ignorada por ninguém, ao revés, é assunto corriqueiro e pauta que se faz presente na imprensa, mas mesmo assim o Supremo Tribunal Federal ainda mantém o entendimento de que ao empregador é dado dispensar o empregado sem motivo, acolhendo a hipótese da dispensa arbitrária como sendo lícita, quando, na verdade, o ato deve ser tido ilícito, vez que o próprio artigo 7º, I do Texto constitucional previu hipótese de indenização e, se tal é viável, significa dizer que o ato de dispensa sem qualquer motivação é contrário à Lei, caso contrário, o empregado “agraciado” com a benesse da indenização estaria se enriquecendo ilícitamente, o que é terminantemente vedado pelo Direito.

Ademais, nunca é excessivo lembrar que o artigo 7º, I da Constituição Federal encerra norma de eficácia plena, ou auto-aplicável, não necessitando de qualquer regra infraconstitucional para o seu amplo alcance. Referido dispositivo legal já contém em si a “proteção contra a dispensa arbitrária”, sendo esta entendida a que não se pauta em qualquer motivo ou motivação (denúncia contratual vazia ou *ad nutum*). Essa interpretação sim, no nosso sentir, homenageia o princípio da supremacia constitucional e dá ampla aplicabilidade ao direito fundamental do trabalhador⁴⁸.

7. Uma luz processual no fim do túnel

Diante do quadro hermenêutico já delineado, uma solução surge para despersonalizar o empregado que deseja exercer o seu direito constitucional de ação perante o Poder Judiciário: a substituição processual, que, bem utilizada, tanto pelo Ministério Público do Trabalho, quando pelas agremiações, permite o amplo acesso do trabalhador com vínculo de emprego contemporâneo à Justiça.

O artigo 8º, inciso III da Carta Política de 1988 estatui que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Embora, no nosso sentir, seja clara a interpretação segundo a qual o referido dispositivo encerra hipótese de ampla substituição processual pelos sindicatos⁴⁹, até os dias atuais a jurisprudência ainda vacila em relação ao alcance do mesmo, ora admitindo, ora não, a substituição processual pelo sindicato no tocante a qualquer direito individual dos membros de uma determinada categoria, tanto que o Superior Tribunal do Trabalho, após o cancelamento da sua súmula 310, em 01/10/2003, ainda não confeccionou uma nova que pudesse traçar uma diretriz mais segura sobre o “entendimento da hora”.

45 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. 2004, p. 209-214.

46 Em 01/07/2001, no auditório do TRT da 5ª Região, Ministrando palestra sobre o princípio da proporcionalidade, citando Branquinho da Fonseca, disse Celso Castro que “o Direito é o último vagão do comboio social”.

47 In GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2009, p. 46.

48 CRFB/88, art. 5º, § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

49 Na verdade, cremos que a natureza do instituto é de legitimação autônoma para a condução do processo, todavia, como o artigo não se presta a discutir a mesma, para simplificar, e sem alterar o alcance prático do instituto, dizemos que se trata de substituição processual, enquadrando a hipótese na divisão clássica do processo.

Discorrendo sobre o tema, afirma Ben-Hur Silveira Claus, que: “a par do limite objetivo da origem comum dos interesses, a demanda deve abranger, também, um certo número de membros da categoria, de modo que a presença de um grupo de trabalhadores interessados venha a justificar a necessidade da tutela coletiva de direitos trabalhistas que a substituição processual instrumentaliza. Não se faz necessário que sejam abarcados, pela substituição processual sindical, todos os trabalhadores da empresa ou todos os empregados de um determinado setor. Basta que um grupo de trabalhadores, de certo setor da empresa, recorra ao sindicato profissional para postular um interesse trabalhista de origem comum a todos os membros daquele grupo”.⁵⁰

Com tal posicionamento não concordamos. O artigo 8º, III não prevê qualquer limitação à quantidade de membros da categoria que podem ser processualmente substituídos, sendo possível a agremiação agir na defesa de apenas um ou dois empregados, sem, no entanto, expô-los no processo de conhecimento⁵¹, pois só assim o escopo do instituto se impõe.

Na doutrina, no entanto, há posicionamentos que vão de um extremo ao outro, desde aqueles para quem o direito de substituição processual pelo sindicato está restrito tão-somente àquelas hipóteses especificamente previstas na CLT e legislação trabalhista extravagante⁵² até aqueles que, situados no outro extremo, sustentam caber tal ação para a defesa de qualquer interesse trabalhista do trabalhador substituído⁵³, inclusive tratando-se de um único trabalhador⁵⁴. Como já afirmado ao norte, o Direito não pode virar as costas à realidade, deixando de perceber que o empregado não detentor de garantia de emprego está desprotegido para reivindicar seus créditos trabalhistas perante o Judiciário durante o curso da relação de emprego, sendo uma solução processual viável o acolhimento da tese segundo a qual o sindicato pode ser substituto processual de forma ampla, o que atende totalmente ao princípio da máxima eficácia das normas constitucionais. Nesse sentido, já afirmou Marcílio Florêncio Mota: a substituição processual opera a despersonalização do conflito pela presença do substituto processual no polo ativo do processo. A afirmação dos direitos, a partir do processo, dar-se-á sem a necessidade de que a pretensão de recomposição seja apresentada por quem é o seu titular. Assim, o pedido de reparação ou de efetivação dos direitos não deixa de ser veiculado pelo temor de represálias.⁵⁵

8. Notas conclusivas

Como arremate, conclui-se que, embora a Carta Política de 1988 tenha trazido dispositivo de vanguarda, assegurando a proteção contra a despedida arbitrária, a interpretação decorrente da redação do mesmo não o acompanhou nesse intento, tendo prevalecido tanto da doutrina quanto na jurisprudência pátrias, o paradigma dominante segundo o qual o empregador possui direito potestativo de dispensar o seu respectivo empregado sem apresentar qualquer motivação, o que é fator impeditivo de acesso à justiça de forma plena ao obreiro, que, mesmo percebendo o perecimento do seu direito no curso da relação empregatícia, se vê obrigado a aguardar o fim da vinculação, para, somente então, ingressar com ação perante o Poder Judiciário Trabalhista, que se constitui na atualidade como uma legítima justiça de excluídos.

6. Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 5. ed., 2003.
- _____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça. Um problema ético-social no plano da realização do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CAMPANHOLE, Adriano. **Todas as Constituições do Brasil**. São Paulo: editora Atlas, 1971.
- CAPPELLETTI, Mauro. BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- CATHARINO, José Martins. **Em defesa da estabilidade**. Despedida x estabilidade. São Paulo: LTr, 1968.
- CESARINO JR. **Estabilidade e fundo de garantia**. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

50 *Substituição Processual Trabalhista. Uma elaboração teoria para o instituto*, 2003, p. 114.

51 Segundo o artigo 95 da Lei n. 8.078/90, a sentença a ser proferida deverá ser genérica, não sendo interessante já na fase de conhecimento a famosa lista de substituídos, pois somente quando do procedimento de liquidação, se for o caso, os mesmos serão identificados.

52 ROCHA, Osiris. Substituição processual na justiça do trabalho, *Revista LTr*, São Paulo, ago. 1991, v. 55, n. 08, p. 924.

53 VIANA, Márcio Túlio. A substituição processual e o enunciado n. 310/TST, *Repertório IOB de jurisprudência*, 1ª quinzena de junho de 1998, n. 11/98, caderno 2, p. 227.

54 DALAZEN, João Orestes. Notas sobre a substituição processual e a Lei n. 8.073/90, *Revista LTr*, São Paulo, out. 1991, v. 55, n. 10, p. 1.164.

55 *A substituição Processual por Sindicatos. O Acesso dos Trabalhadores à Ordem Jurídica Justa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris. 2008, p. 64.

- CHAVES, Luciano Athayde. **Trabalho, Tecnologia e Ação Sindical. A condição bancária no panorama da acumulação flexível.** 1ª ed. São Paulo: ANNABLUME editora, 2006.
- DALAZEN, João Orestes. **Notas sobre a substituição processual e a Lei n. 8.073/90.** Revista LTr, São Paulo, out. 1991, v. 55, n. 10.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica.** 2ª ed. São Paulo: editora Saraiva, 2009.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação Civil Pública, na perspectiva dos Direitos Humanos.** 2ª ed. São Paulo: LTr, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e execução Imediata da Sentença.** 2ª ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1998.
- MONTESQUIEU, **O espírito das Leis.** 7. Ed., São Paulo: Saraiva. 2000.
- MOTA, Marcílio Florêncio. **A substituição Processual por Sindicatos.** O Acesso dos Trabalhadores à Ordem Jurídica Justa. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008.
- ROCHA, Osiris. **Substituição processual na justiça do trabalho.** Revista LTr, São Paulo, ago. 1991, v. 55, n. 08.
- SILVA, Antônio Álvares da. **A Convenção 158 da OIT.** Belo Horizonte: RTM, 1996.
- STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT.** 2. Ed., São Paulo: LTr, 1998.
- VIANA, Márcio Túlio. **A substituição processual e o enunciado n. 310/TST.** Repertório IOB de jurisprudência, 1ª quinzena de junho de 1998, n. 11/98, caderno 2.