

LIMITAÇÕES TEMPORÁRIAS À FACULDADE PATRONAL DE DESPEDIR (*)

Orlando Teixeira da Costa (**)

SUMÁRIO: 1. Retrospecto histórico; 2. Origem da estabilidade provisória; 3. Desempenho do Poder Judiciário na criação da estabilidade provisória à gestante; 4. Outras modalidades de estabilidade temporária; 5. Conclusão.

1. Pelo menos há um quarto de século, com a gestação da Recomendação n. 119, de 26 de junho de 1963, da OIT, sobre a terminação da relação de trabalho por iniciativa do empregador, que a concepção dominial de empresa entrou em franca decadência, senão, pelo menos, em crise no âmbito das idéias e dos fatos.

Não se investigou, ainda, até onde o sistema de emprego vitalício existente no Japão, principalmente após o término da Segunda Guerra Mundial, mas enraizado, provavelmente, no sistema de aprendizado feudal daquele país, terá contribuído para a evolução verificada nos ordenamentos jurídico-laborais do Ocidente, no sentido da negação do caráter temporário das obrigações trabalhistas e em busca da perdurabilidade dessas mesmas relações. O fato, porém, é que foi principalmente a partir da década de cinquenta que as legislações ocidentais começaram a subordinar o despedimento individual por iniciativa do empregador à exigência de motivações mais amplas do que a mera justa causa. Na Alemanha, por exemplo, a lei de proteção contra o despedimento, quer em sua primeira versão (1951), como na posterior (1969), estabeleceu que só é lícita a despedida "socialmente justificada". Por influência reflexa, a lei italiana de 1966 subordinou-a às exigências de "justa causa" ou de "justificado motivo"; a lei francesa de 1973, à ocorrência de "causa real e séria"; a lei portuguesa de 1975, assimilando o direito italiano, impôs, além da "justa causa", o "motivo atendível"; finalmente, o Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, promulgado em 1980, adotou "a generalização do princípio da causalidade do despedimento".

Mas foi principalmente com a aprovação da Convenção n. 158 da OIT, sobre terminação da relação de trabalho por iniciativa do empregador, de 22 de junho de 1982, que se sedimentou, a nível internacional, a chamada teoria da nulidade da despedida arbitrária.

No Brasil, adotado, inicialmente, o princípio da estabilidade, após dez anos de efetivo exercício, no âmbito do serviço público, estendeu-se a vantagem para os

(*) Artigo em homenagem a Mozart Vitor Russomano, publicado pela Universidad Nacional Autonoma de Mexico, em tradução espanhola de Luis Eduardo Martínez Gazca, na obra coletiva intitulada "Cuestiones Laborales", coordenada pelo Professor Jose Davalos.

(**) O autor é Ministro do Tribunal Superior do Trabalho e Professor Titular da Universidade Federal do Pará, colocado à disposição da Universidade de Brasília, Brasil.

trabalhadores em geral, beneficiando, inicialmente, os operários das ferrovias, através da Lei n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923. Iniciou-se, então, um processo de generalização e de uniformização, que se consumou com a Lei n. 62, de 5 de junho de 1935 e se consolidou com o Decreto-lei n. 5.452, de 1.º de maio de 1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho.

2. Enquanto, porém, no mundo, restringia-se a concepção dominial da empresa, conforme tentamos demonstrar, na república brasileira o campo das relações jurídicas, interagindo com o campo das relações econômicas, acabou por determinar uma retração dessa instituição, tendo em vista perseguir o desenvolvimento, sob a preocupação de privilegiar o econômico em detrimento do social.

Pela Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966, foi criado o sistema do FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), pelo qual se possibilitava uma ilusória opção do trabalhador entre esse sistema de livre despedimento pelo empregador e o da estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, que proíbe a despedida do estável, salvo por justa causa e desde que previamente autorizada pela Justiça, mas que, praticamente, acabou por extinguir com essa garantia de emprego no meio urbano, onde apenas um pequeno percentual de obreiros continuou regulado pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, chamado de celetista, uma vez que os patrões passaram a exigir a opção permitida por lei, na data da admissão ao emprego, desencadeando, com isso, uma mobilidade de mão-de-obra anteriormente nunca vista no país.

Embora se vivenciasse, por ocasião da aprovação dessa lei, um clima de governo caracteristicamente autoritário, o clamor da opinião pública foi tamanho durante a sua discussão no Congresso Nacional, que através de processo de negociação entre as lideranças sindicais e o Governo, e a título de compensação, várias pequenas vantagens acabaram sendo introduzidas na redação do projeto ou no texto de lei, após a sua promulgação, através do Decreto-lei n. 20, do dia imediato ao da lei (14 de setembro de 1966), entre elas o instituto de uma estabilidade sindical ou provisória (art. 25), que acabou resultando na primeira modalidade de limitação temporária da faculdade patronal de despedir, mesmo quando ampla, como nos casos em que o empregado é optante pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou ainda não atingiu a estabilidade decenária da CLT ou da lei reguladora do trabalho rural (n. 5.889, de 9 de julho de 1973).

Com as restrições criadas à estabilidade absoluta, começaram a medrar as iniciativas para multiplicar as hipóteses dessa estabilidade especial, temporária ou provisória, que assegura o emprego durante certo tempo, enquanto perdurar a causa geradora da mesma.

Pelo art. 25, da Lei n. 5.107/66, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-lei n. 20, do mesmo ano, mais tarde transferido para a CLT (art. 543, § 3.º, hoje com a redação da Lei n. 7.543/86), o dirigente sindical não pode ser dispensado sem justa causa, desde o registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou associação profissional, até um ano após o final de seu mandato, caso seja eleito, inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos da lei, ou seja, através de inquérito processado em juízo.

Posteriormente, pelo art. 57 da Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, essa mesma garantia foi estendida aos empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas pelos mesmos criadas.

Vindo a lume a Lei n. 6.514, de 22 de dezembro de 1977, que alterou a redação do capítulo da CLT sobre segurança e medicina do trabalho, foi introduzida, pela primeira vez, na legislação brasileira, a teoria da nulidade da despedida arbitrária, mediante a garantia de emprego aos titulares da representação dos empregados nas Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPAs). Segundo o art. 165 da CLT, em sua redação atual, esses trabalhadores não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Cabe à Justiça do Trabalho, ocorrendo a despedida, pronunciar-se a respeito, por provocação do empregado, incumbindo ao empregador comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados pela lei, sob pena de ser condenado a reintegrar o trabalhador.

3. Em que pese a colaboração legislativa, foi, no entanto, através do exercício do poder normativo da Justiça do Trabalho que o instituto da estabilidade provisória mais frutificou no Brasil.

Denomina-se poder normativo a competência atribuída pela Constituição (art. 142 e seu § 1.º) à Justiça do Trabalho para conciliar e julgar dissídios coletivos de natureza econômica, estabelecendo normas e condições de trabalho para todos os integrantes de categorias empregada e empregadora afins, quando as mesmas manifestam antagonismos e divergências insuscetíveis de serem resolvidos por via convencional.

Ocorre que a Carta Magna dispõe, igualmente, que a lei especificará as hipóteses em que as decisões normativas poderão estabelecer condições de trabalho.

Face a essa preceituação, nem sempre o Supremo Tribunal Federal tem plácido condições de trabalho instituídas pela Justiça laboral, mas não há dúvida que, por influência principalmente da Presidência do Tribunal Superior do Trabalho, no uso da sua competência de juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários, versando exclusivamente sobre matéria constitucional e dirigidos à Suprema Corte, vem ele prestigiando, muitas vezes, as criações normativas desse ramo especializado do Poder Judiciário.

É aqui que cabe ressaltar o papel importante que desempenhou, nesse processo de criação, Mozart Victor Russomano, quando no exercício da presidência do Tribunal Superior do Trabalho, no biênio integrado pelo ano de 1974.

É que nesse ano proferiu o eminente jurista um despacho que hoje é uma peça histórica, porque conseguiu assegurar uma condição de trabalho, que havia instituído a estabilidade provisória da empregada gestante, com fundamento em preceito constitucional e por analogia com a disposição legal que criou a estabilidade sindical.

Nada melhor do que ele para expor a geratriz dessa condição de trabalho.

Apreciando o cabimento de recurso extraordinário interposto pelo Sindicato das Indústrias de Abrasivos do Estado de São Paulo e outros, no processo de

dissídio coletivo em que litigavam com o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas e Farmacêuticas de Suzano, aquele eminente jurista assim se expressou:

“A matéria tem, no meu entendimento, alta relevância.

Em ação de dissídio coletivo, a Justiça do Trabalho, neste caso, enfrentou o problema da **estabilidade provisória da gestante**.

Tratando-se de estabilidade provisória, dois exemplos são, correntemente, apontados no direito brasileiro: a) do dirigente sindical; b) da gestante.

A estabilidade do dirigente sindical encontra base no texto do art. 543 da Consolidação.

A redação anterior desse dispositivo não era suficientemente clara, inclusive, propiciando dúvidas — das quais sempre participei — quanto à existência de uma estabilidade provisória em favor do dirigente sindical brasileiro.

A deficiência do direito positivo nacional, porém, felizmente, foi sanada, através do Decreto-lei n. 229, de 28 de fevereiro de 1967. Essa norma foi a lápide definitiva sobre o assunto, pois o § 3.º, do mencionado art. 543, com clareza cortante, estabelece a estabilidade provisória do dirigente sindical e, como é próprio do instituto, demarca os limites de sua duração: do momento do registro da candidatura, até doze meses após o término do mandato.

O fundamento dessa estabilidade é óbvio, mas, apenas, como fundamento ou razão de decidir, cumpre ser lembrado: o líder dos movimentos sindicais está na crista da onda das reivindicações operárias, terminando por ser alvo das atenções e, eventualmente, das represálias patronais. Para isso, o legislador moderno (e dá-se, assim, à afirmativa sentido amplo, em termos de Direito Comparado) defende-o de perseguições, cobrindo-o com o escudo protetor de uma estabilidade que nasce com a candidatura, terminando com a derrota eleitoral ou — em caso de eleição — doze meses após o cumprimento do mandato sindical.

Com a **gestante**, que é o caso dos autos, ocorreu, do ponto de vista do direito positivo, algo semelhante. A raiz da estabilidade provisória da gestante está, hoje, no art. 165, inciso XI, da Constituição da República.

Ali declara o constituinte que a gestante terá direito a repouso remunerado, antes e depois do parto. E, nesse ponto, o legislador ordinário dispôs minuciosamente, na forma do art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Mas, a *norma constitucional não se limita a isso*. O art. 391, *caput*, da Consolidação, tendo como referência, por certo, o Direito Comum e querendo dispor claramente em sentido oposto, diz **não ser justo motivo** para a despedida o fato de a mulher contrair matrimônio ou encontrar-se grávida. O constituinte, indo bastante além, no mencionado inciso XI, acrescenta que essa vantagem será concedida **sem prejuízo do emprego**.

Isso significa dizer que a gravidez da mulher (não é outra a lição unânime dos escritores brasileiros) cria um regime especial de estabilidade, tipicamente transitória.

Ao revés do que ocorreu, porém, com a estabilidade do dirigente sindical, o legislador ordinário não indicou o momento em que se extingue essa estabilidade.

Por isso, no uso de seu poder normativo, a decisão recorrida (em momento relevante da história da competência da Justiça do Trabalho para solução dos conflitos coletivos e criação de normas propícias à segurança da vida social) veio considerar que essa estabilidade merece ser disciplinada mais precisamente.

Tomou, então, como paradigma, a regra referente aos líderes sindicais (CLT, art. 543). Se é evidente que a estabilidade da gestante começa com a gravidez, não se sabe, pelo inciso XI, do art. 165, da Carta, quando ela termina. Não é com o parto ou com o aborto, evidentemente, eis que o legislador lhe confere, logo a seguir, repouso remunerado.

A gestante, como o dirigente sindical, pode ser alvo da represália do empresário, através da despedida. E, agora, essa possibilidade se torna gravíssima, pois atinge a trabalhadora-mãe, em momento difícil de sua vida.

A gravidez reduz a capacidade física da mulher. Após o parto, sobrevêm a amamentação, a lenta recuperação da gestante, os cuidados devidos ao filho.

Admitir-se a despedida sumária da empregada logo após o nascimento do filho ou o término do período de auxílio-maternidade seria o mesmo que se admitir a despedida do dirigente sindical logo após a extinção de seu mandato.

Se o legislador ordinário, expressamente, no art. 543, § 3.º, estabeleceu um prazo de **persistência da estabilidade** nada mais plausível do que se adotar o mesmo critério relativamente à gestação da empregada, de modo a garantir-lhe, **efetivamente**, a volta ao emprego, ao menos por um prazo curto e razoável, quando ela terá recuperado sua capacidade normal de trabalho.

Não vemos, por isso, a pretendida violação do art. 142, § 1.º, da Carta Constitucional, eis que tudo resulta da própria Constituição (art. 165, Inc. XI) e da aplicação analógica — por via de sentença normativa — do art. 543, § 3.º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Por outro lado, a citação do art. 153, § 2.º, como fundamento do recurso extraordinário, deve ser compreendida como a referência **habitual**, que **in extremis**, sempre se tem feito, ao tentar o extremo apelo ao Pretório Excelso.

No que diz respeito, finalmente, ao art. 165, Inciso XI, da Constituição da República, também apontado como ferido, acima se demonstrou que, ao revés, foi em cumprimento à sua letra e ao seu espírito que este Tribunal Superior decidiu aquilo que decidiu.

Acentuo, para concluir estas observações, que a decisão adotada em favor da trabalhadora gestante, longe de merecer a crítica dos juristas e dos juizes, deve receber amparo, aplauso e estímulo.

É um capítulo relevante da história da proteção à mulher que está na contingência de trabalhar para manter sua família ou ajudar a mantê-la.

Considero um privilégio do Tribunal Superior do Trabalho haver escrito esse capítulo e tenho a íntima e profunda convicção de que não seria o Eg. Supremo Tribunal Federal — sempre coerente na sua linha de tradições — que riscaria essa bela página da jurisprudência normativa”.

Ocorre que tendo sido recorrente a categoria econômica, o recurso teve que ser trancado. Mas, apreciando esses mesmos fundamentos em recurso extraordinário que acabou sendo processado em face de provimento dado a agravo de instrumento, o Supremo Tribunal Federal atribuiu constitucionalidade a essa cláusula normativa, como ocorreu no recurso extraordinário 79.317, oriundo de São Paulo.

As sentenças normativas da Justiça do Trabalho têm fixado o prazo da estabilidade à gestante variadamente, conforme o pleito apresentado pela entidade sindical da categoria profissional. Ora sessenta dias, ora noventa, ora cento e vinte, ora seis meses e até um ano, algumas poucas vezes. O limite máximo, porém, tem sido esse, pois se estende, também, até um ano após o término do mandato, a estabilidade sindical que serviu, analogicamente, para criar a condição de trabalho em relação à gestante.

4. Explorando esse filão, os precedentes normativos dos Tribunais acabaram por instituir outras modalidades de estabilidade temporária, assimilando o exemplo de Russomano, no que diz respeito à fundamentação da norma. Podemos, pois, a esta altura, indicar pelo menos mais cinco outros tipos de estabilidade especial, restritivos ao princípio do direito potestativo do empregador de despedir. São as estabilidades do acidentado, do alistado, do suplente de CIPA, do idoso e dos integrantes da categoria profissional que obteve sentença normativa favorável.

Não é raro que o patrão, ao ter que receber de volta o empregado que se afastou por motivo de acidente no trabalho, o despeça por alguma das seguintes razões: porque teve a sua capacidade laborativa diminuída, porque já admitiu outro trabalhador mais apto em seu lugar, por entender que o empregado poderia ter evitado o acidente, etc. Face a esse procedimento, os sindicatos passaram a pleitear a estabilidade provisória do acidentado, quando retorna do benefício da Previdência Social, como maneira de assegurar-lhe o emprego, já que, via de regra, não possui a estabilidade decenária da CLT.

Apreciando ações coletivas originárias ou mesmo recursos ordinários interpostos contra sentenças normativas proferidas por Tribunais Regionais, o Tribunal Superior do Trabalho, depois de alguma hesitação, tem, ultimamente, concedido a cláusula ante os seguintes fundamentos.

A despedida do acidentado por ocasião do seu retorno do benefício concedido pela Previdência Social constitui, no mínimo, uma falta de solidariedade humana. Para evitar que tal ocorra, o parágrafo único do art. 4.º da CLT mandou computar, na contagem do seu tempo de serviço, para efeito de indenização e estabilidade, os períodos em que o empregado estiver afastado do trabalho, por motivo de acidente do trabalho. No entanto, esse preceito resultará inteiramente ineficaz, se

não se assegurar a permanência no emprego, até algum tempo após o seu regresso. Afastando o trabalhador nessas circunstâncias, o patrão estaria obstaculizando a consecução da finalidade plena da lei, que exigiu a continuidade ficta da execução do contrato de trabalho durante o período de ausência do empregado, para garantir-lhe a permanência no emprego, já que foi vítima de um infortúnio trabalhando para a empresa.

O Tribunal vê, nesse preceito consolidado, uma autorização para o exercício do seu poder normativo, já que consubstancia hipótese legal em que o emprego deve ser mantido. Por isso, tem fixado em até cento e oitenta dias o prazo da estabilidade provisória do acidentado, a contar da sua apresentação ao emprego, depois de voltar do gozo do benefício previdenciário.

Outra situação que tem sido contemplada com essa garantia, por Tribunais Regionais do Trabalho, é a do trabalhador que se afasta do emprego para prestar serviço militar obrigatório.

A Lei n. 4.375, de 17 de agosto de 1964, que regula a prestação do serviço militar, assegura aos empregados, operários ou trabalhadores incorporados ou matriculados em Órgãos de Formação de Reserva, por motivo de convocação, o retorno ao cargo ou emprego respectivo, dentro dos 30 (trinta) dias que se seguem ao licenciamento ou término do curso, salvo se declararem, por ocasião da incorporação ou matrícula, não pretender a ele voltar (artigo 60).

Para possibilitar a exequibilidade dessa determinação legal, a CLT, em seu art. 483, § 1.º, permite ao empregado suspender a prestação dos serviços, quando tiver de desempenhar obrigações legais incompatíveis com a sua continuação. E o art. 472 do mesmo estatuto legal diz que o afastamento do trabalhador, nessas circunstâncias, não constituirá motivo para rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador, voltando a assegurar, no § 1.º, o direito de retomada do emprego, ao término da prestação do serviço militar obrigatório, desde que notifique o empregador dessa intenção, por telegrama ou carta registrada, dentro do prazo máximo de trinta dias, contados da data em que se verificar a respectiva baixa.

Além disso, e a exemplo do que acontece com o acidentado, a lei também manda computar, na contagem do seu tempo de serviço, para efeito de indenização e estabilidade decenária, esse tempo de suspensão do contrato (parágrafo único do art. 4.º da CLT) e ainda assegura que o tempo de trabalho anterior à apresentação do empregado para serviço militar obrigatório, seja computado no período aquisitivo das férias, desde que compareça ao estabelecimento dentro de 90 (noventa) dias da data em que se verificar a respectiva baixa.

Esse conjunto de preceituações legais é que tem alicerçado as razões daqueles que vêm instituindo ou autorizando a instituição dessa cláusula, que, entretanto, ainda não mereceu a aprovação do Tribunal Superior do Trabalho, já que o Supremo Tribunal Federal a vem considerando inconstitucional, ou seja, sem previsão legal para a sua criação. Note-se, entretanto, que a fundamentação aqui desenvolvida ainda não foi objeto de apreciação pela Suprema Corte, porque de elaboração recente.

De qualquer maneira, é usual a instituição da cláusula pelos Tribunais Regionais do Trabalho e, quando não há recurso ordinário interposto contra essas decisões, a norma incrusta-se nos contratos de trabalho dos integrantes da categoria profissional beneficiada.

Outra modalidade de estabilidade provisória é a prevista para os suplentes das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPAs). A lei contemplou com a garantia de emprego, conforme já visto anteriormente, apenas os titulares da representação dos empregados nessas condições (art. 165 da CLT). Mas a lei previu suplentes para esses titulares (art. 164, § 1.º). Esses suplentes, não poucas vezes, são convocados para substituir aqueles e os mesmos motivos que justificaram a garantia legal assegurada aos titulares, deve persistir ante essa ocorrência, pois as medidas adotadas pela comissão, para prevenir acidentes, pode desagradar o empregador e motivar a sua reação despedindo os empregados que atuaram nesse sentido.

Conseqüentemente, embora não prevista em lei, o Tribunal Superior do Trabalho tem assegurado, normativamente, aos suplentes, a mesma garantia de emprego dos titulares da representação dos empregados nas CIPAs.

A estabilidade provisória também tem sido atribuída, por sentença normativa, ao idoso, que se encontra a doze meses da aposentadoria.

O direito à previdência social, no caso de velhice, é preceito constitucional (art. 165, XVI, da Carta Magna). Não pode, portanto, ser obstaculizado por quem quer que seja. Como, entretanto, os órgãos previdenciários prestam benefícios com base em receita oriunda da contribuição de empregados, empregadores e Estado, essa receita tem que ser assegurada por meios coercitivos. E um deles é a suspensão das prestações previdenciárias, se o trabalhador ficar algum tempo sem contribuir. Ora, vindo isso a ocorrer no último ano de atividade do obreiro, poderá ele ter adiada, obstaculizada e até prejudicada a sua inatividade remunerada, se não conseguir completar o seu tempo mínimo de contribuição para a Previdência Social. Por isso é que se assegura o emprego ao idoso, nessas circunstâncias, a fim de que ele não seja prejudicado. Aqui, a autorização legal decorre, implicitamente, da própria Constituição.

Finalmente, garante-se, ainda, a estabilidade temporária aos empregados de categoria profissional que obtiveram sentença normativa contra a categoria profissional do seu empregador.

Normalmente as negociações coletivas são encaminhadas pelas lideranças sindicais. Nada impede, no entanto, que meros empregados sindicalizados desempenhem papéis secundários nessas tratativas e nem sempre os patrões são simpáticos a essa atuação. Não é difícil, pois, ocorrer revides patronais, após consumada uma convenção ou acordo coletivo ou obtida uma decisão normativa. Por isso, algumas categorias pleiteiam essa condição de trabalho para aqueles que, não dispoem de estabilidade por via legal, como os dirigentes sindicais, mereçam-na por via normativa, porque se expuseram aos rancores patronais durante as negociações ou no curso do processo.

A base legal, aqui, é a mesma do preceito que protege os dirigentes sindicais, mas o tempo atribuído à garantia costuma variar até, no máximo, 180 dias.

5. Como se vê, esse processo criativo de normas visando a garantia especial, temporária ou provisória do emprego, teve origem na lei, mas estendeu-se a várias outras hipóteses, por via da jurisprudência normativa. O embrião, entretanto, no âmbito do Judiciário, foi a estabilidade à gestante, para a qual contribuiu, com o inegável prestígio do seu nome de jurista, **Mozart Víctor Russomano**, ao tempo em que exercia o cargo de Presidente do Tribunal Superior do Trabalho. O despacho antológico de sua autoria, que transcrevemos neste artigo, tem sido fonte de inspiração para novas conquistas normativas do gênero, motivo pelo qual tem desempenhado e continuará desempenhando relevante papel na tecitura das condições de trabalho que visem a estabilidade provisória, como técnica de limitação temporária da faculdade patronal de despedir.