

Proteção contra a despedida arbitrária

Renato Rua de Almeida (*)

Introdução

I-A proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa como direito fundamental no texto constitucional brasileiro

II- As conseqüências jurídicas previstas pelo nosso ordenamento jurídico nas hipóteses da despedida arbitrária ou sem justa causa

Conclusão

Introdução

A relação de emprego está protegida no texto constitucional brasileiro contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

Esta proteção está prevista no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, como direito fundamental.

(*) **Renato Rua de Almeida** é advogado trabalhista, doutor em Direito pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne), professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da PUC-SP, membro da ANDT e do IBDSCJ.

Pretende-se examinar, numa primeira parte, qual o sentido e o alcance da classificação da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa como direito fundamental, e, numa segunda parte, quais as consequências jurídicas previstas no nosso ordenamento jurídico para as hipóteses de violação desse direito fundamental, isto é, nos casos em que a despedida seja arbitrária ou sem justa causa.

I- A proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa como direito fundamental no texto constitucional brasileiro

A Constituição brasileira de 1988 consagrou os direitos humanos como direitos fundamentais, como o fizeram anteriormente a Constituição alemã de 1949, a Constituição portuguesa de 1976 e a Constituição espanhola de 1978.

A consagração dos direitos humanos como direitos fundamentais, tanto os assim chamados de primeira geração ou dimensão – os direitos da cidadania previstos pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988 – , quanto os de segunda geração ou dimensão – os direitos sociais previstos pelos artigos 6º a 11 da Constituição Federal de 1988 -, implica dizer que essa positivação constitucional dos direitos humanos como direitos fundamentais exige aplicação imediata e vincula as entidades públicas e privadas, isto é, garante a eficácia técnica e social

desses direitos perante o Estado e perante as relações privadas.

Essa é a interpretação conforme o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988, ao dispor que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (1).

A propósito, o artigo 18, I, da Constituição da República Portuguesa, é mais claro que o texto constitucional brasileiro na afirmação da efetividade dos direitos fundamentais perante o Estado e perante as relações privadas, ao dispor que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

No entanto, o sentido e o alcance da aplicação imediata dos direitos fundamentais e da vinculação das entidades públicas e privadas, tanto no texto constitucional brasileiro quanto no português, são os mesmos, diante da perspectiva da efetividade dos direitos fundamentais numa visão pós-positivista do direito, em que os princípios constitucionais são normas jurídicas, assim como o são as regras jurídicas (2).

Portanto, a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa é, no texto constitucional, um direito fundamental social que exige aplicação imediata e vincula as entidades públicas e privadas (3).

Trata-se de direito fundamental social que adquiriu autonomia, como espécie, em relação ao direito ao trabalho, como gênero, na interpretação sistemática dos

artigos 6º e 7º, inciso I, ambos da Constituição Federal de 1988.

Aliás, essa distinção entre gênero e espécie de direito fundamental social é feita, também com maior clareza, pela Constituição da República Portuguesa de 1976, no cotejo da leitura dos artigos 53, que consagra a estabilidade no emprego, e 58, ao assegurar o direito ao trabalho, incumbindo ao Estado a execução de políticas de pleno emprego (4).

Na verdade, a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa vincula negativamente o empregador, na busca da eficácia horizontal dessa espécie de direito fundamental social, ao passo que o direito ao emprego vincula positivamente as entidades estatais na promoção de políticas públicas de pleno emprego, tendo em vista a eficácia vertical desse gênero de direito fundamental social .

Essa distinção entre o direito ao trabalho, como gênero, e a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, como espécie autônoma de direito fundamental social, é importante para a efetividade dos conceitos da aplicação imediata e da vinculação das entidades públicas e privadas.

Por fim, é preciso dizer que a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária refere-se à hipótese da despedida coletiva (conhecida no Brasil também como despedida em massa), que seria justificada quando houver uma causa objetiva da empresa, de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural, ao passo que a proteção contra a despedida sem justa causa refere-se à hipótese da despedida individual, que seria justificada

quando o empregado praticar falta disciplinar ou contratual (5).

II-As conseqüências jurídicas previstas pelo ordenamento jurídico nas hipóteses da despedida arbitrária ou sem justa causa

A proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa catalogada no texto constitucional brasileiro como direito fundamental implica dizer que conceitualmente o empregador não mais possui o direito potestativo de despedir.

O exercício do direito do empregador de despedir só ocorrerá quando a despedida coletiva não for arbitrária ou quando a despedida individual for em decorrência do cometimento pelo empregado de falta disciplinar ou contratual.

Daí concluir-se que tanto as despedidas coletivas quanto as individuais só teriam validade se justificadas.

Não havendo justificção para as despedidas coletivas e individuais, isto é, ocorrendo a despedida arbitrária ou sem justa causa, o ato unilateral do empregador é ilícito.

Na despedida individual sem justa causa a ilicitude está estipulada pelo artigo 186 do Código Civil, em decorrência do direito fundamental previsto pelo artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, ao garantir,

como visto, aos trabalhadores que a relação de emprego é protegida contra a despedida sem justa causa.

A ilicitude da despedida individual sem justa causa acarreta dano ao empregado pela perda do emprego.

Conseqüentemente, o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, prevê indenização compensatória decorrente da ilicitude do ato unilateral do empregador que ensejou a despedida sem justa causa e provocou dano ao empregado.

Daí concluir-se que esse princípio normativo constitucional autoriza dizer que a ilicitude da despedida sem justa causa, causadora do dano do desemprego, encontra também fundamento no artigo 186 do Código Civil, pelo que deverá ser reparada, nos termos do artigo 927 do mesmo diploma comum.

A indenização compensatória, nos termos dos artigos 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, e 18, § 1º, da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, corresponde ao pagamento de quarenta por cento do montante de todos os depósitos do FGTS realizados na conta vinculada do empregado, até que lei complementar venha a regulamentar o valor dessa indenização compensatória.

No entanto, a despedida individual sem justa causa poderá também ser revestida de outra ilicitude, aquela por abuso de direito, tal qual prevista pelo artigo 187 do Código Civil, isto é, quando a despedida violar a boa-fé objetiva, já que, na conformidade dos artigos 422 e 472 do Código Civil, compete às partes, no caso ao

empregador, guardar os princípios da boa-fé objetiva, tanto na conclusão e na execução do contrato, quanto na extinção.

A despedida abusiva ocorre nas hipóteses da violação pelo empregador da boa-fé objetiva consubstanciada, por exemplo, na figura do *venire contra factum proprium*, encontrada, quase sempre, na prática do assédio moral.

Portanto, ocorrendo a despedida abusiva, além da indenização compensatória prevista pela despedida sem justa causa, o empregador arcará com outra indenização a ser arbitrada em função do abuso de direito cometido, nos termos dos artigos 927 e 944, ambos do Código Civil.

Ainda em relação à proteção constitucional da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa, poderá ocorrer abuso de direito do empregador, nos termos dos artigos 187 e 422 do Código Civil, quando, na hipótese de alegação de justa causa, não for assegurado ao empregado, antes da consumação da despedida, o direito à informação do motivo alegado, bem como o direito ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que o trabalhador goza do direito da cidadania da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988), mesmo na relação de emprego (6).

Aliás, assim como o direito à presunção de inocência, são também direitos fundamentais do trabalhador-cidadão, isto é, são direitos fundamentais do cidadão-trabalhador na relação de emprego, o direito à informação (artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal de 1988) e o direito ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988) (direitos

inespecíficos dos trabalhadores na relação de emprego conforme a expressão “cidadão-trabalhador que os exerce enquanto trabalhador-cidadão” desenvolvida por Palomeque Lopes) (7), que vinculam as entidades públicas e privadas.

Portanto, a despedida sob a alegação de justa causa, se não precedida do direito do empregado à informação do motivo alegado, bem como do direito ao contraditório e à ampla defesa, em razão do direito à presunção de inocência de que também goza o trabalhador enquanto empregado, implicará a caracterização de despedida abusiva, a ser reparada por indenização a ser arbitrada.

No tocante à proteção constitucional da relação de emprego contra a despedida arbitrária, que, como visto, refere-se à despedida coletiva, implica dizer que ela só será admitida, sob pena de ilicitude por abuso de direito (8), prevista pelos artigos 187 e 422, ambos do Código Civil, quando precedida do cumprimento pelo empregador dos deveres anexos da boa-fé objetiva.

Esses deveres anexos da boa-fé objetiva na despedida coletiva compreendem o dever de informação ao conjunto dos trabalhadores e seus representantes (eleitos na empresa ou, na sua falta, sindicais) da causa objetiva da empresa, de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural, a justificar a despedida coletiva, (o direito à informação é direito fundamental do conjunto dos trabalhadores, conforme o artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal de 1988), bem como o dever da tentativa da negociação coletiva (é direito fundamental dos trabalhadores participarem da negociação coletiva, conforme o artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal

de 1988 e Convenções 98 e 154 da OIT, ratificadas pelo Brasil), visando à substituição da extinção do contrato por mecanismos encontrados no ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, a suspensão dos contratos de trabalho para participação dos trabalhadores em programa ou curso de qualificação profissional, com recebimento do empregador de ajuda compensatória mensal de recursos provenientes do FAT, nos termos dos artigos 476-A e seguintes da CLT, e, também, os institutos das férias coletivas, do trabalho a tempo parcial, da redução da jornada e do salário, sendo esta última hipótese, a teor do artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988 e Lei n. 4.923, de 23 de dezembro de 1965 (8).

Vê-se, portanto, que a efetividade da aplicação imediata do direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa e da vinculação das entidades públicas e privadas passa pela aplicação dos institutos das cláusulas gerais (boa-fé objetiva e função social do contrato) existentes no direito civil constitucionalizado brasileiro (Código Civil de 2002 e seus artigos 187, 421 e 422), em razão da força irradiante e da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (9).

Conclusão

A proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa positivada no texto constitucional brasileiro como direito fundamental

enseja aplicação imediata e a vinculação das entidades públicas e privadas.

A violação desse direito fundamental social dos trabalhadores implica a prática da ilicitude pelo empregador, tanto na despedida coletiva quanto na despedida individual, resultando-lhe a obrigação de indenizar como reparação pelo dano do desemprego causado aos trabalhadores. Essa indenização corresponde ao pagamento de quarenta por cento do montante de todos os depósitos do FGTS realizados na conta vinculada do empregado.

Portanto, as despedidas coletivas e individuais só serão admitidas se justificadas, já que o direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa extinguiu o direito potestativo do empregador de despedir.

Ademais, o princípio constitucional da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, como direito fundamental dos trabalhadores, tem força normativa irradiante e sua dimensão objetiva impregna o direito civil dos valores constitucionais, que, por meio das cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato, fulmina de abusividade tanto as despedidas coletivas quanto as individuais, estas em situações especiais acima examinadas, quando não precedidas dos deveres anexos da boa-fé objetiva e garante aos trabalhadores a indenização reparadora a ser arbitrada de acordo com a extensão do dano causado.

Bibliografia

- (1) Sarlet, Ingo Wolfgang, A eficácia dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 10ª edição, 2009**
- (2) Alexy, Robert, Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo, Malheiros, 2008**
- Dworkin, Ronald, Levando o direito a sério, 2002, Rio de Janeiro, Martins Fontes**
- (3) Almeida, Renato Rua de, Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, “in” Direitos fundamentais aplicados ao Direito do Trabalho, São Paulo, LTr. Editora, 2010, págs.143-149**
- (4) Caupers, João, Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição, Lisboa, Livraria Almedina, 1985**
- (5) Almeida, Renato Rua de, O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa. Estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa, São Paulo, Revista LTr., LTr. Editora, ano de 1971, março de 2007, págs. 336-345**
- (6) Menezes, Cláudio Armando Couce e outros (3), Direitos fundamentais e poderes do empregador. O poder disciplinar e a presunção de inocência do trabalhador, São Paulo, Revista Ltr., LTr. Editora, vol. 73, nº 8, agosto de 2009, págs. 963-972**
- (7) Moreira, Teresa Alexandra Coelho, Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 584 págs.**

(8) Almeida, Renato Rua de, Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa ?, São Paulo, Revista LTr., LTr Editora, ano 73, abril 2009, págs. 391-393

Pancotti, José Antonio, Aspectos jurídicos das dispensas coletivas no Brasil, São Paulo, Revista LTr., LTr. Editora, vol. 74, nº 5, maio de 2010, págs.529-541

(9) Almeida, Renato Rua de, Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa ?, .op.cit.

Pancotti, José Antonio, op. cit.