XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS II

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA

MARA DARCANCHY

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Francisco Cardozo Oliveira, Mara Darcanchy – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-366-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direitos Fundamentais. 3. Relações do Trabalho. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS II

Apresentação

O presente livro registra pesquisas, relatos empíricos e reflexões críticas de estudiosos e profissionais do Direito que, alicerçados na sistemática discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais, abordam temas das áreas trabalhista, social e empresarial, em evidente compromisso com a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Na perspectiva de concretizar o objetivo de valorização da pesquisa interinstitucional como uma contínua necessidade de reformulação axiológica, por meio do diálogo permanente entre diversificadas visões, culturas e referências, a obra divulga artigos apresentados no GT "Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais", durante o XXV Congresso do CONPEDI realizado na cidade de Curitiba, em dezembro de 2016.

ABIMAEL ORTIZ BARROS e VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR apresentam estudo que coloca em evidência a necessidade de que entidades do Sistema S de serviços sociais autônomos, como entes de cooperação estatal, entreguem mais cursos gratuitos para a sociedade, ampliando assim a inclusão social.

EDUARDO TORRES ROBERTI e ARIEL SALETE DE MORAES JUNIOR discorrem sobre a promoção do trabalho e as suas significações na pós-modernidade, demonstrando que é imprescindível a redução da desigualdade e a superação do desemprego, para a produção de relevantes realizações sociais.

FABIANO CARVALHO e CAMILA MARTINELLI SABONGI em análise construída a partir da realidade e de dados catalogados, desenvolvem questionamento sobre as dificuldades do cumprimento de cotas para a contratação da pessoa com deficiência como desafio para a efetivação do respectivo direito fundamental ao trabalho, medida de inserção social e de consolidação da dignidade humana e da plena cidadania.

FERNANDA MENEZES LEITE e JAIR APARECIDO CARDOSO também na temática protetiva à pessoa com deficiência delineia o arcabouço jurídico do direito internacional do trabalho analisando os âmbitos de aplicação e interpretação das normas da OIT no Brasil.

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA e WILSON KREDENS DA PAZ abordam a importância dos efeitos jurídicos e econômicos da concepção jurisprudencial de essencialidade dos bens para a atividade empresarial na recuperação judicial, compondo uma base sólida para a solução de questões emergentes.

FRANCISCO ERCÍLIO MOURA e ANTONIO TORQUILHO PRAXEDES oferecem uma valiosa contribuição para a área trabalhista, com substancial pesquisa sobre a possibilidade de fragilização da relação de emprego no Brasil por meio da terceirização e da desregulação laboral.

ILDETE REGINA VALE DA SILVA e VIVIANE CANDEIA PAZ investigam a relação de emprego dispondo sobre a sua proteção constitucional contra a despedida sem justa causa ou arbitrária.

LUCIANA DE TOLEDO TEMER LULIA e ERIKA KAZUMI KASHIWAGI revelam aspectos da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas na sociedade pós-moderna.

LUIZ EDUARDO DIAS CARDOSO sob a ótica dos direitos fundamentais, explica as condições de concessão de aposentadoria a estrangeiro residente no Brasil, inclusive com a possibilidade de soma de tempo trabalhado no exterior.

MÁRCIA MARGARETE DOS SANTOS LIMA apresenta interessante texto com base em sua profunda experiência com atividades de trabalhadores no âmbito do Terceiro Setor.

MILENA ZAMPIERI SELLMANN e SUHEL SARHAN JUNIOR desenvolve completo estudo sobre a importância, as condições e principais aspectos do contrato de franquia e o direito social ao trabalho como meios de concretização da justiça social.

RENATO CHAGAS MACHADO e THIAGO CUSTODIO PEREIRA discutem o problema da vigência da convenção 158 da OIT no Brasil, analisando a sua ratificação e denúncia frente às normas internas e princípios que regem os tratados internacionais de direitos humanos.

RODRIGO ESPIÚCA DOS ANJOS SIQUEIRA e THAIS JANAINA WENCZENOVICZ em excelente artigo analisam vários casos constantes da jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (Paraná), com base na eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

SERGIO LOPES ITURVIDE e SANDRA MARA MACIEL DE LIMA levantam questões como o papel dos órgãos gestores da mão de obra em nossos portos e os resultados das inovações tecnológicas, em face à eficácia dos direitos fundamentais do trabalhador avulso com as inovações da lei 12.815/2013.

THIAGO PENIDO MARTINS apresenta uma leitura da judicialização da saúde, com debate relativo a direitos e obrigações dos convênios, a partir da eficácia dos direitos à saúde, à liberdade contratual e à liberdade de iniciativa.

Agradecendo a todos que tornaram possível esta obra, desejamos ótima leitura!

Prof. Dr. Francisco Cardozo Oliveira - Unicuritiba

Profa. Dra. Mara Darcanchy - UNIB

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA RELAÇÃO DE EMPREGO CONTRA DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA

THE CONSTITUTIONAL PROTECTION OF EMPLOYMENT AGAINST ARBITRARY DISMISSAL OR DISMISSAL WITHOUT JUST CAUSE

Ildete Regina Vale da Silva [1]
Viviane Candeia Paz [2]

Resumo

Este artigo tem como objetivo lançar um olhar e, quiçá, impulsionar o diálogo sobre a proteção constitucional da relação de emprego contra a Despedida Arbitrária ou Despedida Sem Justa Causa, tomando como ponto de partida a interpretação dos Tribunais - Supremo Tribunal Federal – STF - e Tribunal Superior do Trabalho – TST- sobre o direito a Estabilidade Provisória da gestante no emprego, fundamentado no artigo 10, II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT - frente a aplicação e eficácia imediata do artigo 7º., I da CRFB/88.

Palavras-chave: Garantia de emprego, Estabilidade no emprego, Despedida arbitrária, Despedida sem justa causa

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to cast a look and perhaps promote a dialogue on the constitutional protection of employment against Arbitrary Dismissal or Dismissal Without Just Cause, taking as its starting point the interpretation of the courts the Federal Supreme Court (STF) and Superior Labor Court (TST), on the right to maternity provisional stability in employment, based on Article 10, II, "b", the ADCT - Act Constitutional Provisions - front the immediate linkage of the right guaranteed in Article 7. , I of CRFB / 88.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Employment protection, Stability in employment, Arbitrary dismissal, Dismissal without just cause

---

[1] Doutora em Ciência Jurídica pela UNIVALI e em Direito Público pela Universidade de Perugia - Itália, Professora e Advogada.

[2] Doutora em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Professora e Advogada.

Introdução

Este artigo tem como objetivo lançar um olhar e, quiçá, impulsionar o diálogo sobre a proteção constitucional da relação de emprego contra a Despedida Arbitrária ou Despedida Sem Justa Causa, tomando como ponto de partida a interpretação dos Tribunais - Supremo Tribunal Federal – STF - e Tribunal Superior do Trabalho – TST- sobre o direito a Estabilidade Provisória da gestante no emprego, fundamentado no artigo 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT frente a aplicação e eficácia imediata do artigo 7º., I da CRFB/88.

Inicia-se o diálogo, tecendo considerações iniciais sobre a importância da Justiça do Trabalho e, também, sobre as críticas que esse órgão jurisdicional tem sofrido, bem como o Direito do Trabalho.

Aborda-se, o tema do direito à Estabilidade no Emprego da Empregada Gestante no contrato por prazo determinado, pela alteração do texto do inciso III da Súmula 244 do TST, sendo que, antes de setembro de 2012, o entendimento era da inaplicabilidade da estabilidade provisória aos contratos por prazo determinado.

Apresenta-se a diferença entre o direito à Garantia de Emprego e o direito à Estabilidade no Emprego, distinção que se faz necessário para melhor assegurar a proteção constitucional da relação de emprego contra Despedida Arbitrária ou Despedida Sem Justa Causa, nos termos do artigo 7º, I da CRFB/88 e do artigo 10, II, "b", do ADCT.

Ainda, para melhor assegurar a proteção constitucional da relação de emprego contra Despedida Arbitrária ou Despedida Sem Justa Causa, busca-se conhecer e compreender os institutos jurídicos da Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa, pelos limites que impõem à iniciativa do Empregador em despedir um Trabalhador com vínculo de emprego.

Embora não vigore mais no Brasil, a Convenção no. 158 da OIT tem um substrato teórico que, na falta de Lei Complementar para disciplinar a proteção de emprego contra Despedida Arbitrária ou Despedida Sem Justa Causa, podem servir de critérios de interpretação na apreciação do caso concreto.

Apresenta-se os aspectos doutrinários sobre a natureza jurídica do contrato por prazo determinado, verificando-se que, esse tipo de contrato de trabalho só pode ser pactuado nas

hipóteses previstas em lei, sendo a previsibilidade da determinação do termo final, a qualidade que o define como exceção no Direito do Trabalho brasileiro.

Encerra-se com as Conclusões, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, objetivando impulsionar um diálogo sobre a proteção constitucional da relação de emprego contra o Despedida Arbitrária ou Despedida Sem Justa Causa, frente à vinculação imediata da proteção da relação de emprego assegurada no artigo 7º., I da CRFB/88 e, consequentemente, da necessidade de revisar os critérios de decisão adotados pelo Tribunal Superior do Trabalho para alteração a alteração do inciso III da Súmula 244 do TST.

As técnicas de investigação utilizadas para este estudo foram da pesquisa bibliográfica e, para alcançar a resposta ao problema da pesquisa, optou-se aproximar e relacionar conhecimento necessário para construção da ideia e iniciar um diálogo sobre o tema e, portanto, sem a intenção de esgotá-lo, ao contrário, de impulsioná-lo para melhores conclusões à luz da Constituição Brasileira de 1988.

1. Considerações Iniciais

Em mais um desses momentos em que, depois de 2015, tudo parece acontecer, busca-se desconstruir o Direito do Trabalho e propagar a ideia que Justiça do Trabalho seria um lugar que, ao se ingressar com uma ação, só haveria duas possibilidades na resolução do processo, o empregado ou ganharia ou não perderia a ação trabalhista.

Tem-se propagado a ideia que, nos conflitos trabalhistas levados a apreciação e julgamento no judiciário trabalhista, não seriam respeitados princípios constitucionais processuais, porém, pouco se sabe que é, justamente, a Justiça do Trabalho que, no Judiciário, está vinculada diretamente com os Direitos Fundamentais Sociais relacionados nos artigos 7º a 11 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[1].

Observa-se que, a Justiça do Trabalho já se colocava, “contra o juiz boca da lei muito antes da Constituição. Só que – e esse é o ponto – antes da CF isso era relevante. Não havia Constituição, nem teoria constitucional... Não havia ordenamento democrático” (STRECK, 2013, p. 110).

[1] Doravante, simplesmente, CRFB/88 ou Constituição Brasileira de 1988.

Não se pode olvidar que, com o advento da Constituição Brasileira de 1988, a Justiça do Trabalho passou a exercer "jurisdição especial não só porque os conflitos que lhe cabe dirimir são oriundos da relação de trabalho, mas também porque as pretensões que estão na base dessa relação vinculam-se diretamente a direitos aos quais o poder constituinte conferiu proteção jusfundamental". (LEDUR, 2011, p.24)

A Constituição Brasileira de 1988 é "voltada a transformação da realidade brasileira" (STRECK, 2014, p. 105) e que tem princípios fundamentais dos quais é possível depreender os fins sociais e econômicos consagrados em fins jurídicos" (STRECK, 2014, p. 105), necessário se faz, então, abrir espaços para buscar dialogar sobre o melhor Direito: um Direito que represente a grande conquista do século XX de transformar as relações sociais" (STRECK, 2012, p. 45); um Direito que atenda "a sua destinação histórica de transformação das condições de vida, de construção de uma Sociedade mais justa e democrática" (DIAS, 2003, p. 117), de uma Sociedade Fraterna (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 151).

Nessa perspectiva, serve este trabalho para lançar um olhar e, quiçá, impulsionar uma diálogo sobre a proteção constitucional da relação de emprego contra o Despedida Arbitrário ou Sem Justa Causa, tomando como ponto de partida a interpretação dos Tribunais - Supremo Tribunal Federal – STF[2] - e Tribunal Superior do Trabalho – TST[3]- sobre o direito a estabilidade provisória da gestante no emprego, fundamentado no artigo 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias[4]– ADCT frente a vinculação imediata do direito assegurado no artigo 7º., I da CRFB/88.

2. O Direito a Estabilidade no Emprego à Empregada Gestante

As decisões que reconhecem o direito a estabilidade no emprego à empregada gestante são fundamentadas no artigo 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT:

> Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:
>
> I - […];
>
> II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:
>
> a) […];

[2] Doravante, simplesmente, denominado STF.
[3] Doravante, simplesmente, denominado TST.
[4] Doravante, simplesmente, denominado ADCT.

> b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. (BRASIL, CRFB, 1988)

Observa-se que, sem maiores dificuldades, compreende-se o comando constitucional contido no artigo 10, II, “b”, do ADCT veda, ou seja, proíbe a Despedida Arbitrária ou Despedida Sem Justa Causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Contudo, esse comando aplicado ao caso concreto não alcança respostas tão simplistas e, a questão que se pretende abordar com o objetivo de impulsionar o diálogo é, especificamente, sobre a alteração do inciso III da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho – TST[5] -, editada com fundamento no artigo 10, II, “b”, do ADCT:

> GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
>
> I – [...].
>
> III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado. (Redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

O texto do inciso III da Súmula 244 do TST foi alterado[6] por modificação de entendimento anterior a setembro de 2012, que considerava inaplicável a estabilidade provisória aos contratos por prazo determinado, sendo este entendimento justificado na natureza jurídica dos contratos por prazo determinado, que é, justamente, a duração temporal prefixada em hipóteses previstas em lei.

---

[5] GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT). II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado. (Redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho - TST. Súmulas. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244. Acesso em: 05 de julho de 2016.

[6] Redação anterior do inciso III da Súmula 244 do TST -Item III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa. (ex-OJ nº 196 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000).

Ocorre que, tanto o entendimento atual, como o anterior, tem como fundamento o artigo 10, II, “b”, do ADCT. Delgado explica que, por um longo período, a jurisprudência trabalhista não havia absorvido essa situação excetiva,

> [...], considerando incompatível com os contratos a termo a garantia de emprego da trabalhadora gestante e parturiente (antigo item II da Súmula 244 do TST). Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal vinha brandindo com insistência a efetividade da garantia fixada pelo art. 10, II, “b”, do ADCT da Constituição, mesmo nos casos de relações administrativas precárias e a prazo no âmbito da Administração Pública (DELGADO, 2016, p. 610)

A estabilidade da gestante no contrato de trabalho por prazo determinado é compreendida por Delgado como uma exceção à inviabilidade da garantia de emprego nesse tipo de contrato de trabalho, justificando que essa garantia seria dotada de força constitucional e ultrapassaria “o âmbito do interesse estrito da empregada grávida, por ter manifestos fins de saúde e assistência social não somente com respeito à própria mãe trabalhadora como também em face da sua gestação e da criança recém-nascida” (DELGADO, 2016, p. 610/611). Para o Autor, haveria

> [...], evidente interesse público com vista às proteções à mãe trabalhadora, sua gestação e parto, além do período inicial da maternidade, interesse público que se estende também à criança nascitura, ganha destaque a garantia constitucional, afastando o óbice criado pela Consolidação das Leis do Trabalho com respeito aos contratos a termo (art. 472, § 2º, da CLT). (DELGADO, 2016, p. 610)

O artigo 472, parágrafo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT - está inserido no Título IV que trata sobre o Contrato Individual do Trabalho e no Capítulo IV que regulamenta as possibilidade de suspensão e interrupção por afastamento do empregado do emprego, o qual tem a seguinte redação:

> Art. 472 - O afastamento do empregado em virtude das exigências do serviço militar, ou de outro encargo público, não constituirá motivo para alteração ou rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador.
>
> § 1º - [...];
>
> § 2º - Nos contratos por prazo determinado, o tempo de afastamento, se assim acordarem as partes interessadas, não será computado na contagem do prazo para a respectiva terminação.

Contudo, não parece crível que, considerar o parágrafo 2º do artigo 472 da CLT um óbice à garantia constitucional de estabilidade no emprego à empregada gestante, nos termos do artigo 10, II, “b”, do ADCT, seria fundamento suficiente para o Tribunal Superior do Trabalho seguir a tendência do Supremo Tribunal Federal e, alterar radicalmente o texto do inciso III da Súmula 244 do TST.

Ademais, os diversos julgados prolatados pelo STF que seguem a linha afirmativa da garantia constitucional de estabilidade no emprego à empregada gestante em "vínculos administrativos precários de duração determinada", com fundamento no artigo 10, II, "b", do ADCT são arestos que não tratam "exatamente do Direito do Trabalho, porém, de regras de Direito Constitucional e de Direito Administrativo" (DELGADO, 2016, p. 648, nota de rodapé 18).

Desta forma, há muito que se dialogar sobre o assunto, devendo a comunidade jurídica discutir a repercussão da alteração do inciso III da Súmula 244 do TST, editada com fundamento no artigo 10, II, "b", do ADCT, verificando a hipótese da relação de emprego protegida contra Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa no Direito do Trabalho à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

3. Garantia de Emprego e Estabilidade no Emprego

O artigo 7º da CRFB/88 define alguns dos direitos constitucionais que, entre outros, visam à melhoria das condições sociais dos Trabalhadores urbanos e rurais e, já no inciso I está consagrado o direito a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa:

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

A proteção constitucional da relação de emprego contra Despedida Arbitrária ou Despedida Sem Justa Causa gera os direitos à Garantia de Emprego e a Estabilidade no Emprego, que são "duas figuras correlatas e contingenciadoras da extinção contratual" (DELGADO, 2016, p. 1232). Contudo, não são as restrições alternativas de extinção do contrato de trabalho que tornam a Garantia de Emprego e a Estabilidade no Emprego duas figuras jurídicas muito próximas, mas, também, a forma fundamental como ambas se colocam

> [...], contrariamente ao exercício unilateral do poder empregatício pelo empregador, inviabilizando a ruptura contratual arbitrária pelo empregador, isto é, a dissolução do contrato sem motivo considerado relevante pelo Direito. (DELGADO, 2016, p. 1232)

Embora o direito à Garantia de Emprego e o direito a Estabilidade no Emprego sejam figuras muito próximas, elas não se confundem.

A Garantia de Emprego no âmbito das relações de emprego é assegurada contra Despedida Arbitrária ou Despedida Sem Justa Causa a todos os Trabalhadores urbanos e rurais, enquanto que, a Estabilidade no Emprego decorre da Garantia de Emprego pela vedação da Despedida Arbitrária ou Despedida Sem Justa Causa.

A Estabilidade no Emprego gerada pelo artigo 7º, I da CRFB/88, "não garante estabilidade absoluta, mas proteção revelada na garantia de emprego"[7], pois a Garantia de Emprego pela proteção contra Despedida Arbitrária ou Despedida Sem Justa Causa é uma

> [...] vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador. Tais garantias têm sido chamadas, também, de estabilidades temporárias ou estabilidades provisórias (expressões algo contraditórias, mas que vem se consagrando). (DELGADO, 2016, p. 1232)

Nesse sentido, a Estabilidade no Emprego decorrente da Garantia de Emprego, não é absoluta, ou seja, a ideia de como vantagem jurídica de caráter permanente, a qual segundo Delgado (2016, p. 1232) é "deferida ao empregado em virtude de uma *circunstância tipificada de caráter geral*, de modo a assegurar a *manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício*, independentemente da vontade do empregador".

Logo, a proteção da relação de emprego assegurada constitucionalmente tem caráter transitório em virtude das circunstâncias contratuais, as quais são, em oposição a vedação da Despedida Arbitrária ou Despedida Sem Justa Causa e, portanto, a despedida não arbitrária ou com justa causa são circunstâncias contratuais obstativas à Estabilidade no Emprego decorrente da proteção revelada na Garantia de Emprego, conferida a todos os Trabalhadores urbanos e rurais, assegurada no inciso I do artigo 7º da CRFB/88.

Da mesma forma, não tem caráter absoluto a Estabilidade no Emprego decorrente da Garantia de Emprego conferida a Empregada Gestante, assegurada no artigo 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias –ADCT -, mas caráter transitório em virtude das circunstâncias contratuais – despedida não arbitrária ou com justa -, somada a condição pessoal da obreira de caráter especial da gestação que, ao período de gestação, não

[7] COUTINHO, Aldacy Rachid. Comentário ao artigo 7º.I. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). ***Comentários à Constituição do Brasil.*** São Paulo: Saraiva/Almedina. 2013. p.554.

se limita, porque, provisoriamente foi estabelecido, ao que parece, o prazo mínimo para o direito à Estabilidade decorrente da Garantia de Emprego: desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o artigo 7º, I da CRFB/88.

Nesse sentido, pode-se dizer que a Garantia de Emprego conferida a todos os Trabalhadores urbanos e rurais é, então, um "direito de permanência no posto de trabalho com vínculo de emprego, traduzida no reconhecimento de uma 'propriedade social' ao posto de trabalho" (COUTINHO, 2013, p.554). No entanto, a Estabilidade gerada pela Garantia de Emprego conferida a todos os Trabalhadores urbanos e rurais é, então, um direito provisório de permanência no posto de trabalho com vínculo de emprego, porque está condicionada a não configuração de duas espécies de despedidas: arbitrária ou sem justa causa.

Assim, entende-se que, para melhor assegurar a proteção constitucional da relação de emprego, nos termos do artigo 7º, I da CRFB/88 e do artigo 10, II, "b", do ADCT, é imprescindível, também, conhecer e compreender os institutos jurídicos da Despedida Arbitrária ou Despedida Sem Justa Causa, pelos limites que impõem à iniciativa do Empregador em despedir um Trabalhador com vínculo de emprego.

4. Sobre a Despedida Arbitrária ou Despedida Sem Justa Causa

A iniciativa do Empregador em despedir um Trabalhador com vínculo de emprego encontra limites no disposto no inciso I, do artigo 7º da CRFB/88 que, como regra geral, garante o emprego contra Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa a todos os Trabalhadores urbanos e rurais e está, diretamente, relacionado com a regra transitória do artigo 10, II, "b", do ADCT (DELGADO, 2016, p. 1384), a qual proíbe a Despedida Arbitrária ou Despedida Sem Justa Causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o artigo 7º, I, da CRFB/88[8].

As duas espécies de dispensa - arbitrária ou sem justa – são consideradas, pela legislação e pela doutrina, categorias independentes e autônomas, com significados distintos:

> No tocante à expressão semântica, têm-se como distintas as locuções "arbitrária" e "sem justa causa", por razões várias: dentre tantas, por não conter a lei palavras inúteis e, principalmente, porquanto a doutrina e a legislação já estabelecem a

[8] Doravante, simplesmente, CRFB/88 ou Constituição Brasileira de 1988.

> identificação das duas categorias como independentes e autônomas. (COUTINHO, 2013, p. 554).

A Despedida Arbitrária é, segundo Coutinho, aquela que decorre "de mero capricho do empregador, não respaldada em motivo juridicamente relevante, necessário e vinculativo; é a despedida abusiva".. No entanto, a Autora explica que a Despedida Arbitrária deve ser conceituada de forma residual, "na medida em que será arbitrária toda despedida não autorizada consoante previsão legislativa ou não decorrente do descumprimento do contrato de trabalho." (COUTINHO, 2013, p. 554)

Nesse sentido, Coutinho (2013, p. 554) explica que a iniciativa do término do contrato de trabalho pelo Empregador, poderá ser fundamentada,

> [...] (a) no inadimplemento faltoso do empregado (rescisão por justa causa ou (b) na presença de uma causa desvinculada da conduta do empregado, mas relevante juridicamente em conformidade com os interesses abarcados pelo ordenamento jurídico (rescisão sem justa causa). O descumprimento do contrato será correlato com as obrigações e deveres pactuados no contrato, além dos tipificados na lei. Por conseguinte, também corresponderá à prática das denominadas "justas causas".

Para Delgado (2016, p. 1385), a Despedida Arbitrária é "aquela efetivada sem o suporte de uma fundamentação minimamente relevante" e para Moraes (2003, P. 203), o Empregador deverá fundamentar a iniciativa do término do contrato de trabalho, não sendo considerada Despedida Arbitrária aquela que decorre de motivação disciplinar, técnica e econômica. Motivação disciplinar, técnica e econômico ou financeira, também, são critérios adotados por Coutinho (2013, p.555) para delimitação da configuração da Despedida Arbitrária, seja ele discriminatória ou não.

Os motivos de ordem disciplinar estão relacionados ao cumprimento das obrigações contratuais pelo Trabalhador empregado, "estando compreendidas as figuras da justa causa prevista na legislação ordinária e não apenas o descumprimento das ordens gerais de serviço." (MORAES, 2003, p. 203)

Os motivos de ordem técnica estão relacionados com a "organização da atividade empresarial" (COUTUNHO, 2013, p. 555), tal como "a supressão necessária de seção ou de estabelecimento" (MORAES, 2003, p. 203).

Os motivos de ordem econômica ou financeira, para Moraes (2003, p. 203) "coincide com a ocorrência de força maior que atinge a empresa, tornando-a insolvente em suas obrigações negociais". Para Coutinho, motivos "de ordem econômica diz respeito ao

ambiente econômico em que se insere a empresa, na medida em que se trata de uma economia concorrencial, de mercado capitalista" e, "de ordem financeira está relacionado com a condição financeira do empregador". (COUTINHO, 2013, p. 555)

Para que não haja a configuração da Dispensa Arbitrária, Coutinho (2013, p.554) explica que deve haver a correlação entre o descumprimento do contrato e os deveres e obrigações pactuadas no contrato de trabalho, além das obrigações e deveres tipificados na lei. E, que essa correlação, também, é aplicável nas dispensas por justa causa.

No Direito do Trabalho brasileiro, a dispensa por justa causa decorre de motivo relevante, previsto legalmente, que autoriza a resolução do contrato de trabalho por infrações cometidas pelo empregado (DELGADO, 2016, p. 1320). E, no contraponto com a dispensa por justa causa, a Despedida Sem Justa Causa, "traduz-se em um ato discriminatório do empregador e, em tal medida, vinculado a espaços legalmente previstos para manifestação volitiva (permissivos legais); há causalidade, porém, não pressupõe a justa causa". (COUTINHO, 2013, p. 555)

A proteção da relação de emprego contra Despedida Arbitrária ou Despedida Sem Justa Causa segue o parâmetro adotado pela Convenção no. 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (OIT, Convenção n. 158) –, a qual dispõe sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador.

5. A Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT

Embora, o governo brasileiro tenha promulgado a denúncia da ratificação da Convenção no. 158 da OIT, a qual deixou de vigorar no Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, observa-se, também, que a inconstitucionalidade desta Convenção foi arguida

> por meio da ADI 1.480, rel.Min. Celso de Mello, em julgamento proferido em 25-9-1996, o STF entendeu que encerrava disposições já consagradas pelo ordenamento jurídico brasileiro e que dependeria de uma necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito da sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno [...] expressamente permite a cada Estado-parte (art.10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País. A Constituição brasileira, no caso, a fórmula da reintegração e/ou da indenização compensatória. (COUTINHO, 2013, p. 556)

Não obstante, tramita, ainda no STF, outra Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 1625 –, a qual questiona o Decreto 2.100/1996, no qual o, então, Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, deu publicidade a denúncia à Convenção 158 da OIT, sem a prévia análise e deliberação do Congresso Nacional.[9]

Embora a Convenção no. 158 da OIT não vigore mais no Brasil, as recomendações nela contida podem servir de substrato teórico para interpretar o direito à estabilidade provisória no emprego, garantida no inciso I, do artigo 7º. da CRFB/88, porque, as duas previsões normativas impõem limites à iniciativa do empregador de por fim a relação de emprego.

Logo, na falta de Lei Complementar para disciplinar a proteção de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa – assim, como a correspondente indenização compensatória -, encontra-se no artigo 4 da Convenção no. 158 da OIT, o dever do empregador justificar o término da relação de emprego:

> Art. 4 — Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço. (OIT, Convenção n. 158)

Encontra-se, no rol do artigo 5º. e 6º. da Convenção nº. 158 da OIT alguns motivos que, entre outros, não poderão constituir causa justificada, *in verbis:*

> Art. 5 — Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes:
>
> a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho;
>
> b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade;
>
> c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes;
>
> d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, ascendência nacional ou a origem social;
>
> e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

---

[9] Pedido de vista do ministro Dias Toffoli interrompeu o julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1625, na qual a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (Contag) questiona o Decreto 2.100/1996. Nele, o presidente da República deu publicidade a denúncia à Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador e veda a dispensa injustificada. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias do STF.** Pedido de vista suspende julgamento sobre denúncia da Convenção 158 da OIT. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325338. Acesso em: 15 de setembro de 2016.

> Art. 6 — 1. A ausência temporal do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificada de término da relação de trabalho. 2. A definição do que constitui uma ausência temporal do trabalho, a medida na qual será exigido um certificado médico e as possíveis limitações à aplicação do parágrafo 1 do presente artigo serão determinadas em conformidade com os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção. (OIT, Convenção n. 158)

Consoante, observa-se que, ao mesmo tempo em que o artigo 2º. da Convenção nº. 158 da OIT prevê a abrangência da convenção a todas as áreas de atividade econômica e a todas as pessoas empregadas, por outro lado, indica a possibilidade de não a aplicação, total ou parcial, dos dispositivos a algumas categorias de pessoas empregadas:

> Art. 2 — 1. A presente convenção aplica-se a todas as áreas de atividade econômica e a todas as pessoas empregadas.
>
> 2. Todo Membro poderá excluir da totalidade ou de algumas das disposições da presente convenção as seguintes categorias de pessoas empregadas: a) os trabalhadores de um contrato de trabalho de duração determinada ou para realizar uma determinada tarefa; b) os trabalhadores que estejam num período de experiência ou que não tenham o tempo de serviço exigido, sempre que, em qualquer um dos casos, a duração tenha sido fixada previamente e for razoável; c) os trabalhadores contratados em caráter ocasional durante um período de curta duração.
>
> 3. Deverão ser previstas garantias adequadas contra o recurso a contratos de trabalho de duração determinada cujo objetivo seja o de iludir a proteção prevista nesta convenção. (OIT, Convenção n. 158)

Destaca-se que, no rol das categorias de pessoas empregadas para as quais está previsto a possibilidade de não serem incluídas na totalidade ou de algumas das disposições da presente na Convenção nº. 158 da OIT, encontra-se, justamente, os trabalhadores que, no contexto do Direito do Trabalho brasileiro configuram-se a hipótese de exceção que permitem a pactuação do contrato de trabalho por prazo determinado., previstas no parágrafo 2º, do artigo 443 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT[10] - e, em outras hipóteses de pactuação firmadas em legislação específica.

Desta forma, independentemente da Convenção no. 158 da OIT vigorar ou não no Brasil, encontra-se nesse acordo internacional um substrato teórico que, na falta de Lei Complementar para disciplinar a proteção de emprego contra Despedida Arbitrária ou Despedida Sem Justa Causa, podem servir de critérios de interpretação na apreciação do caso concreto.

[10] Doravante, simplesmente, denominado CLT.

6. Natureza Jurídica do Contrato de Trabalho por Prazo Determinado no Direito do Trabalho Brasileiro

A doutrina do Direito de Trabalho brasileira faz distinção entre contrato por prazo determinado e contrato por prazo indeterminado e, ensina que o contrato de trabalho por prazo determinado é uma modalidade da espécie de contrato de trabalho que, pela previsão de duração temporal, podem ser indeterminados e determinados. (DELGADO, 2016, p. 587)

Os contratos de trabalho por prazo determinado constituem exceção e, só podem ser pactuados nas hipóteses previstas em lei, vez que a indeterminação do prazo constitui regra geral no direito trabalhista brasileiro (DELGADO, 2016, p. 596-597)

E, é, justamente, a previsibilidade da determinação do termo final, a qualidade que define a exceção do contrato por prazo determinado, conforme dispõe o parágrafo 1º, do artigo 443 da CLT:

> Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada. (CLT, 443, parágrafo 1º.)

Lê-se no texto da lei que é considerado contrato por prazo determinado aquele contrato de trabalho cuja duração temporal é previsível e, "na qualidade de exceção, os pactos a prazo só podem ser celebrados e, só podem ser firmados nas estritas hipóteses legalmente especificadas" (DELGADO, 2016, p. 596).

Verifica-se que a natureza jurídica do contrato de trabalho por prazo determinado é a previsibilidade da determinação do termo final e, não a continuidade do emprego, nos termos estabelecidos no parágrafo 1º, do artigo 443 da CLT.

Se a natureza jurídica do contrato de trabalho por prazo determinado não é a continuidade do emprego, o encerramento dessa modalidade de contrato de trabalho, não configura Despedida Arbitrária ou Despedida Sem Justa Causa e, essa é a questão! Uma questão que, não pode e não deve ser desconsiderada na apreciação do caso concreto, no qual se discute a proteção constitucional da relação de emprego contra Despedida Arbitrária ou Despedida Sem Justa Causa.

Conclusões

Desta forma, entende-se que, independentemente da discussão jurídica que envolve a validade ou não da denúncia da Convenção nº. 158 da OIT, no cenário nacional, a proteção do emprego está garantida a todo Trabalhador no inciso I, do artigo 7º. da CRFB/88.

Nesses quase 30 anos de Constituição Brasileira de 1988, não pode haver dúvidas que o disposto no inciso I do artigo 7º. da CRFB/88 tem aplicação e eficácia imediata.

Nessa perspectiva, a questão que envolve a proteção da relação de emprego de emprego, não pode e não deve ser limitada as hipóteses previstas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, como a hipótese da empregada gestante, a qual inspira esse trabalho.

Entende-se que, a relação de emprego deve ter eficácia imediata a todos os Trabalhadores, nos termos do inciso I do artigo 7º. da CRFB/88. E, na aplicação desse direito, os critérios de decisão devem observar se, a dispensa do Trabalhador foi uma Despedida Arbitrária ou uma Despedida Sem Justa Causa, independentemente do contrato de trabalho formalizado.

Esse entendimento, parece dialogar melhor com a ordem internacional que deve servir de complementariedade a legislação do trabalho brasileira e, o conteúdo presente na Convenção nº. 158 da OIT traz uma importante contribuição ao Direito do Trabalho brasileiro, na aplicação do direito a relação de emprego protegida.

E, nesse sentido, entende-se, ainda que, a alteração do inciso III da Súmula 244 do TST criou um critério de decisão que merece ser revisto, considerando a eficácia imediata do disposto no inciso I, do artigo 7º. Da CRFB/88.

Referências

BRASIL. Organização Internacional do Trabalho - OIT. Escritório no Brasil. http://www.oitbrasil.org.br/content/t%C3%A9rmino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador. Acesso em 06 set. 2016.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da república Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 de julho de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho - TST. Súmulas. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244. Acesso em: 05 de julho de 2016.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Comentário ao artigo 7º.I. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). ***Comentários à Constituição do Brasil.*** São Paulo: Saraiva/Almedina. 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. ***Curso de Direito do Trabalho***. 15. ed. – São Paulo: LTr, 2016.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. ***A Justiça e o Imaginário Social***. Florianópolis: Momento Atual.2003.

LEDUR. José Felipe Ledur. ***A Constituição de 1988 e seu Sistema Especial de Direitos Fundamentais do Trabalho***. Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 3, jul/set 2011.

MORAES, Alexandre de. ***Direito Constitucional***. 14ª. Ed. São Paulo:Atlas, 2003.p.203.

STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis de Bolzan. ***Ciência Política & Teoria do Estado***. 8ª.ed. rev. e atual. (2ª. tiragem). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. ***Compreender Direito:*** Desvelando as obviedades do discurso jurídico**.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. ***Verdade e Consenso.*** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª.ed. (2ª. tiragem). Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2012, p.45.

VALE DA SILVA, Ildete Regina. BRANDÃO, Paulo de Tarso. ***CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE:*** O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. Curitiba: Juruá, 2015.p. 151.