

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
Programa de Pós Graduação em Direito

Marcos Vinicius da Silva Garcia

**A PROTEÇÃO DO EMPREGADO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA:  
Análise sob a perspectiva do abuso de direito e da vedação constitucional à  
discriminação**

São Paulo  
2015

MARCOS VINICIUS DA SILVA GARCIA

**A PROTEÇÃO DO EMPREGADO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA:  
Análise sob a perspectiva do abuso de direito e da vedação constitucional à  
discriminação**

Monografia apresentada a Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo, como  
parte das exigências para a obtenção do  
título de Especialista em Direito e Processo  
do Trabalho.

---

Profa. Dra. Cristina Paranhos Olmos

---

---

São Paulo, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

## RESUMO

O rompimento da relação de emprego por vontade unilateral do empregador tem enorme aptidão para gerar conflitos. Essa situação fez com que os Estados nacionais buscassem a criação de leis para proteger o trabalhador contra a dispensa. As primeiras Leis sobre o assunto veiculavam formas de estabilidades, isto é, períodos, durante ou a partir dos quais, o empregado ficava imune à dispensa sem justa causa. Com a promulgação da Constituição de 1988, a norma de proteção do trabalhador contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa foi erigida à categoria de direito fundamental. O dispositivo constitucional, no entanto, foi alvo de profundos debates na constituinte, resultando em redação que albergasse tanto os interesses daqueles que defendiam a ampla liberdade de dispensa, como os que defendiam a intensificação da proteção contra ela. Após mais de 20 anos de vigência, não é possível ficar preso às intensões e debates da Constituinte, pois as mudanças ocorridas em diversos textos legislativo, como a operada no Código Civil, em 2002, a criação do Código de Defesa do Consumidor, e as demais mudanças no pensamento jurídico-filosófico, promoveram a mutação de diversos dispositivos Constitucionais. No atual estágio de evolução da dogmática jurídica não é possível admitir a consagração da norma de proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa pela simples previsão de multa de 40% sobre o saldo do FGTS e pelas estabilidades previstas para a gestante e para o membro eleito da CIPA (art. 10, I e II, ACDT). Essa proteção foi ampliada pela evolução do sistema jurídico, que passou a proteger o indivíduo contra o abuso de direito, nos termos do artigo 187, do Código Civil de 2002, bem como pela edição da Lei que inibe práticas discriminatórias, na relação de emprego (Lei 9.029 de 1995). Tem importância, ainda, para a teoria do abuso de direito, o reconhecimento da aplicabilidade horizontal dos direitos e garantias fundamentais, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. No campo da dispensa arbitrária, foi abordada, ainda, as diferenças entre a dispensa abusiva (art. 187, CC) e a dispensa discriminatória (Lei 9.029 de 1995), tanto no campo do conceito, como no dos efeitos jurídicos.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO .....	4
2	A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL .....	5
2.1	A Constituição Federal de 1988 e o Neoconstitucionalismo .....	7
2.2	A Nova Interpretação Constitucional .....	11
2.3	Os critérios da Razoabilidade e Proporcionalidade e a necessidade de Legitimação das Decisões Judiciais .....	14
3	A PROTEÇÃO DO EMPREGADO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA ....	17
3.1	Breve Histórico de Proteção do Trabalhador contra a Dispensa .....	18
3.2	O Neoconstitucionalismo e a Aplicação Horizontal dos Princípios e Regras Constitucionais .....	23
3.3	A Influência da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho...	27
3.4	O Contrato de Emprego e o Princípio da Boa-fé Objetiva e Função Social .....	28
3.5	O Princípio da Boa-fé Objetiva .....	32
3.6	A Extinção do Contrato de Emprego por Iniciativa do Empregador .....	35
3.6.1	A Proteção Constitucional contra a Dispensa Arbitrária ou Sem Justa Causa .....	37
3.6.2	Dispensa Arbitrária à Luz do Abuso de Direito .....	40
3.6.3	Dispensa Arbitrária sob o Enfoque da Discriminação .....	43
3.6.4	Dispensa Arbitrária como Gênero das Espécies Abusiva e Discriminatória .....	48
3.7	Ônus da Prova em questões de Dispensa Arbitrária e/ou Discriminatória ....	49
3.8	Consequências Comuns da Dispensa abusiva e Discriminatória .....	52
3.9	Consequências Especiais da Dispensa Discriminatória .....	53
4	CONCLUSÃO .....	57
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	60

## 1. INTRODUÇÃO

A constitucionalização dos direitos sociais, alçados à categoria de direitos fundamentais pela carta política de 1988, abriu espaço para a ampliação da proteção do trabalhador. Antes, as questões trabalhistas se restringiam às condições de trabalho, tal como jornada, intervalos, hipóteses de interrupção e suspensão etc.

Com a constitucionalização do direito do trabalho e a consagração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, isto é, da noção de que estes se constituem de valores a serem garantidos em todas as dimensões da vida social, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico, o Direito do Trabalho ganhou especial destaque no mundo jurídico, pois foi incorporada ao seu sistema as regras de proteção dos direitos humanos, nas relações mantidas com o empregador.

Vale dizer, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, possibilitou o surgimento da teoria da eficácia horizontal de tais direitos, estendendo a proteção da classe trabalhadora contra abusos potencialmente violadores de direitos fundamentais da pessoa pelo empregador.

Para nosso estudo, ganha especial destaque o fato de a Constituição Federal ter protegido o trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, inciso I, da CF/88). Afinal, a dispensa abusiva e a dispensa discriminatória encerram formas de arbitrariedade. É preciso distinguir essas formas ilícitas de extinção do contrato de emprego, uma vez que as consequências jurídicas são diferentes, em alguns aspectos, conforme trataremos neste trabalho.

Com a ampliação da Competência da Justiça do Trabalho, por meio da emenda constitucional 45 de 2004, discussões relativas as proteções dos direitos da personalidade do trabalhador ganharam especial destaque na Justiça Especializada. A interpretação dada ao artigo 114 da Constituição Federal, após a referida emenda, tem permitido estender a proteção do trabalhador às relações pré e pós contratual.

Neste trabalho, o enfoque será a dispensa abusiva (art. 187, CC) e a dispensa discriminatória (Lei 9.029 de 1995). Ao longo do estudo será necessário abordar questões polêmicas, como a limitação do direito do empregador de rescindir o contrato de trabalho, o ônus processual de demonstrar os motivos levantados,

quando questionados judicialmente, as consequências jurídicas da dispensa, reintegração, indenizações, além de outras questões relativas à dispensa abusiva e à dispensa discriminatória.

O método de abordagem será o dialético e o método de procedimento será o monográfico.

O universo de pesquisa será o problema da dispensa abusiva e da dispensa discriminatória, na perspectiva dos direitos fundamentais previsto na Constituição Federal de 1988, sem deixar de dar atenção a importantes Convenções e Tratados internacionais, como é o caso das Convenções 111 e 158 da Organização Internacional do Trabalho

O objetivo final é empreender importante esforço teórico, visando enfrentar os principais problemas teóricos e práticos do jurista que se depara com a questão da defesa do trabalhador que é discriminado ou que é objeto de abuso de direito pelo empregador.

## **2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

No início do constitucionalismo moderno, a Constituição era vista como uma carta política, sem eficácia normativa plena. Conforme ensinamento de Luís Roberto Barroso (2007, p. 24), “*nessa etapa histórica, o papel da constituição era limitado, funcionando como uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador*”. Em tal período, prevaleceram as grandes codificações, como é o caso do Código Napoleônico, que preservava o ideal burguês de proteção à propriedade e da liberdade de contratar.

Essa visão limitada da Constituição somente veio a ser superada ao longo do Século XX, com o advento do Estado Social e a incorporação, às leis Civis, de normas de relativização do individualismo exacerbado. Ao longo do mencionado século, foram incorporados aos códigos as normas chamadas de ordem pública, que se visavam, precipuamente, a proteção da parte hipossuficiente da relação, como o

empregado, o consumidor, o locatário, etc. Nesse período ocorreu também, o fenômeno da “descodificação”, com a criação de leis específicas para tratar de temas dantes reunidos em códigos, como é o caso da lei Consumerista, do Inquilinato etc.

Por fim, numa terceira onda dogmática, ocorrida, sobretudo após a 2ª Guerra mundial, e, no Brasil, mais fortemente a partir de 1988, a Constituição passou a ocupar o centro axiológico do ordenamento jurídico. Suas regras e valores passaram a irradiar sobre todo o sistema jurídico. Nesse sentido, é a constatação de Luís Roberto Barroso (2007, p. 19):

“A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos seus princípios”.

No mesmo sentido, leciona Maurício Godinho Delgado (2012, p. 77):

“No Brasil, a mesma tendência de constitucionalização verificou-se: começada em 1934, foi mantida em todas as Constituições posteriores, mesmo as de natureza autocrática (1937, 1967, 1969). Entretanto, tal tendência adquiriu novo status apenas com a Constituição de 1988. É que esta, em inúmeros de seus preceitos e, até mesmo, na disposição topográfica de suas normas (que se iniciam pela pessoa humana, em vez de pelo Estado), firmou princípios basilares para a ordem jurídica, o Estado e a sociedade – grande parte desses princípios elevando ao ápice o trabalho, tal como a matriz pós-guerra europeu”.

Verifica-se, pois, que o Direito Brasileiro, após 1988, passa por uma releitura à luz dos princípios e regras constitucionais. É nesse sentido que devemos apreender a expressão Constitucionalização do Direito. Não é no sentido de inclusão, na Lei Maior, de regras próprias de outros domínios, como acontece, por exemplo,

com o artigo 7º da Constituição Federal de 1988, que enumera direitos da classe trabalhadora, muitos deles já reconhecidos pela Legislação Infraconstitucional.

A expressão “Constitucionalização do Direito” deve ser entendida como o fenômeno pelo qual o interprete ou aplicador do direito deve sempre buscar as normas e valores constitucionais para legitimar suas decisões interpretativas.

Essa constitucionalização do direito, no que diz respeito ao Direito do trabalho, vem acarretando importantes alterações jurisprudenciais, pois o enfoque deixou de ser exclusivamente a CLT, e sim os princípios e regras constitucionalmente previstos.

A título ilustrativo, podemos citar o reconhecimento da garantia de emprego à empregada gestante, mesmo no contexto de vínculos temporários, com a modificação da súmula 244 do TST, a proteção contra a dispensa discriminatória, nos termos da súmula 443 do TST, etc.

## **2.1 A Constituição Federal de 1988 e o Neoconstitucionalismo**

A Constituição de 1988 representa um importante marco histórico no Direito Constitucional Brasileiro, pois foi a primeira carta política verdadeiramente democrática, o que se verifica pela proteção dos interesses das mais variadas classes sociais.

No âmbito do Direito do Trabalho, por exemplo, podemos verificar a proteção à livre iniciativa e à propriedade, como um dos princípios da Ordem Econômica (art. 1º, inciso IV e art. 170, *caput* e inciso II, CF), sem prejuízo da ampla proteção da classe trabalhadora (art. 7º *caput* e incisos). Consequentemente, a tutela de valores antagônicos é algo corriqueiro, cabendo ao interprete compatibilizar esses interesses, na medida em que não se fala em antinomia entre normas constitucionais.

Em sendo democrática, avançou da simples proteção do indivíduo contra o Estado para a consagração de direitos coletivos e sociais, o que abriu espaço, por exemplo, ao desenvolvimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Na prática, a Constituição de 1988 foi uma das engrenagens do processo de transição do regime ditatorial para o democrático, com a previsão de eleições diretas, com sufrágio universal e o voto secreto. Tais valores, aliás, dada a enorme importância à proteção do novo sistema, foram alçados à categoria de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF).

A Constituição de 1988 já nasce ungida pelos ideais do Neoconstitucionalismo, que tem como base filosófica a decadência do Positivismo Jurídico, ao fim da 2ª Guerra Mundial, e ascensão de valores éticos e morais.

Como bem leciona Luís Roberto Barroso (2007, p. 4):

“O Jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as constituições escritas e as Codificações. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à Lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrocada do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª. Guerra, a ética e os valores começaram a retomar o direito”.

A experiência histórica do positivismo jurídico puro não foi das melhores. Para tal corrente filosófica, o direito, como sistema normativo, deve existir independentemente da moral, da realidade econômica ou das formas de organização política. Aos profissionais do Direito, diante da norma posta, restava, apenas, subsumir, de modo totalmente objetivo, os fatos ao direito, retirando dessa operação

consequências jurídicas totalmente previsíveis, de modo a conferir segurança jurídica necessária ao desenvolvimento do sistema capitalista.

Como bem pondera Fabio Konder Comparato (2006, p.353):

*“Na busca de exatidão de raciocínio, os positivistas do direito não podiam considerar objeto da teoria jurídica as ações humanas, em razão de sua vulnerabilidade imprevisível e de sua extrema complexidade. Restavam assim, como objeto próprio de uma análise que se pretendia científica do direito, unicamente os textos normativos, considerados sob dois aspectos: na precisão semântica de seus conceitos técnicos e no encadeamento lógico das proposições. O direito reduziu-se, inelutavelmente, a puras formas normativas. O conteúdo político, econômico, religioso, etc. deveria ser expurgado da teoria jurídica, a fim de que ela pudesse pretender a algum rigor científico”.*

Vale dizer, a ciência do direito passou a ter função de determinar o que o direito é, e não o que o direito deve ser, ensejando a total separação das noções de direito e moral. O perigo do sistema positivo puro está justamente na separação dos valores éticos do direito. Como bem observa Fabio Konder Comparato na obra supra citada:

*“ao se levar esse raciocínio às últimas consequências, teremos como conclusão lógica, que o terror permanente, estabelecido por um Estado totalitário, não deve interferir na análise fria e objetiva que um jurista faz do sentido, da vigência, ou do âmbito de aplicação das normas editadas por esse Estado. O que significa fazer do sistema jurídico uma simples técnica de manifestação da vontade dominante, no meio social, quaisquer que sejam as finalidades perseguidas pelos que exercem essa dominação”.*

A derrocada desse sistema jurídico ocorreu com a derrota dos nazistas, na 2ª. Guerra Mundial, pois, ao se analisar o sistema jurídico Alemão em confronto com os atos de Hitler, pode-se observar que tal ditador não infringiu qualquer norma do ordenamento de seu país, muito embora, pelo senso comum, fosse possível afirmar que tais atos e comportamentos infringiram os valores éticos da sociedade.

Nesse contexto, como teoria intermediária entre o jus naturalismo e o jus positivismo, nasce, então, o pós-positivismo jurídico, que tem por objetivo, na visão de Luís Roberto Barroso (2007, p. 4):

*“Ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais”.*

Foi nesse contexto filosófico mundial que surgiu a Constituição de 1988. Em seu corpo de normas, identificamos não só regras de estrutura e organização do Estado, mas também regras de proteção do homem, como ser humano digno de respeito (art. 1ª, III, CF). E, pela própria topologia dessas normas de proteção do homem na Constituição, alçadas à categoria de Princípios, direitos e garantias fundamentais, é possível afirmar que o Legislador constituinte pretendeu que tais normas constituíssem a base da sociedade brasileira.

Além do contexto histórico (pós-guerra) e do contexto filosófico (pós-positivismo), foi crucial para a construção do que se convencionou chamar de “Neoconstitucionalismo”, a atualização teórica da Hermenêutica Constitucional.

Uma das grandes mudanças de paradigmas ocorridas ao longo do Século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Isso implica em reconhecer que a Constituição não é um documento essencialmente político, contendo um mero convite à atuação dos Poderes Políticos, mas sim um documento formal dotado de poder normativo, de caráter vinculativo e obrigatório.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2007, p. 6), *“as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.”*

Maurício Godinho Delgado (2012) também identifica essa nova característica da Constituição de 1988 e, com apoio na doutrina de José da Silva Pinto, afirma que *“ainda que não seja absoluta ou completa a eficácia do preceito constitucional surgido, ela existe pelo menos na proporção em que o novo preceito revoga ou esteriliza princípios e normas frontalmente antitéticos ou incompatíveis”*.

Reconhecida a imperatividade da norma constitucional, expande-se a chamada Jurisdição Constitucional, com a criação, em diversos Estados, dos Tribunais Constitucionais, responsáveis pela guarda da Constituição. Em nosso atual sistema jurisdicional, tal função é reservada ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, *caput*, CF). Fez parte dessa expansão constitucional a criação de mecanismos de controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso, das normas jurídicas.

Por fim, a nova interpretação constitucional, surgida a partir do reconhecimento da força normativa da constituição e da experiência dos Tribunais Constitucionais, tornou possível a identificação de nova fase do Constitucionalismo, a que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo.

## **2.2 A Nova Interpretação Constitucional**

O modelo social e jurídico da sociedade do Século XX e XXI tornou necessária a revisão das técnicas hermenêuticas até então vigentes. Os elementos tradicionais de interpretação, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico, não são mais suficientes para legitimar as decisões judiciais.

Como bem observa Luís Roberto Barroso (2007, p. 9), a interpretação jurídica tradicional sempre esteve assentada sobre duas grandes premissas: *“quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento*

*jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida.”*

Por sua vez, a interpretação constitucional propõe algumas mudanças nessas premissas, pois, quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontram no relato abstrato do texto normativo. Nesse sentido, afirma Luís Roberto Barroso (2007, p. 9): *“Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente.”*

Quanto ao papel do Juiz, não lhe cabe, tão somente, identificar ou revelar a solução contida no enunciado normativo. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2007, p. 15): *“O interprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do Legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”.*

Essa nova perspectiva da interpretação fez o interprete identificar alguns conceitos, que após serem delimitados pela Hermenêutica Constitucional, permite ao aplicador do Direito, em especial o Poder Judiciário, a solucionar grandes questões constitucionais. Surgem os conceitos de “clausulas gerais”, “princípios”, o reconhecimento e estudo das “colisões de normas constitucionais”, e a solução desses impasses pela “ponderação” e “argumentação”.

A peculiaridade da norma constitucional fez a doutrina e a jurisprudência buscar o desenvolvimento de elementos próprios de interpretação, que segundo Luís Roberto Barroso são: 1) supremacia da constituição; 2) presunção de constitucionalidade dos atos e normas do Poder Público; 3) Interpretação conforme a constituição; 4) unidade; 5) razoabilidade; e 6) efetividade.

A colisão de normas constitucionais passou a ser percebida como um fenômeno natural, do qual jamais poderá resultar a exclusão de uma norma para a prevalência total da outra, como acontece na interpretação jurídica tradicional, segundo os critérios hierárquico, temporal e especial.

As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que naturalmente se contrapõem. Como bem observa Luís Roberto Barroso (2007, p. 10) *“há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento*

*e a proteção ambiental, entre a livre iniciativa e a proteção do consumidor.”* Inúmeros são os valores antagônicos tutelados no texto constitucional.

O eventual choque entre esses valores não pode ser resolvido pela prevalência absoluta de um sobre o outro. Pelo menos esta não deve ser a regra. A solução das colisões deve passar pelo feixe da ponderação. A ponderação se contrapõe a ideia de subsunção, própria da interpretação clássica do direito. O papel do Juiz, conforme dito linhas atrás, deixou de ser a de mero interprete da Lei, subsumindo a regra ao caso concreto, para assumir função ativa na construção do Direito. Nesse sentido, valiosa é a constatação de Celso Ribeiro Bastos (2014, p.189-190):

*“Alguns estudiosos veem na interpretação um caráter puramente cognoscitivo. Não obstante, outro grupo de estudiosos, aos quais nos filiamos, entende que a interpretação implica um juízo decisório, dentro de uma esfera de decisões viáveis. (...) Em toda interpretação existe criação do direito. Trata-se de um processo no qual entra a vontade humana. Nesse sentido, a interpretação é uma escolha entre múltiplas opções”*

E, em outro trecho de sua obra, leciona ainda Celso Ribeiro Bastos (2014, p. 34):

*“E o interprete nunca será absolutamente neutro. Aquele vazio a que se referiu a cima é preenchido em grande parte com preconceitos, valores e visões pessoais do aplicador da lei. O Direito é essencialmente voluntarista, vale dizer, necessita da vontade do interprete. Mas só esta não legitima seu uso. Na verdade, o mundo jurídico só aceita a legitimação que lhe é própria e que envolve a utilização do discurso jurídico-normativo. O certo é que, em havendo o exercício da personalidade no ato interpretativo, não se pode desdenhar o alto grau de possibilidade de se chegar a resultados diversos”*

Por meio da ponderação, o intérprete fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um desses interesses em disputa ou, no limite, procederá a escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional, segundo os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

### **2.3. Os critérios da Razoabilidade e Proporcionalidade e a necessidade de Legitimação das Decisões Judiciais**

Razoabilidade e proporcionalidade são parâmetros, critérios ou padrões de interpretação que possibilitam o sopesamento entre princípios constitucionais contrapostos e a verificação da legitimidade e juridicidade dos atos legislativos e administrativos.

Embora alguns autores neguem a sinonímia entre razoabilidade e proporcionalidade, o fato é que, de modo geral, a doutrina não dá muita atenção a esse detalhe, e o Supremo Tribunal Federal, em suas decisões, ora utiliza o termo “razoabilidade”, ora “proporcionalidade”, sem um rigor técnico/científico de diferenciação.

Celso Ribeiro Bastos leciona que o postulado pode ter duas origens possíveis. A primeira, é admitir que o postulado está implícito na Constituição, conforme construção doutrinária Alemã. Pela segunda origem possível, o postulado da Razoabilidade tem sua origem na evolução do conceito do devido processo legal, que, há tempos, deixou de ser encarada como mera garantia formal, procedimental, encampando feição substancial, conforme doutrina Norte Americana. Nesse sentido, vale citar *ipses literis* as palavras do mencionado de Bastos (2014, p. 168):

*“No Direito Brasileiro, a técnica da verificação da razoabilidade pode ser admitida como presente no Texto Constitucional sob duas óticas diferentes. Abrem-se, assim, duas construções admissíveis. Primeiramente como decorrência da doutrina alemã, pode-se considerar o “princípio da razoabilidade” como implícito no sistema, revelando-se assim como um “princípio”*

*constitucional não escrito. Por outro lado, poder-se-ia, já agora sob a inspiração direta da doutrina norte-americana, extraí-lo da cláusula do devido processo legal, mais especificamente como decorrente da noção substantiva que se vem imprimindo a dita cláusula”.*

A proporcionalidade ou princípio da proporcionalidade desdobra-se em três aspectos: a proporcionalidade em sentido estrito, a adequação e a exigibilidade.

Conforme ensinamento de Celso Ribeiro Bastos (2014, p. 167):

*“no seu emprego [princípio da proporcionalidade], sempre se tem em vista o fim colimado nas disposições constitucionais a serem interpretadas, fim esse que pode ser atingido por diversos meios, entre os quais se haverá de optar.”*

A adequação, nas palavras de Celso Ribeiro Bastos (2014, p. 134) se verifica quando *“o meio escolhido, dentre todos aqueles possíveis, deve ser “adequado para atingir o fim almejado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado.”*

Na esteira da exigibilidade, deve o interprete ponderar se o meio escolhido é o mais suave dentre os diversos disponíveis. Por fim, sob a ótica da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se analisar se o meio empregado é o mais vantajoso, no sentido de promoção de certos valores, com o mínimo de desrespeito de outros.

O princípio da razoabilidade tem relação direta com a justiça das decisões. Trata-se de um critério de ponderação entre os meios e os fins, complementando a análise de adequação entre os meios e fins da proporcionalidade.

Segundo Luís Roberto Barroso (2007), o princípio da razoabilidade enfeixa um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público, por meio do qual se pode avaliar se ele está informado pelo valor superior do ordenamento jurídico, que é a

Justiça. Segundo o mesmo doutrinador, é mais fácil senti-lo, do que conceituado, visto que o princípio se caracteriza por liberar um conjunto de proposições de dimensão excessivamente subjetiva.

Em síntese, os postulados da proporcionalidade e razoabilidade devem nortear a atividade do interprete, no sentido de construir a norma jurídica aplicável ao caso concreto, ponderando-se os meios possíveis para o atingimento dos fins legais, para escolher aquele que melhor atenda aos objetivos, com o mínimo de sacrifício para os direitos e liberdades fundamentais eventualmente em choque.

Sobre a ponderação, leciona Gilmar Ferreira Mendes (2014, p. 189):

*“O exercício da ponderação é sensível à ideia de que, no sistema constitucional, embora todas as normas tenham o mesmo status hierárquico, os princípios constitucionais podem ter “pesos abstratos” diversos. Mas esse peso abstrato é apenas um dos fatores a ser ponderado. Há de se levar em conta, igualmente, o grau de interferência sobre o direito preterido que a escolha do outro pode ocasionar. Por fim, a ponderação deve ter presente a própria confiabilidade das premissas empíricas em que se escoram os argumentos sobre o significado da solução proposta para os direitos em colisão. É importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos”.*

Por fim, após a ponderação, deve surgir a argumentação, que seria a exteriorização da lógica estabelecida pelo interprete, na ponderação dos valores, segundo os critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Na lição de Luis Roberto Barroso (2007, p. 11), a argumentação é importante para *“assegurar legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações”*, devendo, em meio a outras considerações:

*“(i) reconduzí-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.”*

### **3. A PROTEÇÃO DO EMPREGADO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA**

A Constitucionalização do Direito do Trabalho tornou a relação de emprego protegida contra a dispensa a dispensa arbitrária (art. 7º, I, CF). É mérito também da Constituição Federal, a incorporação ao ordenamento jurídico pátrio de extenso rol de direitos humanos, erigidos à categoria de direitos individuais e coletivos (art. 5º, CF) e sociais (art. 6º a 11, CF), todos fundamentais, o que implica dizer que estão imunes a modificações que tendam a abolição (art. 60, §4º, CF) e possuem aplicabilidade direta e imediata (art. 5º, §1º, CF).

Esse sistema garantista da pessoa humana, visando a consagração de sua dignidade, da sua cidadania, dos valores sociais do trabalho e da solidariedade (art. 1º, I, II, IV, e art. 3º, I, todos da CF), e o reconhecimento da aplicação desses princípios e regras no plano horizontal, isto é, nas relações entre particulares, tornou possível o aparecimento e o desenvolvimento de teses jurídicas, que visam atuar concretamente, e em situações específicas, na proteção de trabalhadores vítimas de abusos e discriminações.

A Proteção contra a dispensa arbitrária, no atual estágio de evolução do ordenamento jurídico, não pode ficar limitada ao artigo 10, incisos I e II, do ADCT. Após a edição da Constituição de 1988, a sociedade brasileira foi exposta a intensa evolução, tanto pela criação de novos textos legislativos, como é o caso do Código Civil de 2002, como pela evolução do pensamento jurídico-filosófico.

No particular, o Código Civil de 2002 foi responsável por consagrar os valores da eticidade, socialidade, solidariedade e justiça, bem como pela positivação do conceito de ato ilícito sob a perspectiva do abuso de direito (art. 187, CC). Antes dele, já vigorava a Lei 9.029 de 1995, que, especificamente, trata da discriminação na relação de emprego. A Convenção 158 da OIT, embora, segundo a maioria doutrinária e jurisprudencial, não produza mais efeitos no Brasil, foi responsável por aprofundar e qualificar o debate da comunidade sobre a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Tudo isso criou um ambiente favorável para a rediscussão sobre a delimitação da norma de proteção contra a dispensa arbitrária, conforme trataremos nos tópicos seguintes.

### **3.1 Breve Histórico de Proteção do Trabalhador contra a Dispensa**

O rompimento da relação de emprego por vontade unilateral do empregador tem enorme aptidão para gerar conflitos. É que, para o trabalhador, a dispensa emerge como a cessação de sua fonte de renda, o que repercute na sua capacidade de suprir suas necessidades básicas. O empregador, por sua vez, nem sempre tem condições de manter a mão de obra, sob pena de inviabilizar sua própria atividade produtiva. Verifica-se, portanto, um evidente conflito de interesses, que deve ser equacionado pela legislação.

Proibir, ao extremo, a dispensa inviabilizaria a atividade econômica, já que o mercado é caracterizado pelos constantes altos e baixos e o empresário é quem assume os riscos da produção.

Ao longo da história, portanto, verificamos constantes mudanças na equação entre proteção da dispensa e livre iniciativa do empregador. O Brasil foi pioneiro ao assegurar esse tipo de estabilidade absoluta: instituída em 1923 para os ferroviários, foi aos poucos sendo estendida a outras categorias profissionais até que, em 1935, passou a alcançar todos os trabalhadores urbanos, salvo os domésticos.

As primeiras leis que garantiam a relação duradoura do labor contra a dispensa arbitrária do empregado estavam relacionadas à Previdência Social. É o caso do Decreto Lei nº 4.682 de 1923, denominado “Lei Elói Chaves”, que, em seu artigo 42, estabelece a estabilidade no emprego após a prestação de serviços por mais de dez anos, nos seguintes termos:

*“Art. 42. Depois de 10 annos de serviços effectivo o empregado das empresas a que se refere a presente lei só poderá administrativo no caso de falta grave constatada em inquerito administrativo, presidido por um engenheiro da Inspectoria e Fiscalização das Estradas de Ferro”.*

A proteção estabelecida pelo mencionado decreto não abrangeu a totalidade dos trabalhadores brasileiros, mas tão somente aqueles que prestavam serviços nas ferrovias.

Com a Lei nº 62 de 1935, a proteção foi estendida às demais categorias profissionais, dispondo em seu artigo 10:

*“Art. 10. Os empregados que ainda não gozarem da estabilidade que as leis sobre institutos de aposentadorias e pensões têm criado, desde que contem 10 annos de serviço efetivo no mesmo estabelecimento, nos termos desta Lei, só poderão ser demitidos por motivos devidamente comprovados de falta grave, desobediência, indisciplina ou causa de força maior, nos termos do art. 5º”.*

Também foi mérito da mencionada Lei a instituição de indenização tarifada aos empregados não estáveis, dispensados sem justa causa, nos termos do seu artigo 1º:

*“Art. 1º É assegurado ao empregado da indústria ou do comércio, não existindo prazo estipulado para a terminação do*

*respectivo contrato de trabalho, e quando for despedido sem justa causa, o direito de haver do empregador uma indenização paga na base do maior ordenado que tenha percebido na mesma empresa.”*

A constituição de 1934 não tratou de temas como a estabilidade, mas, em seu artigo 121, §1º, alínea “g”, institui a obrigação do empregador indenizar o trabalhador despedido sem justa causa.

A constituição de 1937 não trouxe qualquer novidade sobre o tema. Em 1º de maio de 1943, com a promulgação da CLT, a estabilidade decenal foi reafirmada pelo artigo 492, garantindo-se a todo empregado que contar com mais de dez anos de serviço na mesma empresa a estabilidade no emprego, somente podendo ser demitido por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

A CLT previu, ainda, o direito a indenização proporcional ao tempo de serviço ao empregado não estável, sempre que não tenha dado motivo para a cessação do contrato de trabalho, nos termos dos artigos 477 e 478.

Não obstante os esforços legislativos em proteger o empregado contra a dispensa, na prática, começaram a surgir mecanismos para burlar a Lei, como foi o caso das dispensas denominadas obstativas, ou seja, que eram levadas a efeito para evitar a aquisição do direito a estabilidade.

Nesse sentido, pondera Arnaldo Sussekind (2010, p. 140): *“E, assim, a estabilidade, que visava a propiciar segurança individual e familiar ao trabalhador, tem-se transformado, de um modo geral, em motivo de insegurança e temor, dada a ameaça de despedida imotivada aos oito ou nove anos de serviço”*.

Em 1946, a proteção foi elevada a status constitucional, pela edição do artigo 157, inciso XII, da Constituição de 1946, que assim dispunha:

*“Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: XII - estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir;”*

É preciso ponderar, entretanto, que a norma constitucional, especialmente da forma como redigida, não representava uma garantia constitucional no sentido do que a concebemos atualmente. A efetiva proteção contra a dispensa dependia da vontade do legislador infraconstitucional, até porque, naquela época, não se tinha as bases ideológicas do neoconstitucionalismo, que permitem, dentre outras coisas, aplicar as normas constitucionais nas relações entre particulares (aplicabilidade horizontal).

Nessa época, o mérito da proteção do trabalhador contra a dispensa era mesmo da CLT e das Leis e decretos anteriores, que estabeleciam de maneira cogente direitos de estabilidade e indenizações pelo rompimento do pacto laboral.

No entanto, essa proteção construída ao longo de muitos anos, começou a ser desfeita com a edição da Lei 5.107 de 1966, que substituiu a estabilidade decenal pelos depósitos de 8% sobre o valor do salário e indenização de 10% sobre o total dos depósitos, em caso de despedida sem justa causa. A modificação da sistemática de proteção aconteceu em meio ao regime militar e sob a justificativa de necessidade de se privilegiar o progresso econômico.

Finalmente, na Constituição de 1988, o tema foi objeto de intensos embates entre os Constituintes. Segundo José Afonso da Silva (2014), haviam aqueles que defendiam a volta da estabilidade decenal e outros, mais liberais, defendiam postura de livre desfazimento unilateral do contrato de trabalho.

A equação desses interesses resultou no texto no artigo 7º, inciso I, da CF, que assim dispõe:

*“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;”*

Visando a plena aplicabilidade do dispositivo foi editado ainda o artigo 10, inciso I, do ADCT, prevendo a multiplicação por quatro da indenização prevista pela Lei 5.107 de 1966 para o caso de dispensa sem justa causa do empregado, nos seguintes termos:

*“Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:*

*I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;”*

Embora tenha prevalecido a ideia de que a dispensa sem justa causa e a arbitrária estariam “permitidas”, independentemente de motivação, desde que se assegurasse a indenização nos moldes do artigo 10, inciso I, do ADCT, a verdade é que, atualmente, a interpretação desses dispositivos, em razão da evolução social, tende a torna-los mais garantistas aos trabalhadores do que, provavelmente, foi a intenção dos constituintes vencedores.

A verdade é que a norma jurídica, uma vez posta, desprende-se das vontades e intenções do legislador, acompanhando a evolução social. A construção das teorias do abuso de direito, o desenvolvimento do Neoconstitucionalismo, a influência de convenções e tratados internacionais sobre o pensamento jurídico e outros fatores, criaram o ambiente necessário para que o interprete pudesse empreender uma nova leitura do artigo 7º, inciso I da Constituição Federal.

Quanto a essa constatação, impossível deixar de citar as sábias lições de Celso Ribeiro Bastos, para quem: *“(...) embora seja inevitável a aparente contraditio in termis, pode-se dizer que o direito define-se tanto pela busca incessante da certeza, traduzida por sua estabilidade, quanto pela procura incessante da sua legitimidade*

*dinâmica, que se traduz numa mutabilidade que acompanhe a evolução histórica operada no seio da sociedade”.*

Mais à frente, pondera Bastos (2014, p. 116-17): *“(...) a interpretação, além de determinar o conteúdo das normas, também implica, principalmente em nível constitucional, numa atualização constante da regra posta, sem alterar-lhe o texto”.*

### **3.2 O Neoconstitucionalismo e a Aplicação Horizontal dos Princípios e Regras Constitucionais**

A teoria da eficácia horizontal das normas constitucionais decorre do desenvolvimento do próprio Neoconstitucionalismo. O amadurecimento da ideia de supremacia axiológica da constituição, colocando seus valores no centro de toda e qualquer discussão jurídica, seja ela pública ou privada, permitiu que os princípios e regras constitucionais irradiassem seus efeitos sobre todas as esferas jurídicas.

Partiu-se da concepção de a Constituição resulta de um pacto político fundamental da sociedade envolvida, de sorte que seus princípios e regras devem informar todas as relações porventura existentes, e não só limitar o Estado, como anteriormente se concebia.

Nesse sentido são as ponderações de Maurício Godinho Delgado (2012, p. 120):

*“O enfoque de construção do critério de análise da eficácia das normas constitucionais privilegiado pela vertente moderna é sumamente diverso do enfoque tradicional. A vertente moderna parte do suposto (na verdade, inquestionável axioma) de que a Constituição resulta de pacto político fundamental da sociedade envolvida, direcionando a estrutura nuclear das relações essenciais existentes naquela sociedade”.*

Mais especificamente, assevera Carlos Henrique Bezerra Leite (2011, p. 24-29):

*“(...) com o envolver das relações econômicas, políticas e sociais, que implicou o surgimento do chamado neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, verificou-se que não apenas o Estado tem o dever de proteger e promover a efetivação dos direitos fundamentais, como também os particulares entre si”.*

A origem dessa teoria decorre, segundo o citado autor (LEITE, 2011, p. 24-29):

*“(...) do reconhecimento de que as desigualdades estruturantes não se situam apenas na relação entre Estado e os particulares, como também entre os próprios particulares, o que passa a empolgar um novo pensar dos estudiosos da ciência jurídica a respeito da aplicabilidade dos direitos fundamentais”.*

A proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária somente pôde se desenvolver a contento, de forma ampla, após o reconhecimento da eficácia horizontal das regras e princípios constitucionais. Abriu-se espaço para duas vertentes de proteção. Uma visando determinar o particular (empregador) a abster-se de despedir de arbitrária e outra contra o Estado, visando sua atuação afirmativa no sentido de promover o pleno emprego.

Nesse sentido, é o ensinamento de Renato Rua de Almeida (2010, p. 143-149):

*“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 releitura constitucional permitiu o desenvolvimento de teorias e estudos negando a concepção absolutamente potestativa do direito do empregador de despedir. Verifica-se, principalmente no momento da dispensa, que o empregador, por ser detentor dos meios de produção, coloca-se em posição de extrema superioridade econômica e social em relação ao empregado hipossuficiente, em situação análoga a do Estado em relação aos particulares em geral, o que justifica a aplicação dos direitos fundamentais no plano das relações particulares.

A concepção individualista de que o empregador, por ser o proprietário dos meios de produção, teria liberdade para decidir sobre a oportunidade e conveniência de contratar e dispensar seus empregados, segundo os postulados da livre iniciativa empresarial e autonomia da vontade, deve ceder espaço para o direito do empregado de não ser objeto de abuso ou discriminação.

Como bem pondera Luiz Otávio Linhares Renault e Isabela Márcia de Alcântara Fabiano (2011, p. 210), em artigo sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, publicado na Revista do Tribunal Superior do Trabalho:

*“O direito de propriedade e o princípio da autonomia da vontade apontados para justificar a ação empresária não são absolutos, tampouco bastantes para validar o exercício abusivo e ilícito do poder empregatício. O centro de poder privado não poder ser palco de desmandos e arbitrariedades contra os direitos fundamentais trabalhistas, nem motivo para retirar de (ex-) empregados direitos básicos e inerentes à afirmação de sua dignidade”.*

Por fim, é importante ponderar que, assim como na aplicação vertical, deve-se reconhecer a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações horizontais, principalmente porque vigora a vertente interpretativa constitucional da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Portanto, na linha do ensinamento de Luiz Otávio Linhares Renault e Isabela Márcia de Alcântara Fabiano (2011, p. 212), *in verbis*:

*“A aplicação desses direitos [fundamentais] não está condicionada à publicação de legislação infraconstitucional ulterior, devendo-se dar a máxima efetividade às normas constitucionais, mormente àquelas que disciplinam vários aspectos da personalidade humana”.*

Conforme dito alhures, com apoio nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso, o postulado da máxima efetividade dos direitos fundamentais é um dos elementos de interpretação da constituição, ao lado da supremacia da constituição, unidade, razoabilidade, etc. Não há razão de ordem lógica ou jurídica para se afastar, portanto, a ideia de aplicação direta e imediata das normas constitucionais sobre as relações entre particulares.

A jurisprudência do TST tem dado relevância a essa vertente interpretativa da constituição. Em 2011, o Tribunal Superior do Trabalho proferiu decisão nos autos do processo 105500-32.2008.5.04.0101, cuja redação do acórdão coube à Ministra Rosa Maria Weber. O recurso de revista não foi conhecido, confirmando-se a ordem de reintegração de empregado dispensado arbitrariamente, por ser portador de esquizofrenia. Na fundamentação do julgado, bem ponderou a eminente Ministra:

*“O arcabouço jurídico sedimentado em torno da matéria deve ser considerado, outrossim, sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como limitação negativa da autonomia privada, sob pena de ter esvaziado seu conteúdo deontológico. (...)à luz do art. 187 do Código Civil, a teor do qual o exercício do direito potestativo à denúncia vazia do contrato de trabalho, como o de qualquer outro direito, não pode exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Mais que isso, é de se ponderar que o exercício de uma atividade laboral é aspecto relevante no tratamento do*

*paciente portador de doença grave e a manutenção do vínculo empregatício, por parte do empregador, deve ser entendida como expressão da função social da empresa e da propriedade, sendo, até mesmo, prescindível averiguar o animus discriminatório da dispensa”<sup>1</sup>.*

Não há dúvidas, portanto, que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é uma realidade. A aplicabilidade deve ser direta e imediata, independentemente da edição de normas infraconstitucionais, funcionando como verdadeiro limite aos direitos potestativos do empregador, parte econômica e socialmente hipersuficiente.

### **3.3A Influência da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho**

A convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho foi ratificada pelo Decreto legislativo n. 68, publicado no dia 29 de agosto de 1992. O depósito do instrumento normativo perante a repartição Internacional do trabalho da OIT ocorreu, por sua vez, em 5.1.1995. Pelos termos da própria convenção, tal depósito implica o início de vigência do diploma no respectivo Estado doze meses após (art. 16, item III, conv. 158), ou seja, em 05 de janeiro de 1996.

A mencionada convenção institui no direito brasileiro a exigência de motivação da dispensa, a exemplo do que já acontecia na Alemanha e outros países da Europa, em que a dispensa passou a somente ser admitida quando socialmente justificada.

Com a convenção, eliminava-se, assim, a possibilidade jurídica da denúncia vazia do contrato pelo empregado. Dispunha o artigo 4º, da Convenção 158 da OIT: "*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*

---

<sup>1</sup> Brasil, Tribunal Superior Do Trabalho. Autos Do Processo Nº105500-32.2008.5.04.0101. Ministra Relatora: Rosa Maria Weber, Data De Publicação: Dejt 05.08.2011. Disponível Em: <https://Aplicacao5.Tst.Jus.Br/Consultaprocessual/Consultatstnumunica.Do?Consulta=Consultar&Conscsjt=&Numerotst=105500&Digitotst=32&Anotst=2008&Orgaotst=5&Tribunalst=04&Varatst=0101&Submit=Consultar>. Acesso Em 19.02.2015.

*comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”.*

Embora fosse inegável o avanço que a Convenção trazia ao ordenamento jurídico brasileiro, a verdade é que ela teve curta duração, pois o Presidente da República depositou na OIT a sua denúncia, em 20 de novembro de 1996.

Muito se discute acerca da constitucionalidade da Denúncia, porquanto não respeitado o prazo mínimo de dez anos para a Denúncia e não respeitada a formalidade de se submeter a denúncia ao referendo do Congresso Nacional, em violação aos artigos 49, inciso I e 84, incisos IV e VI, alíneas “a” e “b”.

A Confederação Nacional dos trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e a Central única dos Trabalhadores (CUT), ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o decreto 2100 de 20 de dezembro de 1996, por meio do qual o Executivo denunciou a Convenção, com base nos mesmos argumentos expostos no parágrafo anterior. A ação já recebeu três votos. Votaram favoravelmente os Ministros Mauricio Correa e o Ministro Caarlos Ayres Brito. Pela improcedência é o voto do Ministro Nelson Jobim. Até a presente data não houve solução para o caso, pois o processo foi paralisado com o pedido de vista do então Ministro Joaquim Barbosa.

Não obstante, ainda que não se reconheça a vigência da Convenção 158 no ordenamento jurídico brasileiro, as discussões que ela aflorou na comunidade jurídica, já foi um ponto positivo, na medida em que permitiu novas reflexões sobre as limitações da dispensa arbitrária ou sem justa causa.

### **3.4 Contrato de Emprego e o Princípio da Boa-fé Objetiva e Função Social**

Todo contrato pode ser definido como um ajuste de vontades, que poderá ser celebrado com maior ou menor liberdade, conforme disponha a Lei.

No âmbito do Direito do Trabalho é claro que essa vontade é mais contingenciada, do que no âmbito do Direito Civil, berço do direito contratual. Razões históricas e circunstanciais determinam a existência de maiores limites legais à livre manifestação de vontade das partes, na estipulação do contrato de emprego.

Entretanto, embora as partes não tenham total liberdade para dispor sobre o conteúdo do contrato, indiscutível que ainda remanesce viva a liberdade de as partes decidirem se estipulam ou não o pacto. Aliás, essa liberdade, é justamente o que irá distanciar o trabalho lícito, da escravidão ou servidão.

No âmbito do Direito do Trabalho, diversas teorias buscam identificar a natureza jurídica da relação de emprego. Essas teorias podem ser divididas basicamente em contratualistas e acontratualistas. Atualmente, tem prevalecido o entendimento de que a relação de emprego possui natureza jurídica de contrato, pois, pelo menos o início dela depende da livre manifestação de vontade das partes, empregado e empregador (liberdade de contratar).

Como bem pondera Luiza Riva Sanseverio (2007), citada por Maurício Godinho Delgado (2012), a liberdade de contratar *“não se trata tanto de vontade dirigida à definição do conteúdo do vínculo contratado, embora mantenha-se como vontade para definir sobre a efetiva pactuação do referido vínculo”*.

É sabido que a relação de emprego sofre intensa normatização legal, que naturalmente imperam sobre as normas contratuais menos benéficas ao trabalhador, mas isso não é suficiente para afastar a ideia do contrato como elemento base de regência dessa relação.

O contrato de emprego existirá, ao menos, para convergir a vontade do empregado de prestar o serviço e a vontade do empregador de recebê-lo, mediante justa contraprestação. O próprio artigo 442, da CLT, filia-se à concepção contratualista do vínculo que une empregado e empregador, dispondo:

*“Art. 442 Contrato individual de trabalho é o acordo, tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”*.

Contrato de emprego é, portanto, o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (o empregado) obriga-se, de modo pessoal, mediante o pagamento de uma contraprestação (remuneração), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), que assume os riscos da atividade desenvolvida e que subordina juridicamente o prestador.

Essa definição reúne todos os elementos caracterizadores da relação de emprego e ainda permite a caracterização do vínculo entre empregado e empregador como contrato.

Reconhecer a natureza contratual da relação empregatícia não mais implica na abertura de campo propício à restrição dos direitos dos trabalhadores pela adoção do postulado absoluto do *“pacta sunt servanda”*, originário do sistema liberal civilista. Pelo contrário, com a publicização do Direito Civil e constitucionalização do direito, os ramos do Direito Civil e do Direito do Trabalho têm se aproximado cada vez mais.

Desde a edição do Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002, o contrato deixou de servir somente para circulação de riquezas. Para o Superior Tribunal de Justiça, em especial, na visão do Ministro Luís Felipe Salomão, conforme sedimentado no julgamento do RESP nº 1.051.270, o contrato, hodiernamente, é visto como *“forma de adequação e realização social da pessoa humana e meio de acesso a bens e serviços que lhe dão dignidade”*.

Ainda nas palavras do eminente Ministro:

*“Diante da crescente publicização do direito privado, o contrato deixou de ser a máxima expressão da autonomia da vontade para se tornar prática social de especial importância, prática essa que o estado não pode simplesmente relegar à esfera das deliberações particulares. Instituto nascido no âmbito do Direito Privado, o contrato passou a ter colorido publicístico, exigindo do julgador a aplicação, no caso concreto, das chamadas cláusulas abertas, dentre as quais se destacam a boa-fé objetiva e a função social.”*

Partindo-se da premissa de que a relação de emprego se instaura e rege por meio de um contrato, abre-se uma importante vertente interpretativa acerca dos limites dos direitos e deveres, oriundos da relação de emprego, pela aplicação das cláusulas gerais da *“boa-fé objetiva”* e *“função social do contrato”*, previstas nos

artigos 113, 421 e 422, do Código Civil de 2002, aplicáveis no âmbito trabalhista por meio do permissivo do artigo 8º da CLT.

É possível afirmar que a publicização do direito civil permitiu uma reaproximação entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho, pois a prevalência da autonomia da vontade, que antes era encarada como valor absoluto entre os civilistas, começa a ser relativizada pela inserção de normas gerais, alusivas aos deveres de ética, probidade, boa-fé, entre as partes.

Nesse sentido, pondera a Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Doris Ribeiro Torres Prina, em sua dissertação de Mestrado: *“(...) a evolução que se tem visto fazer o Direito Civil, durante a segunda metade do século XX, permite sustentar que já não existem as tensões entre os princípios sociais do Direito do Trabalho e os princípios qualificados pejorativamente como “individualistas” do Direito Civil.”*<sup>2</sup>

De igual modo, expressa-se João de Lima Teixeira Filho, na atualização da obra de Arnaldo Sussekind (2003, p. 253-254):

*“É perceptível que o Novo Código Civil mudou a filosofia do contrato. Enquanto o Código anterior a filosofia visava a proteger mais os interesses individuais, o Código vigente dá ênfase maior à função social do contrato, à justiça do contrato, à ética e boa-fé do contrato, por todo o seu ciclo vital”.*

Reforça essa ideia a constatação de Nelson Roosenvald (2014, p. 432), nos comentários que teceu ao artigo 422, do Código Civil de 2002, o diploma veio informado por três grandes paradigmas, a “eticidade, socialidade e operabilidade”.

Além disso, conforme mencionado alhures, tanto o direito do trabalho, como o direito civil e os demais ramos do direito, passaram a sofrer a influência dos valores consagrados na Constituição Federal, a partir do desenvolvimento do “neo-

---

<sup>2</sup> PRINA, Doris Ribeiro Torres. Função social do contrato de trabalho. Mecanismos para a solução de conflitos. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

constitucionalismo”, fazendo com que esses ramos jurídicos passassem a ser informados pelos ideais de construção de uma sociedade livre, justa, fraterna e solidária, com erradicação da pobreza e a marginalização, sem preconceitos e com respeito à dignidade da pessoa humana e cidadania (art. 3º, I, III e IV, e art. 1º, I e II, todos da CF).

Nesse quadro, a concepção da relação de emprego como contrato traz garantias ao empregado, eis que, por força dos artigos 113, 421 e 422, do Código Civil, as obrigações e os contratos devem ser pactuados, cumpridos e resolvidos segundo os ditames da função social, probidade e da boa-fé objetiva.

Isso significa que tanto o empregador, como o empregado devem guardar a mais absoluta boa-fé, nas tratativas, na execução e na dissolução do contrato, visando sempre a função social dessa relação.

No campo deste estudo, a afirmação dessas premissas é importante, porque as cláusulas gerais da função social, da probidade e, principalmente, da boa-fé objetiva irão impedir o abuso dos direitos subjetivos do empregador, notadamente aqueles relacionados à dispensa do empregado.

### **3.5. O Princípio da Boa-fé Objetiva**

A cláusula da boa-fé objetiva visa, sobretudo, impedir a prática de abusos, os quais podem ser entendidos na linha do que dispõe o artigo 187, do Código Civil: *“também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé objetiva ou pelos bons costumes”*.

Por se tratar de cláusula aberta, doutrina e jurisprudência desempenham o importante papel de preencher o conteúdo e afirmar o sentido da boa-fé objetiva.

A doutrina de Nelson Rosendal traz importantes elementos de compreensão do sentido e alcance da cláusula da boa-fé objetiva. Segundo o citado autor (ROSENVALD; PELUSO, 2014, p. 432):

*“O princípio compreende um modelo de eticização de conduta social, verdadeiro standard jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte”.*

Adverte, ainda, o autor que o princípio da boa-fé tem fundamento no interesse coletivo de que as pessoas pautem suas condutas na cooperação e retidão, o que, em última análise, consagra o valor constitucional da solidariedade (art. 3º, I, CF). A consequência de sua aplicação é a repressão de todas as condutas que importem em desvios dos parâmetros sedimentados de honestidade e lisura.

No mesmo sentido, é o ensinamento de Arnaldo Sussekind (2003, p. 254):

*“A solidariedade, estabelecida em vista da utilidade social, pelo vínculo contratual, proíbe, a cada uma das partes, de se desinteressar pela outra. Ambas se devem, mútua e lealmente, fornecer todo o apoio necessário para conduzir o contrato a bom termo. À diligência, obediência e fidelidade do empregado é preciso que corresponda a compreensão do empregador de que seu “colaborador” é uma criatura humana “dotada de cérebro e de coração”, que como tal deve ser tratado, e não como máquina”.*

A doutrina cita diversas funções do princípio, dentre elas acreditamos que a principal seja balancear os interesses privados dos contratos com outros objetivos da sociedade, sobretudo o bem estar dos indivíduos. Entre as funções mais citadas estão a integrativa, interpretativa e limite ao exercício de direitos subjetivos.

Com relação à jurisprudência, é oportuno citar o esclarecedor voto da Ministra Nancy Andrighi, no Resp nº 1.202.514, do Superior Tribunal de Justiça, no qual se assentou que a boa-fé objetiva *“induz deveres assessórios de conduta, impondo às partes comportamentos obrigatórios implicitamente contidos em todos os*

*contratos, a serem observados para que se concretizem as justas expectativas oriundas da própria celebração e execução da avença, mantendo-se o equilíbrio da relação”.*

Prossegue a Ministra, dizendo: *“Essas regras de conduta não se orientam exclusivamente ao cumprimento da obrigação, permeando toda a relação contratual, de modo a viabilizar a satisfação dos interesses globais envolvidos no negócio, sempre tendo em vista a plena realização da sua finalidade social”.*

E, por fim, quanto às funções da cláusula geral sob comento, assevera que *“o princípio da boa-fé objetiva exercer três funções: i) instrumento hermenêutico; ii) fonte de direitos e deveres jurídicos; e iii) limite ao exercício de direitos subjetivos.”*

Essas três funções, de interpretação, integração e controle, são afirmadas por importantes doutrinadores civilistas. Dentre eles, podemos citar Flávio Tartuce, Nelson Rosenvald e Sílvio de Salvo Venosa.

Interessa-nos, sobremaneira, a função limitadora ou de controle que o princípio da boa-fé exerce sobre o contrato, traduzindo em importantes limites ao poder diretivo do empregador, em especial ao poder de dispensar imotivadamente. Nesse particular, o princípio da boa-fé irá atuar como máxima de conduta ético-jurídica, que se contrapõe e limita o direito subjetivo de dispensar, que, infelizmente, em nosso meio jurídico, aspira ser absoluto.

Na prática, o princípio da boa-fé objetiva é responsável por criar nos contratos deveres anexos, laterais ou secundários, que embora não previstos expressamente, decorrem do dever de lealdade e cooperação entre os contratantes, isto é, da boa-fé objetiva, cuja violação pode ensejar o reconhecimento do inadimplemento contratual, tanto quanto a violação de uma cláusula substancial do ajuste.

Isso pode ser evidenciado pelo teor do Enunciado n. 24 CJP/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, do ano de 2002, com o seguinte teor: *“Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do Novo Código Civil, a violação de deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independente de culpa”.*

Com apoio na doutrina de Judith Martins-Costa e Clóvis do Couto Silva, Flavio Tartuce (2014) cita, em sua obra sobre teoria geral do contratos, os seguintes deveres anexos ao contrato, que decorrem do princípio da boa-fé: a) dever de cuidado em relação à outra parte negocial; b) o dever de respeito; c) o dever de informar a outra parte quanto ao conteúdo do negócio; d) o dever de agir conforme a confiança depositada; o dever de lealdade e probidade; e) o dever de colaboração e cooperação; g) o dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão;

Assim, os princípios gerais dos contratos em geral, dispostos na seção I, do título V, do Código Civil são aplicáveis ao Direito do trabalho, face a aproximação ideológica entre os ramos jurídicos (Direito Civil e Direito do Trabalho), que buscam a justiça social e consagração dos valores constitucionais, dentre eles damos especial destaque ao da solidariedade, face o reconhecimento de que a relação de trabalho é instaurada por um contrato de trabalho e face a norma permissiva do artigo 8º, da CLT.

Com isso, cresce a importância das cláusulas gerais da função social do contrato (art. 421, CC) e da boa-fé objetiva (art. 113 e 422, CC) na interpretação, limitação e integração das obrigações oriundas do contrato de trabalho.

### **3.6 A Extinção do Contrato de Emprego por Iniciativa do Empregador**

O contrato trabalho, como bem pondera Maurício Godinho Delgado (2012), nasce em certo instante, cumpre-se de modo parcial ou integralmente, sofre mutações ao longo do tempo e, por fim, extingue-se.

O Direito do Trabalho se preocupa com esse momento terminativo do contrato de emprego, em virtude do impacto que causa na vida econômica e social do trabalhador. Afinal, na sociedade capitalista, o trabalho representa uma das mais importantes formas de se obter renda, com a qual a pessoa poderá satisfazer as suas necessidades, desde as mais básicas, até as mais fúteis e voluptuárias.

Como bem observa Roberta Ferme Sivoletta (2012, p. 59-66):

*“[O trabalho está] intimamente ligado aos direitos fundamentais do ser humano, o trabalho dá alimento, dignifica, insere o homem na esfera produtiva da sociedade e o faz exercer a cidadania de forma digna. Assim, indubitável concluir que o Direito do Trabalho e a manutenção das relações que a compõem se apresentam como instrumentos de efetivação da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, como princípios comezinhos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, I e IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)”.*

Assim, ocupa-se o Direito do Trabalho de estabelecer limitações à dispensa do empregado, com o objetivo de preservar os interesses da pessoa em ter um trabalho.

Outra ocupação de destaque do Direito do Trabalho é com a promoção da igualdade substancial ou material. Parte-se da premissa que o empregador, por ser proprietário dos meios de produção e também parte no contrato, torna-se infinitamente mais poderoso, econômica e socialmente, do que o empregado, tendo mais chances de fazer prevalecer sua vontade, tanto no estabelecimento do pacto, como durante o seu desenrolar e extinção.

Daí porque, a Lei, em especial o Direito do Trabalho, institui regras em favor do empregado, sempre visando sua proteção contra a vontade do empregador, que nem sempre converge com os interesses da sociedade e da classe trabalhadora. Vale dizer, o empregador, ao dispensar o empregado, nem sempre se preocupa com as repercussões sociais e pessoais da sua decisão, pois, para ele, importam os efeitos individuais e imediatos na sua atividade produtiva.

Tanto o empregado, como o empregador podem decidir, com certa liberdade, o momento de extinguir a relação trabalhista, havendo, no entanto, maiores limitações à iniciativa do empregador.

As formas de extinção do contrato de emprego podem ser assim reunidas: pedido de demissão, rescisão indireta (de iniciativa do empregado) e dispensa sem justa causa ou com justa causa (de iniciativa do empregador). Além dessas, podemos acrescentar as formas ilícitas de dispensa, denominadas dispensa arbitrária e dispensa discriminatória.

A rescisão de iniciativa do empregado não sofre importantes restrições, bastando a manifestação de vontade e assistência do sindicato da categoria, na forma do art. 477, §1º, da CLT. Poder-se-ia questionar acerca da falta de isonomia do Direito do Trabalho, ao impor maiores limitações a dispensa de iniciativa do empregador, sendo que o mesmo não acontece ao empregado.

Todavia, Maurício Godinho Delgado (2012) bem explica que não cabe ao direito limitar a rescisão de iniciativa do empregado, porque o seu vínculo com o empregador é sempre pessoal, razão pela qual seria agressão a liberdade individual mínima manter, contra a vontade da pessoa física envolvida, uma relação personalíssima de prestação de trabalho indefinida no tempo.

Ao reverso, o empregador não tem a mesma pessoalidade, eis que pode ser sucedido por outras pessoas e até mesmo ser um ente despersonalizado, sem que isso afete a dinâmica da relação empregatícia. Daí porque a manutenção da pessoa física ou jurídica do empregador na relação não afeta suas liberdades individuais.

Ao empregador são impostas, portanto, tradicionais limitações legais e constitucionais à dispensa sem justa causa, que são denominadas garantias ou estabilidades no emprego. Há, ainda, a vedação de dispensa na hipótese do contrato estar suspenso ou interrompido (art. 471, CLT).

Fora dessas hipóteses de proteção do trabalhador contra a dispensa, o empregador pode, em princípio, pôr fim ao contrato de emprego, sem apontar qualquer falta obreira e, para a maioria da doutrina, sem sequer ter o dever de motivar sua decisão. Entende-se, portanto, que o empregador, por assumir os riscos de sua atividade econômica, tem o direito potestativo de dispensar sem justa causa.

Essa concepção, no entanto, não é a mais correta quando se analisa os princípios constitucionais, os direitos e garantias fundamentais e o dever de boa-fé e solidariedade que as partes devem manter desde as tratativas até a extinção do contrato, conforme veremos nos tópicos seguintes.

### **3.6.1 A Proteção Constitucional Contra a Dispensa Arbitrária ou Sem Justa Causa**

A Constituição de 1988 dispõe logo no inciso I, do seu artigo 7º, que é direito dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, *“relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de Lei Complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”*.

Por sua vez, dispõe o artigo 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que até que se edite a mencionada Lei Complementar a proteção constitucional ficará limitada à quatro vezes a percentagem prevista no artigo 6º, *caput* e §1º, da Lei 5.107 de 1966.

Como o mencionado dispositivo constitucional estabelece que a proteção contra a dispensa sem justa causa ou arbitrária será realizada “na forma da lei” e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispõe que essa proteção ficará limitada ao pagamento do que se convencionou chamar de “multa de 40% sobre o FGTS”, alguns autores defendem que as expressões “dispensa sem justa causa” e “dispensa arbitrária” seriam sinônimas, e lícitas, pois haveria um direito potestativo do empregador de pôr fim à relação de emprego. Nesse sentido, é o ensinamento de José Eduardo Haddad (1998, 58-59):

*“Por dispensa injustificada deve-se entender aquela realizada sem qualquer motivação, seja as hipóteses contidas no art. 482 da CLT, de ordem disciplinar, seja por razões de ordem econômica, financeira ou técnica. Trata-se de um direito, pois,*

*de o trabalhador não ser demitido a não ser dentro de uma das hipóteses supra. Alude o dispositivo constitucional em apreço [inciso I do art. Da Carta Magna], ainda, à dispensa sem justa causa, além de arbitrária. Parece-nos aqui, sem sentido a menção [...], o fato é que a distinção de ambas dentro do escopo do mandamento constitucional é inútil. Se a dispensa arbitrária é aquela não fundada em motivo disciplinar (o que inclui as figuras da justa causa), técnico, econômico ou financeiro, tem-se que englobada está a demissão sem justa causa, portanto, objeto de censura com base na proteção constitucional contida no inciso I do art. 7º em análise”.*

E, se analisarmos textualmente os dispositivos envolvidos, numa primeira reflexão, não temos como discordar desse entendimento, porque a Constituição Federal, no artigo 7º, inciso I, estabelece simples “proteção” contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, e não vedação. Ademais, essa proteção, segundo o texto constitucional viria “na forma da Lei Complementar”, e o artigo 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispõe que, até que se edite a mencionada Lei, a proteção constitucional ficará limitada à quatro vezes a percentagem prevista no artigo 6º, *caput* e §1º, da Lei 5.107 de 1966, sem fazer qualquer distinção entre uma forma e outra.

Não concordamos com esse entendimento, em que pese ele ser expressado por importantes vozes doutrinárias.

Embora o ADCT, no artigo 10, inciso I, tenha a aparente pretensão de tratar a dispensa arbitrária e a dispensa sem justa causa de maneira uníssonas, defendemos, com o apoio principalmente na doutrina de Renato Ruy de Almeida (2012), que tais formas de dispensas são distintas, principalmente pela definição e efeitos jurídicos.

Para ele há substanciais diferenças entre a dispensa sem justa causa e a dispensa arbitrária. Ambas são formas ilícitas de rescisão do contrato de trabalho, pois vigora no sistema jurídico o princípio da continuidade da relação de emprego, derivada da proteção constitucional contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. Tal

entendimento decorreria da necessidade de se reconhecer a máxima efetividade possível ao texto do artigo 7º, inciso I, da CF.

A diferença entre elas reside no fato de que a dispensa sem justa causa seria aquela que não fundamentada num motivo de disciplinar, técnica, financeira ou econômica (art. 165, CLT) e que não coloca o empregado numa situação de extrema desvantagem social. Vale dizer os efeitos do ato de dispensa não atingem outros bens jurídicos do trabalhador, além da simples perda do emprego.

Mesmo assim, a dispensa é ilícita à luz do artigo 186 do Código Civil, em razão da proteção contra a dispensa prevista no artigo 7º, inciso I, da CF. O dano ao empregador fica caracterizado pelo simples fato de ficar desempregado, recebendo a indenização na forma do artigo 10, inciso I do ADCT.

A dispensa arbitrária, por sua vez, além de impor ao empregado a indesejável situação de desemprego, viola outros bens jurídicos ligados à sua personalidade e dignidade.

É ilícita à luz do artigo 187 do Código Civil, ficando caracterizada quando o ato lícito de dispensar *“excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*.

A simples aplicação da multa de 40% sobre o FGTS não é suficiente para indenizar o trabalhador, pois o dano não atingiria apenas seu patrimônio material (lucros cessantes pela perda do emprego), mas também e, principalmente, seus bens imateriais, dentre eles sua dignidade e honra, bem como o valor social de solidariedade (art. 3º, I, CF) e cooperação.

Nesse sentido, é o entendimento de Renato Rua de Almeida (2012), que assim discorre sobre o tema:

*“Portanto, ocorrendo a despedida abusiva, além da indenização compensatória prevista pela despedida sem justa causa [levantamento do FGTS], 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”.*

### **3.6.2 Dispensa Arbitrária à Luz do Abuso de Direito**

Ao se assimilar a dispensa arbitrária como aquela que se amolda ao artigo 187 do Código Civil, isto é, que “*excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”, a caracterização dessa modalidade de dispensa passa a não depender dos motivos do ato ou da culpa ou dolo na sua prática. Passa-se a apreender a dispensa arbitrária segundo a teoria do abuso de direito.

Com apoio em importantes doutrinadores de Direito Civil, a Procuradora do Trabalho, Ana Lucia Coelho de Lima (2009, p. 102), discorre sobre o assunto, dizendo:

*“No direito civil contemporâneo, a concepção de abuso de direito, pelo ângulo subjetivo ou eclético, não encontra mais relevância, sendo certo que o legislador nacional, por meio do art. 187 do Código Civil de 2002, adotou claramente teoria objetiva, que afasta a motivação da conduta – culpa ou dolo – ao mesmo tempo em que não exige a presença do dano que, se existir, dará causa à indenização em face do art. 927 do Código Civil de 2002”.*

Assim, para caracterizar a dispensa arbitrária pouco importam os motivos empresariais para a prática do ato. Isto é, a investigação da abusividade deve ser objetiva, e não subjetiva. Importa o comportamento patronal, e não a intenção ou os motivos.

A dispensa arbitrária, sob o enfoque da abusividade, deve ser entendida, portanto, como aquela que infringe as expectativas reais e sérias do empregado ou que infringe os valores de cooperação, lealdade e solidariedade, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, dos valores sociais do trabalho etc. É aquela que atinge

não só o direito ao emprego, mas também o direito ao respeito, a solidariedade, a cooperação, a boa-fé etc.

Conforme ensinamento de Amauri Mascaro do Nascimento (2002, p. 462), “[...] enquanto a dispensa arbitrária é qualificação do ato praticado pelo empregador, justa causa, ao contrário, o é da ação ou omissão do trabalhador. A arbitrariedade é daquele. A justa causa é deste<sup>3</sup>”. Ou seja, a dispensa arbitrária, sob esse prisma, decorre do modo como age o empregador na dispensa. Arbitrária é a qualidade da sua conduta.

Assim, vale frisar que a dispensa arbitrária independe da investigação a respeito dos intencões do empregador, podendo ser caracterizada pelo simples fato do empregado não ter observado uma situação peculiar do empregado, que tornava o ato de dispensa ilegal à luz da teoria do abuso de direito.

A título de exemplo, podemos visualizar arbitrariedade no ato de dispensa, quando o empregador, mesmo ciente da doença grave do empregado, decide dispensá-lo imotivadamente, sem qualquer preocupação com seu destino.

Às vezes, o motivo doença sequer foi aventado pelo empregador como motivo íntimo para a dispensa. Pode acontecer da dispensa ter sido motivada pelo simples fato de o empregado ter reduzido sua produtividade, em razão da sua debilidade decorrente da doença. Isto é, nem sempre o motivo imediato é a doença, o que seria discriminatório, mas sim os efeitos deletérios que a doença causa na produtividade do trabalhador.

Embora o patrão, no caso apresentado, não tenha tecnicamente discriminado, pois não elegeu o motivo doença como fator de distinção, o ato patronal é ilícito e configura dispensa arbitrária, na modalidade abusiva. Independentemente dos motivos íntimos do empregador (vontade de discriminar, prejuízo a produção por conta dos constantes afastamentos, queda no rendimento pela letargia causada pelos medicamentos, pelo abatimento do empregado, entre outros), a conduta, em si, seria reprovável, enquanto objetivamente considerada, principalmente se o empregador tiver condições de promover a manutenção da mão de obra.

---

Entendemos que o simples fato de o empregador ter ciência da dificuldade enfrentada pelo empregado (doença grave) e optar por dispensá-lo, como forma de resolver seu problema produtivo/econômico de forma rápida e fácil, sem se preocupar com a pessoa do empregado, quando poderia ter se preocupado, pode caracterizar uma forma abusiva de dispensa pela violação dos deveres de respeito, solidariedade e boa-fé.

Isso porque, ao invés de tentar amparar o emprego e adequar suas funções para tornar o trabalho menos penoso e mais produtivo, quando possível, o empregador resolve pôr fim ao contrato para, então, admitir mão-de-obra sadia, demonstrando comportamento extremamente egoístico e contrário aos postulados constitucionais da dignidade da pessoa humana e solidariedade.

É obvio que o empregador não pode sacrificar o sucesso de sua atividade para amparar e atender à necessidade de um empregado isolado, quando isso represente um fardo insustentável (Ex: uma pequena loja onde trabalhe só o empregador e o empregado). Entretanto, pela ponderação, quando a situação revelar que o empregador poderia sacrificar seu interesse, sem suportar prejuízos desarrazoados, em comparação àqueles que serão enfrentados pelo empregado após a cessação do contrato de emprego, deve a dispensa ser considerada como abusiva.

Afinal, o empregador tendo ciência da fragilidade do empregado, e tendo meios de cooperar, deve se solidarizar com a situação e manter a mão de obra, rechaçando o caminho menos humano e mais fácil, que é a dispensa do obreiro.

Nessas circunstâncias, sem se questionar os motivos do ato, é possível afirmar que a dispensa foi arbitrária, porque a conduta do empregador, evidentemente, não cumpriu com os deveres anexos ao contrato de trabalho, ligados à lealdade, boa-fé e cooperação, à luz dos artigos 1º, inciso III, 3º, inciso I, 7º, inciso I, todos da Constituição Federal e artigos 187, 422 e 927, todos do Código Civil.

Assim, a dispensa arbitrária distingue-se da dispensa sem justa causa, pela violação dos deveres anexos ao contrato de trabalho. A dispensa sem justa causa, por sua vez, é a dispensa não fundada em atos ilícitos praticados pelo empregado (justa causa) e que é colocada em prática pelo empregador sem violar os deveres anexos de lealdade, boa-fé e cooperação (arbitrária).

Trata-se de modalidade de dispensa que, inclusive, prescinde de motivação, configurando ato potestativo do empregador. Obviamente que, na linha do que expomos, a dispensa sem justa causa deixará de ser tratada como tal, quando identificado abuso de direito.

### **3.6.3 Dispensa Arbitrária sob a perspectiva da Discriminação**

Conforme tratado no tópico anterior, a dispensa arbitrária, como o próprio nome diz, é aquela executada com abuso de direito pelo empregador.

A dispensa discriminatória é uma forma de arbítrio, abuso, mas difere da primeira pela existência do elemento segregação, distinção injusta, etc. Na lição da advogada Cristina Paranhos Olmos, “a discriminação consiste, basicamente, em tratar de maneira diferente determinada pessoa por motivo não justificável”.

A dispensa discriminatória desenvolve-se, basicamente, em meio à violação de dois importantes princípios constitucionais, o da igualdade, cuja matriz é o artigo 5º *caput* da Constituição Federal, e o da razoabilidade, que pode ser entendido como um princípio implícito (Teoria Alemã) ou decorrente do devido processo legal substancial, artigo 5º, inciso LIV, da Magna Carta (Teoria Norte Americana).

A Constituição Federal logo em seu preâmbulo declara alguns valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, dentre os quais a igualdade, a justiça e uma Sociedade sem preconceitos.

No artigo 1º, inciso III, estabelece o fundamento da “*dignidade da pessoa humana*”.

No artigo 3º, inciso IV declara como o objetivo fundamental “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”.

No artigo 5º, *caput*, declara o direito à igualdade e à liberdade e, no inciso XLI, declara que “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”.

Verifica-se, portanto, a intensa preocupação do Constituinte com a promoção da igualdade e com o combate ao preconceito e à discriminação.

O tema da discriminação, no entanto, não é tão simples como parece, pois, em algumas situações, a Lei permite e até incentiva as distinções entre pessoas e situações, sem que isso implique em violação ao princípio da igualdade.

Às vezes, para se produzir a igualdade, deve o legislador e o aplicador do direito promover distinções. Pode parecer paradoxo, mas não é. No célebre pensamento de Aristóteles, a isonomia significa tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de suas desigualdades. Vale dizer, é possível discriminar licitamente, desde que haja um mínimo de justificação para isso. A justificação será buscada na razoabilidade.

Segundo José Afonso da Silva (1999), essa visão da igualdade aproximou a ideia de igualdade a de justiça, que dá a cada um o seu. Haverá situações em que a lei e o seu aplicador deverão discriminar para que as pessoas, que, sob determinados aspectos, estejam em situação desigual, possam se igualar. É o que acontece, sobretudo, no Direito do Trabalho ao estabelecer normas indisponíveis em favor do empregado, parte reconhecidamente hipossuficiente da relação.

O ato de discriminar, portanto, nem sempre deve ser tido como um ilícito. A discriminação ilícita é aquela que se funda num critério odioso e que impõe a uma das partes da relação restrições desarrazoadas a seus direitos fundamentais.

É lícito, portanto, distinguir, desde que haja uma relação lógica entre o fator de discriminação e as diferenças impostas. Na lição de Amauri Mascaro do Nascimento (2003), *“quando há justificações como as exigências necessárias para determinado emprego ou como medida especial de proteção do trabalhador, distinguir, excluir ou preferir não é discriminação”*.

No ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello (2003, 47):

*“(...) há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando (...) a norma atribui tratamento jurídico diferente em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não*

*guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados”, bem como quando a “a norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o descrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente”.*

Em matéria de discriminação no trabalho, ganham especial destaque as convenções e tratados internacionais firmados pelo Brasil, que tratam especificamente da matéria discriminatória. Há certo consenso na humanidade de que as distinções devem ser realizadas com parcimônia, evitando-se o abuso.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1979), ratificada pelo Brasil, define e estabelece a proteção dos cidadãos dos Estados signatários contra a discriminação racial. O artigo 1º da citada Convenção, assim define discriminação racial:

*“[...] significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano,(em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública”<sup>4</sup>.*

A Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), ratificada pelo Brasil, em seu art. 1º, define discriminação contra a Mulher:

---

<sup>4</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional Sobre A Eliminação De Todas As Formas De Discriminação Racial. Resolução n. 2.106-A, de 21.12.1965. In: Mazzuoli, Valério De Oliveira (Org.). Coletânea De Direito Internacional. 2. Ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais. 2004. P. 495-504.

*“Para fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo<sup>5</sup>”.*

A Convenção Interamericana Para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999), também ratificada pelo Brasil, no item 2, a, de seu artigo 1º, apresenta definição de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência nos seguintes termos:

*“a) o termo "discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência" significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais<sup>6</sup>”.*

A Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (1958), que trata da discriminação nas relações de trabalho, no seu artigo 1º, alínea “a”, define discriminação:

---

<sup>5</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Sobre A Eliminação De Todas As Formas De Discriminação Contra A Mulher, Adotada Pela Resolução 34/180 Da Assembleia Geral Das Nações Unidas, Em 18.12.1979, Ratificada Pelo Brasil, Em 1.02.1984, E Promulgada Pelo Decreto N. 4377, De 13.9.2002, Que Revogou O Decreto N. 89.460, De 20.3.1984. In: Mazzuoli, Valério De Oliveira (Org.). Coletânea De Direito Internacional. 2. Ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais. 2004. P. 504-512.

<sup>6</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana Para A Eliminação De Todas As Formas De Discriminação Contra As Pessoas Portadoras De Deficiência, Aprovada Pelo Conselho Permanente Da Organização Dos Estados Americanos, Em 26.5.1999. No Brasil, Foi Aprovada Pelo Decreto Legislativo N. 198, De 13.6.2001, Passando A Vigorar Em 14. 9.2001 E Promulgada Pelo Decreto N. 3.956 De 8.10.2001.

*“a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão<sup>7</sup>,”.*

Como se pode observar, em comum a todos os conceitos dados pelas Convenções, que tratam das mais variadas formas de discriminação, temos: a) o ato de distinguir; b) a eleição de um critério odioso (sexo, raça, deficiência física, religião, etc); c) a restrição ao acesso e gozo a direitos fundamentais.

Portanto, a discriminação é ato pelo qual um indivíduo, que está numa situação jurídica favorável, impede outrem de exercer um direito fundamental, por um motivo injusto e sem qualquer fundamento de razoabilidade.

Na perspectiva da extinção do contrato de emprego, por exemplo, a discriminação caracteriza-se como um ato arbitrário porque, aquele que detém o poder econômico e social para decidir acerca do início e fim da relação de emprego (empregador), utiliza critérios odiosos e injustos para tomar a decisão terminativa. Alguns desses critérios, quando ligados a fatores como sexo, raça, estado de saúde, etc, não legitimam qualquer tipo de distinção, especialmente para fins de cessação do contrato de emprego.

Embora a dispensa discriminatória seja uma espécie de dispensa arbitrária, ao lado da dispensa abusiva, aquela tem contornos próprios, que merecem especial destaque. Enquanto a dispensa abusiva tem como foco a conduta do empregador na dispensa, a discriminatória enfoca os motivos que o levaram a dispensar. Na dispensa abusiva, o empregador não distingue entre pessoas, com o objetivo de restringir direitos de uma, por motivo injusto. Há, apenas, o exercício desarrazoado do direito de dispensar.

---

<sup>7</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção N. 111 Da Oit, Aprovada Na 42ª Reunião Da Conferência Internacional Do Trabalho Em Genebra, Em 1958, Entrou Em Vigor No Plano Internacional Em 16.6.1960. No Brasil, Foi Aprovada Pelo Decreto Legislativo N. 104, De 24.11.1964, Ratificada Em 26.11.1965, Promulgada Pelo Decreto N. 62.150, De 19.1.1968, Vigente No Brasil Desde 26.11.1966. Disponível Em: [Http://Www.Dhnet.Org.Br/Direitos/Sip/Onu/Emprego/Conv58.Htm](http://www.Dhnet.Org.Br/Direitos/Sip/Onu/Emprego/Conv58.Htm) Acesso Em 10.1.2015

### 3.6.4 Dispensa Arbitrária como Gênero das Espécies Abusiva e Discriminatória

A dispensa sem justa causa pode ser qualificada simplesmente como arbitrária, quando praticada com abuso de direito ou visando a discriminação. O abuso de direito e a discriminação são, portanto, formas diferentes de dispensar arbitrariamente.

Embora o ato de discriminar na dispensa também seja, na essência, uma forma de abuso de direito, ele difere dessa formula básica pela existência de motivo ilícito.

Vale dizer, o abuso pode ser cometido por diversas formas. Como assevera Arion Sayão Romita (1998, p. 462), são abusivas as dispensas que *“[...] contrariam a moral e os bons costumes, as despedidas pelo exercício de atividades sindicais, por motivos de represália ou perseguição ante uma reclamação movida contra o empregador, pelo fato de ter prestado depoimento contra ele [...]”*.

A discriminação, por sua vez, contém um elemento a mais que é a diferenciação injusta entre empregados.

Enquanto a dispensa abusiva se caracteriza pela violação dos deveres anexos do contrato de emprego, pelo uso desmedido do poder de dispensar, a dispensa discriminatória, além de também encerrar tais violações, funda-se num fator de distinção entre pessoas, intolerável pelo ordenamento jurídico, violando não só o interesse individual do empregado, de ser tratado com dignidade e respeito, mas também e, principalmente, os valores éticos da sociedade.

É como se houvessem degraus para qualificar a forma de dispensar. A dispensa inicialmente pode ser “sem justa causa”, quando não acarretar violação a outros direitos fundamentais do empregado, além da perda do emprego. Num segundo momento, ela pode ser abusiva, quando acompanhada da violação de direitos fundamentais. E, num terceiro momento, discriminatória quando o motivo do abuso for a vontade de distinguir, nas situações em que a lei veda.

Assim, toda dispensa discriminatória é abusiva, mas nem toda dispensa abusiva é discriminatória. A dispensa discriminatória é mais grave do que a abusiva, pois há maior potencial lesivo aos direitos fundamentais do empregado. Daí porque, conforme veremos em tópico futuro, as consequências jurídicas da dispensa discriminatória são mais severas, do que a da dispensa abusiva.

### **3.7. Ônus da Prova em questões de Dispensa Arbitrária e/ou Discriminatória**

O acesso à justiça foi erigido à categoria de Direito Fundamental pela Constituição Federal, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*. De tal dispositivo decorre o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, bem como o amplo direito de produzir as provas necessárias à defesa dos direitos em litígio. Afinal, de nada adiantaria garantir o acesso ao judiciário, sem que fosse assegurado, de modo amplo e eficaz, o direito de influir, razoavelmente, no convencimento do magistrado.

A demonstração de situações de abuso de direito ou de discriminação, especialmente aquelas que acontecem na dispensa, exige do judiciário muita atenção, pois, na maioria das vezes, a violação do direito não acontece de maneira escancarada, à vista de todos.

Como bem pondera Cristina Paranhos Olmos (2008, p. 130), *“(...) por sua natureza, a discriminação não é praticada de maneira escancarada, e sim às escondidas, de maneira bastante discreta e velada. Daí a dificuldade do trabalhador em fazer prova robusta em juízo quando do ajuizamento de ação de reparação (...)”*.

A disciplina probatória no processo do trabalho está resumida no artigo 818, da CLT, que assim dispõe: *“A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”*.

Atualmente, tem-se admitido, também, a aplicação do artigo 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil, na medida em que traz consigo maior precisão técnica, ao dispor que à parte autora cabem as provas dos fatos constitutivos do seu direito, cabendo ao Réu a demonstração dos fatos modificação, impeditivos ou extintivos daquele direito.

No entanto, em matéria de abuso de direito ou de discriminação, tais dispositivos impõem ao Autor, vítima de discriminação, todo o ônus de provar a situação discriminatória.

Em alguns casos, esse ônus pode inviabilizar o acesso à justiça do emprego injustiçado, pelos seguintes fatores: a) o empregado já é a parte hipossuficiente da relação trabalhista e também processual, na medida em que não produz provas materiais da relação do emprego, como o faz o empregador; b) os abusos de direito e as discriminações acontecem de maneira velada pelo empregador; c) a capacidade probatório do empregado se limita a poucas testemunhas que estejam disponíveis (de todos os empregados existentes na empresa, poucos podem ter tido acesso ao evento abusivo ou discriminatório, e desses poucos, muitos podem ainda estar empregados);

Nesse sentido, assevera Ana Lúcia Coelho de Lima (2009, p.111):

*“Nesses casos [de discriminação] há que se considerar a desigualdade do empregado em frente ao empregador, que toma proporções ainda maiores que as habituais, quando se trata de produção de provas, pois, como se não bastasse o estado de sujeição em que se encontra o empregado, é o empregador que detém os meios de prova. Sob os cuidados do empregador, estão as provas documentais e sob a sua subordinação desse estão, na maioria das vezes, as possíveis testemunhas”.*

Nesse contexto, a prova indiciária do fato constitutivo (abuso ou discriminação), deve ser admitida como suficiente para, ao menos, inverter o ônus da prova, atribuindo ao empregador.

A prova indiciária é também chamada de prova indireta, na medida em que busca demonstrar fato diverso circunstanciais, que levam à conclusão de que o fato principal realmente aconteceu. Na legislação processual trabalhista ou civil não existe um conceito para indício, mas este pode ser encontrado no artigo 239, do Código de

Processo Penal, que assim dispõe: “*Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*”.

Assim, se a empregada demonstra que sua transferência para outro estabelecimento mais longínquo aconteceu logo após ela retornar de sua licença gestante, e que isso aconteceu com outras empregadas, nas mesmas circunstâncias, que pediram demissão ou foram demitidas em seguida, pela indução é possível concluir que o tratamento foi discriminatório ou, no mínimo, abusivo.

A prova indiciária, portanto, serve à demonstração de fatos anexos, secundários, circunstâncias, que levam, pela lógica, à conclusão de existência ou ocorrência do fato principal.

Além da admissão da prova indiciária, em situações desse jaez, o magistrado deve ter especial sensibilidade para assegurar a distribuição dinâmica do ônus da prova, pois a simples aplicação das regras do artigo 818, da CLT, e do artigo 333, incisos I e II, do CPC, não são suficientes para nivelar a desigualdade do empregado em matéria probatória e lhe assegurar o amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF).

A distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo Mauro Schiavi (2011, p. 65), significa flexibilizar as regras do artigo 818, da CLT, e 333, do CPC, para atribuir o encargo probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova. Segundo o citado doutrinador, a carga dinâmica do ônus da prova tem suporte nos princípios da aptidão para a prova, cooperação processual, boa-fé objetiva das partes no processo e também critérios de justiça e razoabilidade.

Assim, em matéria de abuso ou discriminação, deve o juiz do trabalho analisar a questão com parcimônia e isenção, a fim assegurar um processo justo às partes e com resultados eficazes, determinando as inversões do ônus da prova ou, ainda, distribuindo tal encargo de maneira dinâmica, sem descuidar dos indícios e evidências do caso.

### **3.8. Consequências comuns à Dispensa Abusiva e à Dispensa Discriminatória**

Superada a tarefa de delimitação dos institutos e feita a necessária distinção entre Dispensa Abusiva e Dispensa Discriminatória, resta-nos verificar as consequências jurídicas do ato.

A primeira consequência tanto da dispensa abusiva, como da dispensa discriminatória é o surgimento do dever de reintegrar o empregado. Essa obrigação de readmitir o empregado na empresa não decorre da existência de uma norma expressa de proteção contra a dispensa, como acontece nos casos das estabilidades provisórias (Cipa, Gestante etc). Decorre, pois, da nulidade do ato de dispensa, independentemente da existência de uma estabilidade ou garantia de emprego.

Dispõe o artigo 166, do Código Civil, que é nulo o negócio jurídico, dentre outras hipóteses, quando *“for ilícito o seu objeto”* ou *“quanto tiver por objetivo fraudar a lei imperativa”*.

Assim, nas dispensas abusivas e discriminatórias, o ato é nulo, na medida em que seu objeto é ilícito, bem como visa fraudar a lei imperativa, tendo em vista o princípio da proteção contra a dispensa arbitrária (art. 7º, I, CF).

O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo, e, anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam; não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente, conforme preceituam os artigos 169 e 182, ambos do Código Civil de 2002.

Assim, declara nula a dispensa, de rigor a determinação de reintegração no emprego, indenizando o obreiro pelo período de afastamento, já que o ato nulo não tem qualquer aptidão para produzir efeitos jurídicos.

Nesse sentido leciona Ana Lúcia Coelho de Lima (2009, p. 118):

*“O novo Código Civil brasileiro também tem por nulo todo negócio jurídico em que for ilícito tanto o objeto (inciso II do art. 166) como seu motivo determinante (inciso III do art. 166). Assim, restando caracterizado o abuso de direito de romper unilateralmente o contrato de trabalho por ato discriminatório,*

*tem-se como nula a despedida injusta, determinando-se a reintegração no emprego. A reintegração decorre do fato de o contrato não ter sido rompido validamente, partindo-se do pressuposto de que o ato abusivo, enquanto nulo, não gera nenhum efeito. Como não gera efeito, por conseguinte, o contrato de emprego continua em pleno vigor”.*

Assim, em comum, a dispensa abuso e a dispensa discriminatória ensejam a reintegração no emprego e a indenização do período de afastamento, correspondente aos salários que o empregado deixou de receber, injustamente.

### **3.9. Consequências Especiais da Dispensa Discriminatória**

Conforme tratamos nos tópicos anteriores, a dispensa abusiva é aquela que, objetivamente, viola os deveres anexos ao contrato de trabalho, decorrentes dos princípios da boa-fé, cooperação e solidariedade. A sua caracterização independe da existência de intensão ou mesmo de culpa no abuso do exercício do direito (teoria subjetiva). A análise deve focar a conduta adotada pelo empregador, em comparação com aquela idealizada pelo homem médio, tendo em vista os valores éticos da boa-fé objetiva.

A dispensa discriminatória, por sua vez, caracteriza-se pela existência de um motivo discriminatório injusto. A análise deve ser, portanto, subjetiva porque o interprete deve aferir as razões pelas quais o empregador dispendeu tratamento diferenciado a determinado empregado ou a determinado grupo de empregados, a fim de avaliar, pela concepção moderna de igualdade, se a distinção era lícita ou ilícita.

Assim, a dispensa discriminatória, numa escala de censura, é mais grave do que a dispensa só abusiva, na medida em que viola um cânone do Estado Democrático de Direito, que é a igualdade. Essa maior gravidade repercute na maior repreensão do ato discriminatório pelo sistema jurídico.

Além da reintegração e indenização do período de afastamento, o empregador que discrimina na dispensa está sujeito à responsabilização administrativa, nos termos do artigo 3º, inciso I e II, da Lei 9.029 de 1995, *in verbis*:

*Art. 3º. Sem prejuízo do prescrito no art. 2o e nos dispositivos legais que tipificam os crimes resultantes de preconceito de etnia, raça ou cor, as infrações do disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações:*

*I - multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência;*

*II - proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.*

Ou seja, o empregador que pratica discriminação na dispensa está sujeito também às penas administrativas, as quais, conforme texto literal, são bem severas e compatíveis com a gravidade da situação. A proibição de obter empréstimos ou financeiros junto a instituições financeiras oficiais demonstra que o Estado brasileiro não quer ter qualquer tipo de vinculação, nem mesmo apoiar atividades geridas por pessoas que promovam discriminação.

No âmbito penal, as condutas discriminatórias também ensejam repreensão criminal. É certo que a Lei 9.029 de 1995 não tipifica como crime a discriminação no momento da dispensa, porque o artigo 2º, incisos I e II, trata apenas da discriminação na admissão, e a interpretação deve ser restritiva, pois vigora no sistema penal o princípio geral de que não há crime sem lei anterior que o defina (artigo 1º, do Código Penal).

Não obstante, a tendência é o surgimento de Leis Penais severas, que abarquem todos os momentos da discriminação. Recentemente, foi promulgada a Lei 12.984 de 2014, que define o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de aids. Tal Lei é responsável por tipificar como crime a dispensa discriminatória do portador de HIV. Dispõe o artigo 1º, que:

*“Constitui crime punível com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, as seguintes condutas discriminatórias contra o portador do HIV e o doente de aids, em razão da sua condição de portador ou de doente:*

*(...)*

*III - exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego;”*

Além das eventuais consequências penais e da repreensão administrativa, o empregador, no caso particular da dispensa discriminatória, fica obrigado a reintegrar o empregado, pagando-lhe os salários devidos durante o período de afastamento, com juros e correção monetária ou a perceber, em dobro, a remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida de juros, à escolha do empregado. Nesse sentido reza o artigo 4º, da Lei 9.029 de 1995, *in verbis*:

*“Art. 4º. O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:*

*I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;*

*II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.”*

Um importante dado é que a Lei deixa claro que a opção é do empregado, e não do Juiz, muito menos do empregador. Reconhecida a discriminação na dispensa, o dispositivo da decisão judicial deve prever as duas hipóteses, cabendo a escolha no momento da execução do julgado. Somente no momento de cumprir a decisão judicial é que o empregado terá condições de avaliar se pretende retornar no emprego ou se pretende receber indenização em dobro.

A Lei, ao estabelecer essas duas possibilidades e deixar a escolha ao empregado, quis bem tutelar os interesses da vítima, que, dada a gravidade da discriminação, pode ter justa pretensão de recusar qualquer convite de retorno ao trabalho.

Essa é uma decisão que, necessariamente, deve passar pelo crivo do empregado, não podendo o Poder Judiciário e, muito menos, o empregador, decidir se é o caso de retornar à empresa, onde tudo aconteceu, ou indenizar o obreiro, em dobro.

Por fim, perfeitamente cabível é a indenização por danos morais, que não se confunde e nem estará compreendida pela indenização previsto no artigo 4º, inciso II, da Lei 9.029 de 1995. Isso porque o próprio *caput* do artigo 4º faz a ressalva expressa de que “*além da reparação pelo dano moral*”, poderá o empregado optar pela reintegração e indenização ou só indenização em dobro.

Assim, além das consequências do artigo 4º, incisos I e II, ficará o empregador obrigado a reparar os danos morais sofridos pelo empregado. Não há dúvida de que atos discriminatórios ofendem os direitos da personalidade.

Direitos da personalidade são aqueles sem os quais a pessoa sequer vive dignamente. A Lei não enumera tais direitos. Entretanto, há consenso de que integram a personalidade, os direitos enumerados pelo artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

*“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”*

O tratamento discriminatório viola o princípio da igualdade e, não raras vezes, em razão da intensidade com que é praticado, pode causar danos à saúde, a autoestima, dentre outros aspectos ligados ao direito à vida com dignidade. Assim, indubitável que o ato discriminatório causa prejuízos de ordem moral às suas vítimas, o que merece reparação autônoma, pela via da indenização por danos morais.

Nesse sentido é o entendimento de Maurício Godinho Delgado (2012, p. 1.112), após discorrer sobre as consequências da dispensa discriminatória, enumeradas no artigo 4º, da Lei 9.029 de 1995, assim conclui: *“Em qualquer das três modalidades, pode incidir indenização por danos morais, enfatize-se”*.

#### **4. CONCLUSÃO**

Como síntese desse trabalho, lançaremos as seguintes conclusões ao longo de seu desenvolvimento.

A Constituição de 1988 teve o mérito de romper com a ideologia das constituições anteriores, que tratavam a ordem social em conjunto com a ordem econômica, inserindo os direitos sociais (educação, saúde, trabalho etc) logo após a enumeração dos direitos fundamentais individuais.

Os direitos sociais dos trabalhadores são autênticos direitos fundamentais (de segunda dimensão) e constituem cláusulas pétreas, o que implica dizer que não podem ser objeto de emendas constitucionais que tendam a aboli-los.

O desenvolvimento do neoconstitucionalismo também abriu importantes vertentes interpretativas das normas infraconstitucionais, anteriores e posteriores à Constituição.

Os ramos do Direito passaram a sofrer a influência direta e imediata dos valores constitucionais. Reconheceu-se a aplicação horizontal dos direitos fundamentais. Com isso, diminuiu a distância ideológica entre Código Civil e a Consolidação das Leis do Trabalho, permitindo que importantes e inovadoras regras inseridas no diploma civilista de 2002 irradiassem sobre as relações de trabalho.

O contrato de trabalho passou a ser influenciado pelas cláusulas gerais da boa-fé objetiva, função social, probidade etc.

Nesse contexto, defendemos que a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa ganhou novos contornos, que transcendem aquelas enumeradas no artigo 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, inscrita no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, possui aplicabilidade direta e imediata, não obstante tenha o legislador permitido a sua regulamentação por norma infraconstitucional, ao utilizar a expressão “nos termos da Lei Complementar”.

Atualmente, não há como conceber a dispensa arbitrária como sinônimo de dispensa sem justa causa. E mais, não se pode reduzir a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa a multa de 40% sobre o saldo do FGTS (art. 10, I, ADCT) ou a previsão de estabilidades temporárias (art. 10, II, “a” e “b”, ADCT).

A teoria do abuso de direito, prevista de modo expresse no ordenamento nacional com a edição do Código Civil de 2002, mas também decorrente da ponderação de valores, própria do neoconstitucionalismo, permitiu o desenvolvimento de teses acerca da limitação do direito do empregador de pôr fim ao contrato de emprego. Atualmente, a decisão de encerrar o contrato de emprego não é vista como um direito absoluto e potestativo do empregador.

O direito de dispensar, portanto, passa a ser contingenciado pela função social e boa-fé objetiva, nos termos dos artigos 113, 421 e 422, do Código Civil. Quanto ao princípio da Boa-fé objetiva, devemos dar atenção à sua tripla função de: *i) instrumento hermenêutico; ii) fonte de direitos e deveres jurídicos; e iii) limite ao exercício de direitos subjetivos.*

A Convenção 158, da Organização Internacional do Trabalho, foi denunciada por ato eivado de inconstitucionalidade formal, na medida em que foi praticada fora do prazo convencional (sem observância do prazo de dez anos a contar da sua vigência) e sem o referendo do Congresso Nacional, em violação aos artigos 49, inciso I e 84, incisos IV e VI, alíneas “a” e “b”.

Embora a referida Convenção contenha importantes regras contra a dispensa abusiva e discriminatória, é possível desenvolver proteção razoável pela interpretação sistemática das modernas regras que inibem o abuso de direito e a discriminação.

A prova do abuso de direito e, em especial, da discriminação, não deve ficar engessada pela aplicação dos artigos 818, da CLT, e artigo 333, do CPC. Deve-se reconhecer valor à prova indiciária, bem como fazer uso da possibilidade de se

inverter o ônus probatório ou de se atribuir a cada um dos litigantes de modo dinâmico, conforme a aptidão concreta de se desincumbir dele.

A dispensa abusiva difere da dispensa discriminatória, embora ambas integrem o conceito maior de dispensa arbitrária. Essas diferenças englobam não só os requisitos necessários para caracterização, como também as consequências jurídicas do seu reconhecimento.

Enquanto a dispensa abusiva se dá no contexto da violação dos deveres anexos do contrato de emprego, relativos a boa-fé, cooperação e solidariedade, a dispensa discriminatória é um ataque direto à personalidade do empregado, no sentido de restringir seus direitos fundamentais, pela concessão de um tratamento diferenciado, que não guarda pertinência lógica com o fator de discriminação ou que não se compatibiliza com os valores fundamentais do Estado brasileiro.

Nas consequências jurídicas, a dispensa abusiva também difere da dispensa discriminatória. Embora ambas sejam ilícitas e nulas, a teor do artigo 166, incisos II, III e IV, as consequências da dispensa discriminatória não se restringem ao dever de reintegração e de indenização do período de afastamento.

A discriminação na dispensa está, pois, sujeita a sanções administrativas (art. 3º, da Lei 9.029 de 1995), criminais, nos termos da Lei 12.984 de 2014, trabalhistas (reintegração, na forma do artigo 4º, da Lei 9.029 de 1995) e civis (indenização por danos materiais e morais).

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, p.67 - 79, jul./set. 1999

ALMEIDA, Renato Rua De, Direitos Fundamentais Aplicados Ao Direito Do Trabalho, São Paulo: LTr, 2010, p. 143-149.<sup>1</sup>

ALMEIDA, Renato Rua. Proteção Contra A Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa. Revista Do Tribunal Regional Do Trabalho Da 15ª Região, n. 40, 2012. Disponível em:

[Http://Portal.Trt15.Jus.Br/Documents/124965/125459/Rev40\\_Art3/2d704923-6dc2-4baf-8546-9cac309f5ca6](http://Portal.Trt15.Jus.Br/Documents/124965/125459/Rev40_Art3/2d704923-6dc2-4baf-8546-9cac309f5ca6), Acesso em: 13 fev. 2015.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo E Constitucionalização Do Direito. (O Triunfo Tardio Do Direito Constitucional No Brasil). Revista Eletrônica Sobre A Reforma Do Estado (Rere), Salvador, Instituto Brasileiro De Direito Público, Nº.9, Março/Abril/Maio, 2007. Disponível Na Internet:<[Http://Www.Direitodoestado.Com.Br/Rere.Asp](http://Www.Direitodoestado.Com.Br/Rere.Asp)>. Acesso em: 11 fev. 2015.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio Do Direito Constitucional No Brasil). Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (Rere), Salvador, Instituto Brasileiro De Direito Público, Nº.9, Março/Abril/Maio, 2007. Disponível Na Internet:<[Http://Www.Direitodoestado.Com.Br/Rere.Asp](http://Www.Direitodoestado.Com.Br/Rere.Asp)>. Acesso em: 11 fev. 2015

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica E Interpretação Constitucional. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 34, 116-117, 167-168, 189-190.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.202.514. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: [Https://Ww2.Stj.Jus.Br/Processo/Revista/Documento/Mediado/?Componente=Atc&Sequencial=16221306&Num\\_RTribuegistro=201001239907&Data=20110630&Tipo=51&Formato=Pdf](https://Ww2.Stj.Jus.Br/Processo/Revista/Documento/Mediado/?Componente=Atc&Sequencial=16221306&Num_RTribuegistro=201001239907&Data=20110630&Tipo=51&Formato=Pdf). Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL, Tribunal Superior Do Trabalho. Autos Do Processo Nº105500-32.2008.5.04.0101. Ministra Relatora: Rosa Maria Weber, Data De Publicação: 05.08.2011. Disponível Em: [Https://Aplicacao5.Tst.Jus.Br/Consultaprocessual/Consultatstnumunica.Do?Consulta=Consultar&Conscsjt=&Numerotst=105500&Digitotst=32&Anotst=2008&Orgaotst=5&Tribunaltst=04&Varatst=0101&Submit=Consultar](https://Aplicacao5.Tst.Jus.Br/Consultaprocessual/Consultatstnumunica.Do?Consulta=Consultar&Conscsjt=&Numerotst=105500&Digitotst=32&Anotst=2008&Orgaotst=5&Tribunaltst=04&Varatst=0101&Submit=Consultar). Acesso Em 19.02.2015.

COMPARATO, Fabio Konder. Etica: Direito, Moral E Religião No Mundo Moderno. 2ª Ed. São Paulo: Companhia Das Letras, 2006, p. 353.

DA SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual À Constituição*. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 193.

DA SILVA, José Afonso. Curso De Direito Constitucional Positivo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 216.

DE CARVALO, Augusto Cesar Leite. Direito do Trabalho. Aracaju: Evocati, 2011.

DE LIMA, Ana Lúcia Coelho. Dispensa Discriminatória Na Perspectiva Dos Direitos Fundamentais. São Paulo: LTr, 2009. p. 102-103, 111, 118,.

- DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Conteúdo Jurídico do Princípio Da Igualdade. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003. p. 47.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso De Direito Do Trabalho*. 11ª Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 77, 149, 308, 1113, 1121, 1126.
- FERRARI, Irany. Função Social do contrato de trabalho - dispensa discriminatória de empregada portadora de doença grave. LTr: Suplemento Trabalhista. N. 31, 2008, pag. 166-166.
- HADDAD, José Eduardo. Aspectos Controvertidos De Direito Constitucional Do Trabalho. São Paulo: LTr, 1998. p. 58-59.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia Horizontal Dos Direitos Fundamentais Na Relação De Emprego. In: Revista De Legislação Do Trabalho, São Paulo, v. 75, n. 1, p.24-29, Jan. 2011.
- MAGANO, José Paulo Camargo. A boa-fé objetiva - uma visão geral. Revista dos Juizados Especiais, São Paulo, SP, v. 31, p.11 - 22, jan./mar. 2004
- MENDES, Gilmar Ferreira; Branco; GONET, Paulo Gustavo. Curso De Direito Constitucional. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 189.
- MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A aplicação do princípio da igualdade no moderno direito do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, São Paulo, SP, n. 24, p.33 - 43, jan./jun. 2004
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação Ao Direito Do Trabalho. 28 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 462.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Princípios do Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais do Trabalhador. Revista LTr, São Paulo, v. 67, nº. 8, ago. 2003.
- NUNES, Rizzatto. A boa-fé objetiva como paradigma da conduta - na sociedade capitalista contemporânea. Revista Luso - Brasileira: direito do consumo, Curitiba, v. 1, n. 3, p.11-18, set. 2011
- OLMOS, Cristina Paranhos. Discriminação na Relação de Emprego e Proteção contra a Dispensa Discriminatória. São Paulo: LTr, 2008, p. 130.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional Sobre A Eliminação De Todas As Formas De Discriminação Racial. Resolução n. 2.106-A, de 21.12.1965. In: Mazzuoli, Valério De Oliveira (Org.). Coletânea De Direito Internacional. 2. Ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais. 2004. P. 495-504.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Sobre A Eliminação De Todas As Formas De Discriminação Contra A Mulher, Adotada Pela Resolução 34/180 Da Assembleia Geral Das Nações Unidas, Em 18.12.1979, Ratificada Pelo Brasil, Em 1.02.1984, E Promulgada Pelo Decreto N. 4377, De 13.9.2002, Que Revogou O Decreto N. 89.460, De 20.3.1984. In: Mazzuoli, Valério De Oliveira (Org.). Coletânea De Direito Internacional. 2. Ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais. 2004. P. 504-512.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana Para A Eliminação De Todas As Formas De Discriminação Contra As Pessoas Portadoras De Deficiência, Aprovada Pelo Conselho Permanente Da Organização Dos Estados Americanos, Em 26.5.1999. No Brasil, Foi Aprovada Pelo Decreto Legislativo N. 198, De 13.6.2001, Passando A Vigorar Em 14. 9.2001 E Promulgada Pelo Decreto N. 3.956 De 8.10.2001.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção N. 111 Da Oit, Aprovada Na 42ª Reunião Da Conferência Internacional Do Trabalho Em Genebra, Em 1958, Entrou Em Vigor No Plano Internacional Em 16.6.1960. No Brasil, Foi Aprovada Pelo Decreto Legislativo N. 104, De 24.11.1964, Ratificada Em 26.11.1965, Promulgada Pelo Decreto N. 62.150, De 19.1.1968, Vigente No Brasil Desde 26.11.1966.

Disponível

Em:

[Http://Www.Dhnet.Org.Br/Direitos/Sip/Onu/Emprego/Conv58.Htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/emprego/conv58.htm) Acesso Em 10 jan. 2015.

PRINA, Doris Ribeiro Torres Prina. Função Social do Contrato de trabalho. Mecanismos para Solução de Conflitos. 2011. P. Mestrado - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. [http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=13506](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=13506), Acessado Em 10.02.2015.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Eficácia Horizontal Dos Direitos Fundamentais Nas Relações De Emprego - Alguma Verdade. Revista Do Tribunal Superior Do Trabalho, Porto Alegre, v. 77, n. 4, p.204-230, Out./Dez. 2011.

ROMITA, Arion Sayão. Direito Do Trabalho: Temas Em Aberto. São Paulo: LTr, 1998, p. 462.

ROSENVALD, Nelson; PELUSO, Cesar (Coord.) Código Civil Comentado. 8ª Ed. São Paulo: Manole, 2014, P. 432.

SCHIAVI, Mauro. Provas no Processo do trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 65.

SIVOLELLA, Roberta Ferme. Breves Considerações Acerca Da Proteção Contra A Dispensa Discriminatória e do Devido Processo Legal. Revista Do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, Rio De Janeiro, v. 23, n. 51, p.59-66, Jan./Jun. 2012.

SUSSEKIND, Arnaldo, et al. Instituições De Direito Do Trabalho. 21ª Ed. São Paulo: Ltr, 2003, P. 253-254.

SUSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional Do Trabalho. Rio De Janeiro: Renovar, 2010, p. 140.

TARTUCE, Flavio. Teoria Geral Dos Contratos E Contratos Em Espécie. 9ª Ed. São Paulo: Método, 2014, P. 93.