

A GARANTIA NO EMPREGO NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Carlos Henrique Bezerra Leite**

RESUMO

Trata-se de pesquisa jurídica que aborda os institutos da estabilidade e da garantia no emprego no ordenamento jurídico brasileiro sob o prisma interdisciplinar da teoria dos Direitos Fundamentais, do Direito do Trabalho e Direito Constitucional.

Palavras-chave: Estabilidade. Garantia no Emprego. Direito Constitucional. Direito do Trabalho.

ABSTRACT

It is legal research institutes that addresses the stability and security in employment in the Brazilian legal system from the perspective of interdisciplinary theory of Fundamental Rights, Labour Law and Constitutional Law.

Keywords: Stability. Employment Guarantee. Constitutional Law. Labor Law.

* Doutor e mestre em Direito (PUC/SP); professor de Direitos Metaindividuais (FDV); professor de Direitos Humanos e Processo do Trabalho (UFES); desembargador Federal do Trabalho (TRT/ES); ex-procurador regional do trabalho (MPT).

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a estabilidade e a garantia no emprego como institutos integrantes da política pública de garantia de emprego e sob o enfoque do fenômeno da constitucionalização do Direito do Trabalho e da teoria dos Direitos Humanos e Fundamentais.

Buscar-se-á distinguir as diversas espécies de estabilidade e garantia no emprego, procurando demonstrar que tanto a política de empregabilidade quanto a proteção da relação empregatícia são condições necessárias para a efetivação dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da livre iniciativa e, em última análise, para a concretização do próprio Estado Democrático de Direito.

O problema central a ser enfrentado nesta pesquisa é o seguinte: o chamado direito potestativo patronal de resilir o contrato de trabalho é compatível com os princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito e o direito fundamental dos trabalhadores à proteção da relação empregatícia contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa?

TERMINOLOGIA

Preferimos fazer distinção entre os institutos da estabilidade e da garantia no emprego que são espécies do gênero garantia de emprego. Vale dizer, **garantia de emprego** concerne aos valores eleitos no vértice do ordenamento jurídico ao estabelecer princípios voltados a políticas públicas valorização do trabalho humano e geração de empregos, como o princípio fundamental do valor social do trabalho (CF, art. 1º, IV) e o princípio da busca do pleno emprego (CF, art. 170, VIII).

A **garantia no emprego** é um direito fundamental conferido ao empregado que protege a sua relação empregatícia contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa apurada em processo administrativo ou em defesa do empregador em ação proposta pelo empregado. A garantia no emprego pode ser permanente ou provisória, como veremos mais adiante.

Já a **estabilidade no emprego** também visa à manutenção da relação empregatícia, protegendo-a contra a vontade do empregador, salvo nos casos de falta grave cometida pelo empregado e apurada em inquérito judicial ajuizado pelo empregador ou, ainda, na hipótese de força maior devidamente comprovada.

Passaremos a estudar os institutos da estabilidade e da garantia no emprego.

ESTABILIDADE

A doutrina, de um modo geral, classifica a estabilidade em: **estabilidade definitiva** (absoluta ou decenal), que é destinada, em princípio, àquele empregado que, não tendo feito opção pelo regime do FGTS, contasse com dez anos ou mais de serviço na mesma empresa (CLT, art. 492); **estabilidade provisória** (relativa ou especial), que é destinada a alguns trabalhadores em situações especiais, como os dirigentes sindicais, os representantes do Conselho Curador do FGTS, a empregada gestante, os empregados eleitos para CIPA – Comissões Internas de Prevenção de Acidentes, o empregado acidentado etc.

Há autores que preferem classificar a estabilidade segundo a fonte normativa da qual se origina. Haveria, então, estabilidade legal, judicial (sentença normativa) e contratual (prevista em contratos individuais de trabalho, convenções e acordos coletivos).

Como o próprio nome está a indicar, o termo **estabilidade** nos dá a ideia de firmeza, solidez, segurança, perenidade, razão pela qual afigura-se-nos contraditória a expressão “estabilidade provisória”.

Pode-se dizer que estabilidade, para os fins justralhistas, consiste no direito que o empregado tem de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, salvo quando existir grave motivo que justifique a sua dispensa que torne incompatível a sua permanência na empresa ou no caso de força maior devidamente comprovada.

Pode ser estável, por outro lado, o empregado que for contemplado com este direito mediante cláusula prevista no contrato de trabalho, já que a lei não proíbe o empregador de conceder qualquer vantagem ao empregado. Convém frisar que esta espécie de estabilidade (contratual) constitui raridade no direito do trabalho pátrio.

Outro aspecto deve ser ressaltado a respeito à possibilidade de o empregador fraudar a estabilidade empregatícia conferida ao empregado. É o que se convencionou chamar de “despedida obstativa”, que pode ocorrer: a) mesmo com o pagamento de indenização; b) quando o empregado completasse nove anos na mesma empresa (TST, Súmula 26 que, embora cancelada, constitui fonte principiológica); c) embora despedido depois de nove anos de serviços à empresa, não teria direito ao pagamento de indenização em dobro, se ficasse demonstrada a inexistência de intuito de obstar a aquisição de estabilidade; d) antes de nove anos, a presunção é de que o despedimento não teria aquele vício, admitindo-se, porém, prova em contrário.

ESTABILIDADE DECENAL

À luz do art. 492 da CLT: “O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas”.

Na verdade, o empregado que completasse dez anos de serviço prestado ao mesmo empregador e que não tivesse feito opção pelo regime do FGTS, nem fosse exercente de cargo de diretoria, gerência ou de outros de confiança imediata do empregador (CLT, art. 499), adquiriria o direito à estabilidade.

Eis a chamada estabilidade absoluta, decenal ou definitiva.

Tal espécie de estabilidade não foi recepcionada pela atual Constituição, uma vez que esta, ao contrário da Carta de 1967, com redação dada pela EC n. 1/69 ao art. 165, XIII, que previa dois regimes (“estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente”), instituiu um único regime jurídico inerente à relação empregatícia: o regime do FGTS.

Restou preservado, no entanto, o direito adquirido daqueles trabalhadores não-optantes que já contavam, em 5 de outubro de 1988, com dez anos de serviço efetivo na empresa, como se infere do art. 14 da Lei n. 8.036/1990.

O empregado detentor do direito à estabilidade decenal somente pode ser despedido mediante inquérito judicial em que seja apurado o cometimento de falta grave (que é mais ampla do que a simples justa causa, a teor do art. 493 da CLT) ou circunstância de força maior, devidamente comprovada, como por exemplo, extinção da empresa ou do estabelecimento, nos termos dos arts. 497 e 498 da CLT, caso em que terá o trabalhador direito à indenização em dobro.

ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO

Servidor não concursado

É estável o servidor público “celetista” que, na data da promulgação da atual Constituição (5/10/1988), tivesse completado cinco ou mais anos de serviço público prestado a pessoas jurídicas de direito público (não se incluem as empresas públicas e as sociedades de economia mista), nos termos do art. 19, do ADCT. No que tange à extensão desta estabilidade aos servidores de fundações públicas, a SBDI-1/TST editou a OJ 364:

ESTABILIDADE. ART. 19 DO ADCT. SERVIDOR PÚBLICO DE FUNDAÇÃO REGIDO PELA CLT (DJ 20, 21 e 23.05.2008). Fundação instituída por lei e que recebe dotação ou subvenção do Poder Público para realizar atividades de interesse do Estado, ainda que tenha personalidade jurídica de direito privado, ostenta natureza de fundação pública. Assim, seus servidores regidos pela CLT são beneficiários da estabilidade excepcional pre-vista no art. 19 do ADCT.

Afora a hipótese do art. 19 do ADCT, nenhum servidor público adquire estabilidade sem ter sido aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Servidor concursado

É igualmente estável o servidor da Administração Direta, Autárquica ou Fundacional que tenha sido aprovado em concurso público

de provas ou de provas e títulos para investidura em cargo ou emprego público, desde que aprovado no estágio probatório (CF, art. 37, II, e 41)¹.

Com efeito, dispõe o art. 41 da CF (com redação dada pela EC 19/1998): “São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”.

A interpretação literal do dispositivo em causa autorizaria a ilação de que apenas o servidor “nomeado para cargo de provimento efetivo”, ou seja, o servidor investido em cargo público sujeito ao regime administrativo/institucional, seria o destinatário da estabilidade. O TST, porém, dando interpretação teleológica ao art. 41 da CF, estende a estabilidade ao servidor concursado investido em emprego público contratado pelas pessoas jurídicas de direito público. É o que se infere da Súmula 390, item I, do TST.

Para os fins do Direito do Trabalho brasileiro, interessa-nos apenas o servidor aprovado em concurso e investido em emprego público, pois este é regido pela legislação trabalhista, sendo da Justiça do Trabalho a competência para apreciar as demandas por ele propostas em face do empregador público oriundas da relação de emprego. Isto porque, conforme decidiu o STF (ADI 3.395), o servidor aprovado em concurso e investido em cargo público é regido pelo Direito Administrativo, cabendo à Justiça comum (federal ou estadual) apreciar as demandas decorrentes da relação institucional de trabalho.

Como já ressaltado, o TST reconhece a estabilidade do servidor público investido em emprego e aprovado em concurso público da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, mas não estende tal estabilidade aos servidores concursados das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Nesse sentido dispõe a Súmula 390 daquela Corte:

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE.

DADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL. I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

Com relação ao item II da Súmula 390 do TST ressaltamos apenas que muito embora o servidor concursado das empresas públicas e sociedades de economia mista não seja destinatário da estabilidade do art. 41 da CF, o certo é que, por força dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativas, parece-nos que ele somente poderá ser dispensado motivadamente em processo administrativo em que lhe seja assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa. O STF, porém, já decidiu que o servidor das empresas públicas e sociedades de economia mista pode ser dispensado sem justa causa, isto é, sem nenhuma motivação por parte do administrador público e sem necessidade de inquérito ou processo administrativo:

A decisão agravada está em conformidade com entendimento firmado por ambas as Turmas desta Corte, no sentido de que não se aplica a empregado de sociedade de economia mista, regido pela CLT, o disposto no art. 41 da CF, o qual somente disciplina a estabilidade dos servidores públicos civis. Ademais, não há ofensa aos princípios de direito administrativo previstos no art. 37 da Carta Magna, porquanto a pretendida estabilidade não encontra respaldo na legislação pertinente, em face do art. 173, § 1º, da Constituição, que estabelece que os empregados de sociedade de economia mista estão sujeitos ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas (STF-AI 465.780-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 23-11-2004, Segunda Turma, DJ de 18-2-2005.) No mesmo sentido: AI 660.311-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9/10/2007, Segunda Turma, DJ de 23/11/2007.

No mesmo sentido é o item I da OJ 247 da SBDI-1/TST, *in verbis*: “A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade”.

Em se tratando de servidor empregado da ECT-Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, embora empresa pública, o TST, em função de recentes decisões do STF no sentido de conferir a tal empresa pública algumas prerrogativas da Fazenda Pública, editou o item II da referida OJ 247, segundo a qual:

A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

Necessidade de motivação não se confunde com estabilidade, pois aquela pode ser apurada em processo administrativo ou como matéria de defesa do ente público demandado judicialmente, enquanto esta exige o inquérito judicial para apuração de falta grave, cuja iniciativa é exclusiva do empregador público que contratou o servidor estável.

Não há previsão legal expressa quanto à necessidade do inquérito judicial para apuração de falta grave para a extinção do contrato para servidor “celetista” estável (CF, art. 41; ADCT, art. 19).

Por analogia, e tendo em conta o caráter de perenidade ínsito a esta modalidade estabilitária, afigura-se-nos perfeitamente factível a aplicação do preceito contido no art. 494 da CLT, mesmo porque é sabido que quando a Administração Pública contrata servidor pelo regime celetista passa a equiparar-se, no que couber, ao empregador comum.

Ora, se o regime é o justralhista não há como ser agasalhada a tese de que a apuração da falta grave seja feita por meio de inquérito (ou processo) administrativo, posto que este assegure ao servidor estável o direito à ampla defesa e ao contraditório. Parece-nos, portanto, que a pendenga há de ser dirimida perante a Justiça Especializada, por meio do inquérito judicial para apuração de falta grave (CLT, art. 853). O TST, contudo, admite tanto o inquérito judicial para apuração de falta grave quanto o processo administrativo que assegure o direito de ampla defesa do servidor. Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. DEMISSÃO IMOTIVADA. IMPOSSIBILIDADE. ITEM I DA SÚMULA Nº 390. NÃO PROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o servidor público celetista da Administração direta, autárquica ou fundacional não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade. Incidência do item I da Súmula nº 390. 2. Agravo de instrumento a que se nega provimento (TST-AIRR 121940-96.2002.5.02.0060, 7ª T., Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos. unânime, DEJT 13.05.2010).

GARANTIA NO EMPREGO

A garantia no emprego, como já ressaltamos, protege o trabalhador contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. Ao contrário da estabilidade, que é sempre permanente, a garantia no emprego pode ser provisória ou permanente. Exemplos de garantia provisória no emprego são os previstos no art. 10, II, *a* e *b*, do ADCT. A garantia no emprego prevista no art. 4º da Convenção 158 da OIT é a permanente.

A configuração da garantia no emprego prescinde da falta grave prevista no art. 493 da CLT, *in verbis*: “Constitui falta grave a prática de qualquer dos fatos a que se refere o art. 482, quando por sua repetição ou natureza representem séria violação dos deveres e obrigações do empregado”.

Pode-se afirmar, portanto, que a falta grave é muito mais complexa e, portanto, mais difícil de provar do que a justa causa, pois aquela exige repetição do ato faltoso ou uma condição específica que torne insuportável a continuidade da relação empregatícia. Daí a exigência do inquérito judicial para a apuração da falta grave (CLT, arts. 494 e 853).

Para justificar a dispensa do empregado destinatário da garantia no emprego, é condição suficiente que este pratique um ato tipificado como justa causa (CLT, art. 482), independentemente da conotação de grave e séria violação dos deveres funcionais, ou o empregador comprove a existência de motivo técnico, econômico ou financeiro, para que o obreiro perca o direito de permanecer no emprego.

Em suma, a garantia no emprego, permanente ou provisória, protege o trabalhador da dispensa injusta ou arbitrária.

GARANTIA PROVISÓRIA NO EMPREGO

A garantia provisória no emprego é destinada ao trabalhador que esteja, num determinado lapso de tempo, em situação especial que impeça a sua dispensa arbitrária ou sem justa causa do emprego.

Cessada a causa especial que garantia provisoriamente a manutenção do contrato de trabalho, o empregado poderá ser despedido, sem necessidade de motivação do empregador. Esse é o entendimento doutrinário e jurisprudencial que vem prevalecendo no Brasil.

Data venia, ousamos divergir desse entendimento, porquanto pensamos que, à luz da moderna hermenêutica constitucional, a construção teórica do direito potestativo patronal de resilir o contrato de trabalho típica do Estado Liberal mostra-se incompatível com os princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito inaugurado com a CF/1988, como os princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da livre iniciativa, da função social da empresa, da função social do contrato, da busca do pleno emprego e da relação empregatícia protegida contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Na garantia provisória no emprego, o empregador que pretender dispensar o obreiro não necessitará, em linha de princípio, propor a ação judicial prevista no art. 494 consolidado.

Diz-se em princípio porque, há exceções expressamente previstas em lei em que o **inquérito judicial para apuração de falta grave** é condição de validade da dispensa, não só do empregado portador de estabilidade, como já vimos, mas também de alguns seguintes trabalhadores em situações especiais.

Garantia provisória no emprego sujeita a inquérito judicial para apuração de falta grave

Como já destacamos nos tópicos precedentes, há alguns trabalhadores que, malgrado não sejam portadores de estabilidade, a lei exige o

requisito da falta grave praticada pelo empregado para a validade da sua dispensa, ou seja, o inquérito judicial é condição de validade da resolução do contrato de trabalho por iniciativa do empregador.

Eis os empregados portadores de garantia provisória no emprego que só podem ser validamente dispensados pelo empregador em caso de procedência da ação de inquérito para apuração de falta grave: dirigente sindical, dirigente de sociedade cooperativa de empregados, empregado membro do Conselho Nacional de Previdência Social - CPNS, empregado membro do Conselho Curador do FGTS e representante dos empregados nas Comissões de Conciliação Prévia.

Dirigente sindical

O art. 8º, VIII, da Constituição de 1988 dispõe, *in verbis*:

é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Houve, portanto, uma recepção qualificada do art. 543, § 3º, da CLT, *in verbis*:

“Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito, inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação”.

Logo, a apuração de falta grave do dirigente sindical deve ser apurada por meio da ação de inquérito judicial (CLT, arts. 494 e 853). Se o empregador não propõe tal ação, o ato de dispensa é nulo de pleno direito. Nesse sentido, lembramos a Súmula 197 do STF, assim redigida: “ESTABILIDADE - DIRIGENTE SINDICAL. O empregado com representação sindical só pode ser despedido mediante inquérito em que se apure falta grave”.

Na mesma linha, o TST editou a Súmula 379:

DIRIGENTE SINDICAL. DESPEDIDA. FALTA GRAVE. INQUÉRITO JUDICIAL. NECESSIDADE. O dirigente sindical somente poderá ser dispensado por falta grave mediante a apuração em inquérito judicial, inteligência dos arts. 494 e 543, § 3º, da CLT.

Nos termos do § 4º do art. 543 da CLT, considera-se “cargo de direção ou de representação sindical aquele cujo exercício ou indicação decorre de eleição prevista em lei”.

O § 5º do art. 543 da CLT exige a comunicação ao empregador do registro da candidatura como requisito para o dirigente sindical ser destinatário da garantia provisória no emprego, nos seguintes termos:

“Para os fins deste artigo, a entidade sindical comunicará por escrito à empresa, dentro de 24 (vinte e quatro) horas, o dia e a hora do registro da candidatura do seu empregado e, em igual prazo, sua eleição e posse, fornecendo, outrossim, a este, comprovante no mesmo sentido. O Ministério do Trabalho fará no mesmo prazo a comunicação no caso da designação referida no final do § 4º”.

Parece-nos, no entanto, que o preceptivo em causa não foi recepcionado pelo inciso VIII do art. 8º da CF, uma vez que o texto constitucional exige apenas o registro da candidatura como condição para aquisição da garantia no emprego. Tal registro se faz no sindicato, e não na empresa. Todavia, o STF fixou o seguinte entendimento:

A formalidade prevista no art. 543, § 5º, da CLT - ciência do empregador da candidatura do empregado - não se mostrou incompatível com a norma do inciso VIII do art. 8º da CF, isto diante do princípio da razoabilidade (STF-RE 224.667, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13/4/1999, 2ª T., DJ 4/6/1999.)

A interpretação do Pretório Excelso levou o TST a editar a OJ 34 da SBDI-1 (posteriormente convertida no item I da Súmula 369), segundo a qual para a garantia no emprego do dirigente sindical: “É indispensável a comunicação, pela entidade sindical, ao empregador, na forma do § 5º do art. 543 da CLT”.

Sob o prisma do princípio da liberdade sindical que fundamenta os princípios da não-intervenção e da não-interferência do Estado

e do empregador na organização sindical dos trabalhadores, caberia exclusivamente ao sindicato, com base apenas nos seus estatutos, estabelecer o número de dirigentes que seriam albergados pela garantia provisória prevista no art. 8º, VIII, da CF, que, *in casu*, atritaria com o disposto no art. 522 da CLT.

O TST, no entanto, editou a OJ 266 (posteriormente convertida no item II da Súmula 369), firmando o entendimento de que “o art. 522 da CLT, que limita a sete o número de dirigentes sindicais, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988”. Assim, se a entidade sindical possuir oito ou mais dirigentes, apenas sete serão destinatários da garantia prevista no art. 8º, VIII, da CF. A nosso ver, contudo, cabe ao sindicato indicar os dirigentes que serão considerados “estáveis”, e não ao empregador.

Outra questão polêmica diz respeito ao dirigente sindical de sindicato de categoria profissional diferenciada, pois, de acordo com o item III da Súmula 369 do TST: “O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente”.

Exemplifiquemos: com base no item III da Súmula 369 do TST, se um médico eleito dirigente sindical do sindicato da categoria profissional dos médicos exercer numa empresa função de auxiliar de escritório, isto é, qualquer função que não seja inerente ao exercício da medicina, não terá a garantia provisória no emprego prevista no inciso VIII do art. 8º da CF.

O dirigente sindical de categoria econômica pode ser portador de garantia provisória no emprego se ocupar cargo de confiança na empresa em que trabalha? O STF já decidiu:

Interpretação restritiva do inciso VIII do art. 8º da CF: impossibilidade. Inexistência de norma legal ou constitucional que estabeleça distinção entre o dirigente sindical patronal e o dos trabalhadores. Não perde a condição de empregado o trabalhador que, malgrado ocupe cargo de confiança na empresa empregadora, exerça mandato sindical como representante da categoria econômica. Representante sindical patronal. Dispensa no curso do mandato. Indenização e consectários

legais devidos desde a data da despedida até um ano após o final do mandato (STF-RE 217.355, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 29/8/2000, 2ª T., DJ de 2/2/2001).

Não se reconhece garantia no emprego ao dirigente sindical na hipótese de extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato. É o que prevê o item IV da Súmula 369 do TST.

Outra restrição à garantia no emprego do dirigente sindical é a prevista no item V da Súmula 369 do TST, porquanto o “registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho”.

Cumprasse assinalar que a Lei 9.270, de 17/04/96, acrescentou ao art. 659 da CLT o inciso X, conferindo competência privativa ao Juiz de Vara do Trabalho para “conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador”.

O § 6º do art. 543 da CLT prevê punição administrativa, prevista na letra “a” do art. 553 da CLT, da empresa que, por qualquer modo, procurar impedir que o empregado se associe a sindicato, organize associação profissional ou sindical ou exerça os direitos inerentes à condição de sindicalizado, sem prejuízo da reparação a que tiver direito o empregado prejudicado.

Ademais, a violação ao direito de associação, organização ou exercício dos direitos inerentes à condição de associado a sindicato pode caracterizar conduta antissindical, tal como previsto nos arts. 1º a 3º da Convenção 98 da OIT, ratificada pelo Brasil (Decreto n. 3.197, de 06.10.1999).

Finalmente, cabe trazer à baila o entendimento consubstanciado na OJ 365 da SBDI-1/TST, que não estende ao Membro de Conselho Fiscal de sindicato o “direito à estabilidade prevista nos arts. 543, § 3º, da CLT e 8º, VIII, da CF/1988, porquanto não representa ou atua na defesa de direitos da categoria respectiva, tendo sua competência limitada

à fiscalização da gestão financeira do sindicato (art. 522, § 2º, da CLT)". Parece-nos, *data venia*, equivocado tal entendimento, porquanto é sabido que os membros do conselho fiscal dos sindicatos são eleitos juntamente com os seus diretores, razão pela qual devem ser destinatários da mesma proteção destes.

Outro entendimento que nos parece equivocado é o constante da OJ 369 da SBDI-1, segundo o qual: "O delegado sindical não é beneficiário da estabilidade provisória prevista no art. 8º, VIII, da CF/1988, a qual é dirigida, exclusivamente, àqueles que exerçam ou ocupem cargos de direção nos sindicatos, submetidos a processo eletivo".

Creemos que o fundamento da garantia provisória dos empregados que integram os órgãos de direção e fiscalização dos sindicatos é protegê-los contra os atos de ingerência do empregador e do Estado. Ao facultar a dispensa arbitrária ou sem justa causa de tais trabalhadores, há, sem dúvida, o enfraquecimento da autonomia e da liberdade sindical, o que acaba comprometendo, em última análise, a efetividade dos direitos humanos e fundamentais dos trabalhadores.

Dirigente de sociedade cooperativa de empregados

Dispõe o art. 55 da Lei 5.764/71, *in verbis*: "Os empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas pelos mesmos criadas gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho".

Assim, o dirigente de cooperativa de empregados de uma determinada empresa só poderá ser dispensado se praticar falta grave devidamente apurada em inquérito judicial (CLT, arts. 494 e 853).

Em que pese a norma em apreço assegurar aos diretores eleitos das cooperativas criadas pelos empregados de dada empresa as mesmas garantias conferidas aos dirigentes sindicais, a OJ 253 da SBDI-1 do TST, interpreta-a restritivamente, nos seguintes termos:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. COOPERATIVA. LEI Nº 5.764/71. CONSELHO FISCAL. SUPLENTE. NÃO ASSEGURADA (inserida em 13.03.2002). O art. 55 da Lei nº 5.764/71 assegura a garantia de emprego

apenas aos empregados eleitos diretores de Cooperativas, não abrangendo os membros suplentes.

Parece-nos equivocada tal interpretação, uma vez que os artigos 55 da Lei 5.764/71 e o art. 543 da CLT devem ser interpretados conforme a Constituição Federal (art. 8º, VIII). De tal arte, reconhece-se a garantia provisória no emprego tanto do dirigente sindical e seu suplente quanto do dirigente de cooperativa de empregados e seu suplente.

Ademais, a interpretação sistemática e teleológica das normas em apreço em sintonia com os princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da função social da empresa, da busca do pleno emprego e da relação empregatícia protegida contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, autorizam a ilação no sentido de se estender aos suplentes de diretores eleitos de cooperativa os mesmos direitos fundamentais destinados pelo art. 8º, VIII, da CF aos suplentes de dirigentes sindicais eleitos.

Empregado membro do Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS

Segundo o disposto no art. 3º, § 7º, da Lei 8.213/91:

Aos membros do CNPS, enquanto representantes dos trabalhadores em atividade, titulares e suplentes, é assegurada estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de **falta grave**, regularmente comprovada através de **processo judicial**. (grifos nossos)

Destarte, os membros titulares e suplentes do Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS em atividade representativa dos trabalhadores só poderão ser dispensados de seus respectivos empregos se praticarem falta grave devidamente apurada em inquérito judicial (CLT, arts. 494 e 853).

Vale dizer, o § 7º do art. 3º da Lei 8.213/91 assegura aos representantes dos trabalhadores, titulares e suplentes, no CNPS os mesmos direitos dos dirigentes sindicais no que concerne à garantia provisória no emprego.

Empregado membro do Conselho Curador do FGTS

Com base no art. 3º, § 9º, da Lei 8.036/90:

Aos membros do Conselho Curador, enquanto representantes dos trabalhadores, efetivos e suplentes, é assegurada estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de **falta grave**, regularmente comprovada através de **processo sindical**. (grifos nossos)

Há evidente erronia redacional na parte final do preceptivo em causa, porquanto falta grave, segundo o método de interpretação sistemática, há de ser apurado em processo judicial, e não em “processo sindical”.

Deste modo, o § 9º do art. 3º da Lei 8.036/90 assegura aos representantes dos trabalhadores, titulares e suplentes, no Conselho Curador do FGTS os mesmos direitos dos dirigentes sindicais no que concerne à garantia provisória no emprego (CF, art. 8º, VIII). Logo, somente poderão ser dispensados mediante inquérito judicial para apuração de falta grave (CLT, arts. 494 e 853).

Representante dos empregados nas Comissões de Conciliação Prévia

De acordo com o art. 625-B, § 1º, da Lei 9.858, de 12/01/00: “É vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei”.

Destarte, nos termos do § 1º do art. 625-B da CLT, os empregados que atuarem nas Comissões de Conciliação Prévia, como titulares ou suplentes, terão os mesmos direitos dos dirigentes sindicais no que concerne à garantia provisória no emprego (CF, art. 8º, VIII). Logo, a dispensa de tais empregados está condicionada ao ajuizamento, pelo empregador, do inquérito judicial para apuração de falta grave (CLT, arts. 494 e 853).

Garantia provisória no emprego não sujeita a inquérito judicial para apuração de falta grave

Ressalvados os casos indicados nas epígrafes precedentes, nos quais se exige a prática de falta grave devidamente apurada em inquérito judicial (CLT, arts. 494 e 853), todos os demais trabalhadores destinatários de garantia provisória no emprego, como os “cipeiros” eleitos (ADCT, art. 10, II, *a*, e art. 165 consolidado), a empregada gestante (ADCT, art. 10, II, *b*), a empregada em gozo de licença-maternidade (CF, art. 7º, XVIII) e o empregado acidentado (Lei 8.213/91, art. 118), podem ser dispensados sem a formalidade da ação constitutiva negativa (inquérito judicial), sendo necessário, apenas, que a dispensa não seja arbitrária ou sem justa causa, entendendo-se como tais, por aplicação analógica do art. 165 da CLT, aquelas que não derivem de motivos de ordem disciplinar, técnica, econômica ou financeira.

A prova da dispensa arbitrária ou sem justa causa, *in casu*, será feita por meio de reclamação trabalhista comum, sendo desnecessário, repita-se, o inquérito judicial, que é uma ação especial. Noutro falar, em se tratando dispensa de “cipeiro”, empregada gestante ou em gozo de licença-maternidade ou empregado acidentado, o empregador não tem interesse processual em ajuizar inquérito para apuração de falta grave, por ausência de necessidade, sendo, além disso, inadequada a via eleita. Logo, o processo será extinto sem resolução do mérito. (CPC, art. 267, VI)

Assim, se o empregado portador de garantia provisória no emprego entender que foi dispensado de forma arbitrária ou sem justa causa, poderá ajuizar reclamação trabalhista visando à sua reintegração ao emprego. Caberá ao empregador, em contestação, o ônus de provar a licitude da dispensa, nos termos do parágrafo único do art. 165 da CLT: “Ocorrendo a despedida, caberá ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado”.

Vale dizer, se o empregador, em contestação, não se desincumbir de provar que a dispensa do empregador portador de garantia provisória

no emprego é fundada em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, a ação será julgada procedente e será o empregador condenado a reintegrar o empregado (obrigação de fazer) e a pagar todas as verbas contratuais devidas a partir do afastamento.

Os trabalhadores portadores da garantia provisória têm direito à reintegração ao emprego enquanto vigorar a condição especial prevista em norma autônoma ou heterônoma que garanta tal direito.

Empregado de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA

O empregado eleito membro de CIPA, ainda que suplente, só poderá ser dispensado validamente se o empregador motivar a dispensa, ou seja, a sua dispensa será válida se o empregador provar a existência de motivo disciplinar (CLT, art. 482) ou outro motivo de ordem econômica, técnica ou financeira.

Com efeito, o art. 165 da CLT dispõe, *in verbis*: “Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”.

Houve constitucionalização da garantia provisória no emprego do titular de representação dos empregados na CIPA, uma vez que o art. 10, II, *a*, do ADCT dispõe que até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa “do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato”.

Outra questão relevante diz respeito à extensão da garantia ora focalizada ao suplente de empregado eleito para CIPA. A nosso ver, por analogia à garantia conferida ao dirigente sindical, já que ambos atuam em defesa de interesses de uma categoria profissional, ou parte dela, os suplentes eleitos são destinatários da garantia provisória no emprego.

Esse, aliás, é o entendimento adotado na Súmula 676 do STF: “A garantia da estabilidade provisória prevista no art. 10, II, *a*, do Ato

das Disposições Constitucionais Transitórias, também se aplica ao suplente do cargo de direção de Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPA)”.

O TST, por sua vez, adotou tal tese, como se infere do item I da sua Súmula 339: “O suplente da CIPA goza da garantia de emprego prevista no art. 10, II, “a”, do ADCT a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988”.

De toda a sorte, o item II da referida Súmula ressalva que a

estabilidade provisória do cipeiro não constitui vantagem pessoal, mas garantia para as atividades dos membros da CIPA, que somente tem razão de ser quando em atividade na empresa. Extinto o estabelecimento, não se verifica a despedida arbitrária, sendo impossível a reintegração e indevida a indenização do período estabilitário.

À luz do princípio da razoabilidade, afigura-se-nos que se o “cipeiro” eleito e dispensado arbitrariamente ou sem justa causa não ajuizar a ação postulando a sua reintegração dentro de um prazo razoável ou depois de extinto o prazo da garantia provisória no emprego, não fará jus à indenização do período respectivo, salvo se provar a existência de motivo relevante para a sua inércia. Afinal, a garantia conferida ao “cipeiro” eleito é destinada à proteção da incolumidade física, moral e mental de todos os trabalhadores da empresa empregados, e não simplesmente uma vantagem pessoal. Ele não pode simplesmente deixar a representação dos trabalhadores na empresa e postular apenas indenização substitutiva da garantia provisória no emprego. Não é esse, porém, o entendimento adotado na OJ 399 da SBDI-1/TST.

Empregada gestante

Há diversos meios de proteção ao trabalho da mulher. Interessamos nesta epígrafe a proteção da relação empregatícia da empregada em estado de gravidez.

Nos termos do art. 391 da CLT, “não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez”.

Houve recepção qualificada dessa norma pelo art. 10, II, *b*, do ADCT, porquanto o art. 10, II, *a*, do ADCT dispõe que até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: “da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

Há divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da interpretação do termo “desde a confirmação da gravidez” para fins de aquisição pela empregada da garantia provisória no emprego. Para alguns, significa desde o momento em que a empregada comunica a sua gravidez ao empregador; outros sustentam que é partir do instante em que a empregada faz prova da gravidez mediante atestado médico; existem, ainda, os defensores da tese de que o desconhecimento da gravidez pelo empregador no momento em que este dispensa empregada grávida desabriga a gestante do direito previsto na citada norma constitucional. A cizânia perspassa pelo enfoque da responsabilidade patronal, ou seja, se a responsabilidade é objetiva ou subjetiva.

A jurisprudência majoritária adotou a tese da responsabilidade objetiva pelo fato da gravidez. Vale dizer, o que importa ao intérprete, *in casu*, é verificar se no momento da dispensa a encontrava-se em estado gravídico ou não, já que, nos termos do item I da Súmula 244 do TST, o “desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, *b* do ADCT)”.

Ademais, de acordo com o item II da Súmula 244 do TST, a garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

É importante lembrar que o item III da Súmula 244 do TST não assegura à empregada gestante que figure como sujeito de um contrato de experiência o direito à garantia no emprego, “visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa”. Todavia, parece-nos que a interpretação *a contrario sensu* deste verbete sumular autoriza a ilação de

que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante antes do término normal do contrato de experiência. Adota-se, neste caso, a aplicação analógica do art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.601/1998.

Empregado acidentado

Vaticina textualmente o art. 118 da Lei 8.213/1991: “O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente”.

A primeira pergunta que se pode fazer é a seguinte: o art. 118 da Lei 8.213/91 é inconstitucional? Há duas correntes doutrinárias, com posições absolutamente conflitantes, que procuram responder à indagação.

Alguns autores, capitaneados por Octávio Bueno Magano², partindo da interpretação lógico-formal, sustentam que o preceptivo em relevo padece de inconstitucionalidade, na medida em que somente através de lei complementar (CF, art. 7º, I) é que se poderiam criar outros tipos de estabilidade além das expressamente previstas na Constituição.

Outros, como Nei Frederico Cano Martins³, invocando a lógica do razoável, advogam a tese da constitucionalidade do art. 118 da Lei 8.213/91 ao fundamento de que o legislador ordinário pode “estabelecer quantos tipos de estabilidade provisória no emprego entenda sejam necessários, desde que para atender a situações peculiares. O que lhe é vedado é o estabelecimento de estabilidade que se estenda à generalidade dos trabalhadores. Tal tipo de garantia, aliás, sequer por lei complementar poderá vir a ser criado, ao menos enquanto prevalecer a atual redação do inc. I, do art. 7º, da Lei Maior”⁴.

Embora reconheçamos a autoridade dos autores que defendem a inconstitucionalidade do art. 118 da Lei de Benefícios, estamos com a segunda corrente doutrinária.

Com efeito, a garantia no emprego decorrente de acidente do trabalho, instituída pelo art. 118, da Lei 8.213/91, não colide com a garantia no emprego a que se refere o art. 7º, inc. I, da *Lex Legum*.

Basta ler o *caput* do dispositivo constitucional em estudo para se constatar que a Lei Maior não exclui a aplicação de outros direitos que visem à melhoria da condição social do trabalhador.

Ademais, a garantia infraconstitucional é específica e se destina ao trabalhador vítima de acidente de trabalho, *tout court*. A garantia de emprego prevista na Lei Maior é genérica e tem por destinatários todos os trabalhadores, indistintamente. Logo, não há falar em inconstitucionalidade (formal) do precitado art. 118 da Lei 8.213/91.

De outra parte, cremos que a garantia provisória no emprego conferida ao empregado acidentado tem alcance social indiscutível, pelo que a interpretação sistêmica do art. 118 da Lei de Benefícios em cotejo com os arts. 1º, inc. IV, 7º, *caput*, 170, *caput* e inc. VIII, e 193, da Constituição da República, deixa patente que a *mens legis* é no sentido de não inibir o legislador ordinário a instituir, independentemente de lei complementar, novos tipos de garantias no emprego a trabalhadores que se encontrem em situações que demandem proteção especial do Estado.

Nesse sentido, aliás, dispõe o art. 4º da Lei 9.029, de 13.04.95⁵, que protege a relação de emprego contra ato discriminatório do empregador, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, facultando ao empregado optar entre:

- a) a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; ou
- b) a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Prestigiar a corrente que defende a inconstitucionalidade do dispositivo em questão, implicaria, também, em considerar como **não recepcionados** outros tipos de garantia no emprego previstas em diplomas anteriores à atual Constituição, como, *v. g.*, a dos empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas por eles criadas (Lei 5.764/71, art. 55).

Urge lembrar, ainda, que o Pretório Excelso, ao apreciar ação direta de inconstitucionalidade (STF-ADIn 639-8/600, Rel. Min. Moreira

Alves⁶) do art. 118 da Lei de Benefícios, denegou a liminar ali postulada, sendo, no mérito, julgada improcedente a demanda, o que, certamente, levou a SBDI-1 do TST a editar a OJ 105, posteriormente convertida no item 1 da Súmula 378 daquela Corte.

Quais os requisitos para a aquisição do direito previsto no art. 118 da Lei 8.213/91?

O primeiro requisito que o preceptivo em questão exige é o de que o trabalhador tenha sofrido um acidente do trabalho, entendendo-se como tal, nos termos da Lei n. 8.213/91: a) o acidente típico (art. 19); b) as moléstias profissionais ou do trabalho (art. 20); ou c) os eventos equiparados ao acidente do trabalho (art. 21).

O segundo requisito está em que a garantia no emprego somente terá início após a cessação do benefício previdenciário. Aqui há uma explicação lógica: é que durante o período em que o obreiro percebe o auxílio-doença acidentário o seu contrato de trabalho (tecnicamente, os seus efeitos) fica suspenso, impedindo, assim, a prática do ato patronal de dispensa.

Situação interessante ocorre quando o empregado, dizendo-se vítima de moléstia de origem profissional, tenha recebido apenas auxílio-doença normal, mas não o auxílio-doença acidentário. Em tal circunstância, adverte Nei Frederico Cano Martins:

deve-se admitir ao empregado a possibilidade de discutir, até pelas vias judiciais, a natureza do evento danoso. Assim, o dispositivo deve ser entendido de forma mais ampla, ou seja, de que a estabilidade tem início após a cessação do auxílio-doença acidentário, mas pode iniciar-se também após o auxílio-doença normal, desde que concedido indevidamente no lugar do acidentário.⁷

Essa, entretanto, não era a posição do Tribunal Superior do Trabalho, como se infere do seguinte julgado:

Estabilidade provisória – Acidente do trabalho. O art. 118 da Lei 8.213/91 estabelece que ‘o segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidenté’. Para a

aquisição do direito à estabilidade é necessário que o empregado afastado ultrapasse os primeiros quinze dias de interrupção do contrato de trabalho, adentrando no período de suspensão contratual, quando então perceberá o auxílio-doença acidentário, condição *sine qua non* para a configuração estabilitária (TST-RR-159.601/95.1, 1ª T, j. 30.08.95, Rel. Min. Ursulino Santos, *in* Revista LTr 60-01/69).

Tal orientação vigorou durante vários anos, mas o TST acabou dando nova interpretação ao art. 118 da Lei n. 8.213/91, editando a Súmula 378, cujo item II estabelece que:

São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego.

Assim, no caso de doença profissional que tenha nexo de causalidade com a atividade exercida pelo trabalhador na empresa, a garantia provisória do emprego prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/91 será assegurada, independentemente de ter havido afastamento do trabalhador ou a percepção de auxílio-doença comum ou acidentário.

DISPENSA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA: REINTEGRAÇÃO OU INDENIZAÇÃO?

O empregado portador de garantia provisória no emprego que for dispensado de forma arbitrária ou sem justa causa deverá propor a ação buscando a sua reintegração no emprego, cargo e função em que se encontrava antes da ruptura do pacto laboral.

Essa reintegração poderá, no nosso entender, ser concedida a título de tutela antecipada (CPC, arts.461 e 273) ou mediante ação cautelar inominada (CPC, art. 796 e ss.), já que o texto obreiro é omissivo a respeito deste tipo de provimento jurisdicional solicitado, sendo certo que não há incompatibilidade da aplicação supletória do direito processual comum.

Todavia, há casos revelados pela prática forense em que o empregado deixa passar o período de garantia no emprego e posula

tão-somente a condenação do empregador a indenizá-lo pelo valor da remuneração correspondente àquele período. Há situações, inclusive, em que o empregador oferece de volta o emprego e o empregado, recusando-se perante o juiz, prefere apenas a indenização do período “estabilitário”.

Em todos esses casos, pensamos ser imprescindível que o empregado tenha ajuizado a ação trabalhista no prazo da garantia provisória no emprego, pois, caso deixe ultrapassar tal prazo e formule pedido único de indenização deverá, a nosso sentir, ter seu pedido julgado improcedente. Afinal, o bem da vida protegido pelo ordenamento jurídico é o emprego, e não a indenização.

Excepcionalmente, no caso de a entrega da prestação jurisdicional efetivar-se depois de decorrido o período “estabilitário” é que se poderá falar em indenização.

Além disso, não se pode olvidar que a conversão da reintegração em indenização constitui poder discricionário do juiz, caso este, diante do caso concreto, verificar que é desaconselhável a reintegração, dada a incompatibilidade entre o empregado e o empregador, a teor do art. 496 da CLT, aplicado analogicamente à espécie.

Como corolário, na hipótese em que a reintegração não for efetivada por inércia do próprio empregado, não há previsão legal, *in casu*, para se condenar o empregador a pagar salário, a título de indenização, sem contar com a contraprestação do serviço. Dito doutro modo, o pedido apenas de indenização referente ao período de “estabilidade” já exaurido sem oportunizar ao empregador o direito de contar com a prestação de serviço configuraria abuso do exercício do direito de ação. Nesse sentido, colecionamos o seguinte verbete do TST:

GESTANTE - DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA - DESCONHECIMENTO DO ESTADO GRAVÍDICO POR PARTE DO EMPREGADOR - ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO - DELONGA INJUSTIFICADA NO AJUIZAMENTO DA AÇÃO - DIREITO APENAS AOS SALÁRIOS DO PERÍODO RESTANTE DA ESTABILIDADE. Configura-se abuso do direito de ação, justificando o deferimento dos salários apenas a partir do seu ajuizamento, quando há delonga injustificada por parte da empregada no ajuizamento da ação, quando o empregador não

tinha conhecimento do estado gravídico. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido para condenar a reclamada a pagar à reclamante apenas os salários do período restante da estabilidade, contados a partir da data do ajuizamento da ação. (TST - RR 650.074/2000.8 - 2ª T. - Rel. p/o Ac. Min. Vantuil Abdala, DJU 15.12.2000).

Recentemente, porém, o próprio TST adotou o seguinte entendimento acerca da garantia provisória no emprego da gestante:

RECURSO DE EMBARGOS. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DEMORA INJUSTIFICADA PARA AJUIZAR AÇÃO BUSCANDO GARANTIA DE EMPREGO, IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR ABUSO DE DIREITO. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Não demonstrado o exercício abusivo do direito, já que sobre isso não há notícia nos autos, configura-se o direito da reclamante à indenização relativa à estabilidade provisória, nos termos como decidido pela col. Turma. A regra legal, contida no art. 10, II, letra b, do ADCT, dispõe que é vedada a despedida da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. O abuso de direito não se presume. Decorre ele da demonstração de que a parte utiliza o controle jurisdicional com o fim de, maliciosamente, retirar da outra parte a possibilidade de reparar, por outro meio, a lesão de direito ou a minorar seus efeitos. A demora injustificada para o ajuizamento da reclamação trabalhista não é motivação excludente da reparação do direito violado. A opção de uma das partes da relação jurídica em conduzir-se contrariamente à ordem jurídica atrai a ilicitude do ato praticado, provocando a lesão a um direito. Na ordem constitucional a finalidade da proteção à maternidade mais se dirige ao nascituro do que propriamente à mãe. Daí, objetivamente, não há que se perquirir culpa. O tempo decorrido entre a dispensa e a propositura da ação não revela abuso. Ao contrário, está a revelar a inércia; a negligência que, ao fim irá desaguar no interesse social da segurança das relações jurídicas, consubstanciada no direito tornado incerto. Para tanto, a prescrição, o que não ocorreu no presente caso. Embargos conhecidos e desprovidos (TST - E-RR 577/2007-049-12-00 - Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJe 19.02.2010).

Esse julgado, como se vê, teve como “pano de fundo” a garantia provisória no emprego da empregada gestante sob o fundamento de que “na ordem constitucional a finalidade da proteção à maternidade mais se dirige ao nascituro do que propriamente à mãe”.

Ocorre que a SBDI-1/TST editou a OJ 399, estendendo a todos os destinatários da garantia provisória no emprego – e não apenas à empregada gestante – o direito de receberem indenização, mesmo quando ajuizarem ação depois de exaurido o período da “estabilidade” provisória. Ei-la:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. (DEJT divulgado em 02, 03 e 04.08.2010). O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estabilitário.

GARANTIA PERMANENTE NO EMPREGO E A CONVENÇÃO 158 DA OIT

A garantia permanente no emprego não se confunde com estabilidade. Embora destinada, em princípio, a todos os empregados, não leva em conta se o empregado esteja, num dado momento, sob o manto de proteção especial contra a dispensa do emprego.

A extensão da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa a todos trabalhadores tem despertado a atenção de quase todos os países do mundo, mormente em função da crise do desemprego que assola inclusive as nações mais desenvolvidas.

Convém lembrar que a própria Organização Internacional do Trabalho editou a Convenção 158, em vigor no plano internacional desde 23/11/85. No Brasil, o Congresso Nacional aprovou, em 16/09/92, o Decreto Legislativo 68, ratificando os termos da referida Convenção, tendo a Missão Permanente do Brasil, em Genebra, feito o respectivo depósito perante a OIT, razão pela qual muitos autores nacionais, entre eles Antônio Álvares da Silva e José Alberto Couto Maciel, já sustentavam que a garantia (permanente) no emprego estaria em vigor,

no nosso país, desde 05/01/96, isto é, um ano após o aludido depósito, independentemente de decreto presidencial.

A par disso, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, editou o Decreto 1.855, de 10/04/96 (DOU de 11/04/96), cujo art. 1º estabelece a aplicação obrigatória da referida Convenção “tão inteiramente como nela se contém”.

No nosso entender, a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho encontrava-se em plena vigência no Brasil desde a publicação do Decreto Presidencial, inexistindo, como advogam alguns, inconstitucionalidade⁸ formal nos diplomas normativos nacionais, uma vez que a Constituição não prevê hierarquia entre Lei Complementar e Tratado.

A grande novidade trazida com a Convenção *sub examen* estaria em que o empregador não deteria mais o “direito potestativo” de rescindir o contrato de trabalho, podendo o empregado pleitear a sua reintegração ao emprego ou optar por perceber indenização compensatória, prevista, provisoriamente, no art. 10 do ADCT, sendo que esta passou a ser devida também quando a causa da dispensa vincular-se à capacidade ou ao comportamento ou a motivo técnico, econômico ou financeiro da empresa.

Com efeito, dispõe o art. 4º da Convenção 158, *in verbis*: “Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”.

É de se lamentar, porém, que o Senhor Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, antes mesmo do pronunciamento do STF (ADIn 1.480-3-DF), editou o Decreto 2.100, de 20/12/96 (DOU de 23/12/96), denunciando a Convenção 158 à OIT. Vale dizer, esse tratado de direitos humanos sociais só vigorou internamente no nosso País por mais um ano após o registro da sua denúncia àquele organismo internacional, o qual se deu em 20/11/96.

Há quem sustente a inconstitucionalidade do decreto de denúncia, vez que é da competência exclusiva do Congresso Nacional

resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (CF, art. 49, I), e não do Presidente da República, isoladamente.

De toda a sorte, o gesto do Governo brasileiro causou indignação no meio jurídico nacional, cabendo aqui lembrar a advertência do jurista Antônio Álvares da Silva feita antes mesmo da publicação do Decreto de denúncia da Convenção 158:

O Brasil, livremente, ratificou um tratado. Submeteu-o à aprovação interna na forma de sua Constituição. Depositou-o no órgão de origem, publicou o decreto promulgador. Agora, contrariamente ao art. 46 do Tratado de Viena e art. 11 da Convenção de Havana, querem subtrair-lhe a validade interna e, o que é pior, com argumentos formais e inconvincentes. Estamos dizendo 'sim' para a sociedade das nações e dizendo 'não' internamente ao que perante eles livremente convenciamos. A dubiedade nunca foi um atributo recomendável nos homens ou nos povos. Ao Supremo Tribunal Federal cabe, mais uma vez, repor o país no leito da História. O Brasil não pode fugir a seus compromissos livremente assumidos na comunidade internacional. É hora de dizermos, perante nós mesmos e perante o mundo, que somos um país sério.⁹

Em suma, segundo o decreto de denúncia, a Convenção 158 deixou de ter vigência no Brasil desde 20/11/97. Cumpre registrar que, ao mesmo tempo em que denunciou a Convenção 158 à OIT, o Sr. Presidente da República submeteu à consulta dos interlocutores sociais anteprojeto de lei complementar, regulamentando o art. 7º, I, da CF.

O anteprojeto incorpora alguns princípios da Convenção 158 da OIT, mas, lamentavelmente, confere ao empregador, e não à Justiça do Trabalho, a faculdade de reintegrar ou indenizar o empregado na hipótese de dispensa arbitrária ou sem justa causa.

É importante assinalar que a ADI 1480 foi arquivada em função da edição do Decreto Presidencial n. 2.100/96, que denunciou a convenção n. 158 da OIT.

O STF, entretanto, está julgando a ADI 1625-3, em que se discute a (in)constitucionalidade do Decreto n. 2.100/96. O relator, ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, julgou integralmente procedente a ação, entendendo que a denúncia feita pelo Presidente da República

(Decreto n. 2.100/96) não pode ser unilateral, devendo, assim como para aprovação de uma convenção, ter a manifestação do Congresso Nacional, pois cabe a este, nos termos do art. 49, I, da CF “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais”. Atualmente, os autos estão com a ministra Ellen Gracie, que pediu vista do caderno processual. Destarte, se for declarado inconstitucional o Decreto 2.100/96, a Convenção 158 da OIT (Decreto Legislativo 68/92 e Decreto 1855/96) volta a vigorar no Brasil, impossibilitando, segundo pensamos, a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

CONCLUSÃO

Além das conclusões tópicas lançadas no desenvolvimento deste artigo, pode-se ponderar que à luz dos diversos princípios, valores e regras da Constituição Federal de 1988 a proteção da relação empregatícia contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa é um direito humano, fundamental e social dos trabalhadores.

Respondendo à pergunta central formulada na introdução, é factível afirmar que o chamado direito potestativo patronal de resilir o contrato de trabalho é incompatível com os princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito e o direito fundamental dos trabalhadores à proteção da relação empregatícia contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Como consequência dessa afirmação, pode-se inferir que qualquer empregado dispensado sem causa fundada em motivos disciplinares ou de ordem técnica, econômica ou financeira, poderá propor ação trabalhista e postular a sua reintegração ao emprego ou o pagamento de indenização compensatória.

Afinal, já dizia o poeta e cantor Gonzaguinha:

*“E sem o seu trabalho
O homem não tem honra
E sem a sua honra
Se morre, se mata...”*

REFERÊNCIAS

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Curitiba, 2000.

_____. **Constituição e direitos sociais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 1997.

_____. **Direito e processo do trabalho na teoria geral do direito**. São Paulo: LTr, 2000.

_____. Garantia no emprego dos representantes dos trabalhadores nas comissões de conciliação prévia. **Repertório IOB jurisprudência**, São Paulo, v. 6, p. 109-110, 2000.

_____. A responsabilidade objetiva pelo fato da gravidez e a ressalva da negociação coletiva: o equívoco da orientação jurisprudencial n. 88 da SDI/TST. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 7-20, 2000.

MAGANO, Octávio Bueno. **Política do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995. v. 2.

MARTINS, Nei Frederico Cano. **Estabilidade provisória no emprego**. São Paulo: LTr, 1995.

SILVA, Antonio Álvares da. **A constitucionalidade da convenção 158 da OIT**. Belo Horizonte: RTM, 1996.

NOTAS

1 Alguns entes públicos da Federação, com base no art. 39 da CF (redação original) instituíram regime jurídico único celetista para os servidores da Administração Direta, Autárquica e Fundacional. O Plenário do STF, no julgamento em sede cautelar, proferido na ADI 2.135-MC, suspendeu a eficácia do *caput* do art. 39 da CF, na redação dada pela EC 19/1998, com efeitos *ex nunc*, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa. Em suma, o regime jurídico único deve ser obrigatoriamente o estatutário, ressalvando-se apenas aqueles casos em que a lei tenha instituído o regime jurídico único celetista.

2 *Política do trabalho*, v. 2, São Paulo: LTr, 1995, p. 21-28.

3 *Estabilidade provisória no emprego*. São Paulo: LTr, 1995, p. 115-133.

4 *Op. cit.*, p. 129.

- 5 Publicada no DOU de 17.04.95.
- 6 *In* DJU de 22.05.92.
- 7 *Op., cit.*, p. 122.
- 8 A matéria está sendo objeto de apreciação pelo Pretório Excelso, através da ADIn 1.480-3-DF, em que figura como requerentes a Confederação Nacional dos Transportes - CNT e outro, e requerido o Presidente da República. Nesta ação, o requerente pleiteia, com pedido de liminar, a declaração de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo 68/92 e do Decreto 1.855/96.
- 9 SILVA, Antonio Álvares da. *A constitucionalidade da convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: RTM, 1996, p. 105-106.

Artigo recebido em: 03/02/2011

Aprovado para publicação em: 24/02/2011