

4. Artigo

Abordagem histórica e teleológica do princípio da continuidade da relação de emprego

Fernando Schnell*

1.1 MAGDA BIAVASCHI CONVERSA COM PLÁ RODRIGUEZ

O presente estudo tem como objeto o princípio da continuidade da relação de emprego – também denominado de *tutela da permanência* pela doutrina –, com enfoque específico no instituto da estabilidade. Primeiramente, faremos uma abordagem geral dos princípios do Direito do Trabalho, direcionando, em seguida, para uma análise mais aprofundada do princípio da continuidade, à luz da obra clássica do mestre uruguaio Américo Plá Rodriguez. Na sequência, uma abordagem histórica do princípio, patrocinada pelo resultado da pesquisa realizada por Magda Barros Biavaschi. No encerramento, sintetizando o material estudado, pretendemos alcançar o sentido teleológico e axiológico do princípio da continuidade.

Antes de adentrar no desenvolvimento da matéria, propriamente dito, necessário que se façam algumas considerações acerca da conceituação de princípios de direito.

Princípios de direito são diretrizes gerais – ideias fundamentais e informadoras – que norteiam o ordenamento jurídico. Magda Barros Biavaschi, em sua obra *O Direito do Trabalho no Brasil – 1930-1942*, sintetiza as melhores definições acerca do tema. Cita o administrativista Celso Antonio Bandeira de Mello, que considera o desrespeito a um princípio de direito como uma infração muito mais grave do que à uma norma isolada, pois estaria sendo violado o ordenamento jurídico como um todo, “por constituir o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua compreensão e inteligência” (BIAVASCHI, 2007, p. 65-7). Acrescenta a lição de Eros Roberto Grau, que, por sua vez, compreende princípios como normas, pois “norma jurídica” seria gênero, do qual pertenceriam as regras e os princípios, como espécies. Na linha de raciocínio de Eros Grau, vale lembrar as noções de Direito Administrativo, em que a violação ao “ordenamento jurídico” (norma jurídica em sentido amplo), englobando “regras” e “princípios”, dá ensejo ao controle judicial da legalidade do ato administrativo¹. Nesse ramo do direito público destaca-se, ainda, o art. 11 da Lei 8.429/92, que considera ato de improbidade aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Magda Biavaschi refere, ainda, a observação de Francesco Carnelutti, segundo o qual os princípios encontram-se dentro do direito escrito tal como o álcool no vinho, são o espírito ou a essência da lei. E complementa a metáfora: um direito sem princípios é como vinho sem álcool – trata-se, portanto, de suco de uva.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, Rio Grande do Sul, 7ª edição do Curso (2008/2009). O autor tem atuação profissional junto ao Tribunal do Trabalho da 4ª Região (assessoria a juízes e desembargadores), trabalhando atualmente no Gabinete da Desembargadora Denise Pacheco.

Nesse sentido, anotações das aulas do saudoso Professor Paulo de Tarso Dresch da Silveira, ministradas no Curso Oficial de Preparação à Magistratura do Trabalho na Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (FEMARGS), no ano de 2000, retirado precocemente do nosso plano pelo trágico acidente ocorrido com o voo JJ 3054 da TAM, no Aeroporto de Congonhas, em 17-7-07.

1.2 PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO. ABORDAGEM ESPECÍFICA

A flexibilização do Direito do Trabalho – por vezes constituindo verdadeira desregulamentação da relação jurídica de emprego –, discutida atualmente em decorrência da globalização da economia mundial, aponta para a crise e o enfraquecimento dos princípios específicos desse ramo jurídico. É de suma importância, portanto, termos bem definidos quais são os princípios informadores do Direito do Trabalho e suas características, como forma de preservação da autonomia do ordenamento juslaboral. Utilizando o critério de Plá Rodriguez (2000, p. 61), em conjunto com os ensinamentos de Carmen Camino (2003, p. 105-8) (para melhor adaptá-los ao direito brasileiro), podemos assim enumerá-los:

- 1) princípio da proteção;
- 2) princípio da irrenunciabilidade dos direitos;
- 3) princípio da continuidade da relação de emprego;
- 4) princípio da primazia da realidade;
- 5) princípio da razoabilidade;
- 6) princípio da boa-fé; e
- 7) princípio da não-discriminação.

1.2.1 Princípio da proteção

O princípio da proteção traduz a razão de ser do Direito do Trabalho, a sua própria *ratio legis*. Enquanto o direito comum preocupa-se com a igualdade jurídica das partes, o laboral objetiva a igualdade substancial, visto que, no plano econômico, os contratantes estão em visível desigualdade. Tratar os desiguais de forma desigual, tutelando o hipossuficiente, revela a ideia de compensação, com os privilégios destinados ao trabalhador no próprio plano formal. Esse princípio, do qual vários outros desdobram-se, podendo-se admitir, inclusive, como sendo subprincípios deste, apresenta três formas de aplicação, em síntese: a regra da interpretação mais favorável, a aplicação da norma mais favorável e a preservação da condição mais benéfica. A primeira, também chamada de *in dubio pro operario*, operacionaliza o princípio quando existem duas interpretações possíveis da mesma norma, optando-se pela mais benéfica ao trabalhador. A segunda forma ocorre quando existem duas normas na regulação do mesmo suporte fático, devendo-se escolher a mais favorável à parte fraca, independentemente da hierarquia das fontes formais do sistema. A última forma observa-se quando um contrato sofre sucessivas modificações ao regular o mesmo instituto, mantendo-se as condições mais benéficas ao hipossuficiente.

1.2.2 Princípio da irrenunciabilidade dos direitos

Relacionado intrinsecamente com o princípio tuitivo, encontramos o princípio da irrenunciabilidade. Esse princípio denota ostensivamente o caráter publicístico do Direito do Trabalho, representando a indisponibilidade como uma garantia social. O ordenamento juslaboral contempla os trabalhadores com um contrato mínimo legal, indisponível, com as normas que tutelam a relação de emprego. A vedação à renúncia deriva da condição do empregado que, pela sua condição frágil e inferior, não teria força para manter todos os seus direitos previstos em lei. A

renúncia traz a ideia de ato voluntário, que é tolhido do prestador de serviço, pois presume-se que esse “querer” voluntário é ato coagido, diante da desigualdade substancial. As normas que consagram a indisponibilidade de direitos são os arts. 9º e 468 da CLT. Porém, como se verá adiante, os trabalhadores poderão dispor de seus direitos no plano da negociação coletiva, quando estão em suposta igualdade de forças com os empregadores.

1.2.3 Princípio da continuidade da relação de emprego

O princípio da continuidade da relação de emprego, por ser o objeto do presente estudo, será examinado de maneira mais aprofundada nos próximos tópicos.

1.2.4 Princípio da primazia da realidade

O princípio da primazia da realidade também vem para resguardar a parte hipossuficiente na relação de emprego. Ao contrário da maioria das áreas do direito, a trabalhista não ressalta a importância de formalidades nas suas relações. Pelo contrário, valoriza a realidade fática em detrimento da documental. É o que se vê na consensualidade do contrato de trabalho expressa no art. 442 da CLT. Prima-se pelo conteúdo e não pela forma. Por estar em consonância com o princípio da proteção, deve ser aplicado, tão-somente, em prol do trabalhador; em favor do empregador existem todas as presunções emergentes dos meios de prova documental que o mesmo detém. O autor ressalta que este princípio fundamenta-se na boa-fé, porque a verdade está na realidade concreta, enquanto a realidade documentada estabelece mera presunção de verdade. Percebe-se aqui, claramente, a tentativa de se corrigir as desigualdades, nesse tópico referente ao monopólio do empregador em registrar a relação entre as partes. Admite-se qualquer meio idôneo para o trabalhador provar suas alegações. Plá Rodriguez enumera vários exemplos acerca da aplicação do princípio da primazia da realidade, dentre eles: predomínio das funções e não da denominação; unicidade contratual, ainda que existam múltiplos contratos sucessivos; continuação de serviços após a despedida, com a identificação do contrato de trabalho como contrato-realidade; ausência de valor da renúncia contida em documento; conglomerado econômico, para evitar que a diversidade de pessoas jurídicas da relação empregatícia constitua óbice aos direitos do empregado. Com a longa exemplificação, o autor demonstra a vasta e inequívoca utilização do princípio na jurisprudência de seu país.

1.2.5 Princípio da razoabilidade

Em face de todo o sistema de princípios expostos até aqui, surge um que atua como um verdadeiro abalizador: o princípio da razoabilidade. Ele sinaliza até onde vai o alcance do caráter protetivo, atuando como um contrapeso para que não se distorça o objetivo do Direito do Trabalho. Deve-se buscar a igualdade substancial, como já foi dito, mas sem incorrer no grave erro de se ultrapassar essa igualdade obtida graças ao tratamento desigual, tecnicamente operacionado pelo ordenamento juslaboral. É um princípio que tem mais a função interpretadora do que informadora. Considerado uma espécie de freio àquelas normas em que não é possível prescrever os limites, em qualquer sentido que seja e pela infinidade de circunstâncias possíveis, a razoabilidade não é exclusiva do ordenamento trabalhista. Está presente em outros campos do direito, como o constitucional (limitações ao princípio da igualdade), o penal (meio empregado para a legítima defesa) e o civil (conceito de ‘bom pai de família’). A aplicação desse princípio está na possibilidade

de se medir a verossimilhança de determinada explicação ou solução e na delimitação de certas faculdades do empregador, o *jus variandi*. Encontramos, como exemplos do seu alcance: a contratação mediata, com intermediários para a fraude aos preceitos legais; a contratação autônoma, no mesmo intuito do anterior, com a análise do aspecto excepcional em relação à atividade da empresa; e na apreciação da notória má conduta, para a qualificação da gravidade. O princípio da razoabilidade tem aplicação inesgotável por ser muito elástico e, de certo modo, subjetivo.

1.2.6 Princípio da boa-fé

O próximo princípio a ser estudado desperta grande polêmica entre os doutrinadores quanto ao seu significado: o princípio da boa-fé. Alguns o entendem como sinônimo de princípio do rendimento, que entrelaça os objetivos econômicos e trabalhistas, com o predomínio do primeiro. Visando o engrandecimento do Estado, impulsionaria a produção e o progresso nacional. Propõe a parceria entre empregados e empregadores, com o fim da luta operária, havendo colaboração entre ambos para o aumento da produtividade. Impugna-se esse entendimento, pois é perigoso e maléfico ao ideário do Direito do Trabalho. A boa-fé deve ser entendida como a premissa de que o empregado deve cumprir todas as obrigações contratuais estabelecidas, resultando daí o consequente rendimento almejado. Em contrapartida, o empregador também é alvo desse princípio, devendo cumprir, da mesma forma, suas obrigações. A inexecução faltosa do contrato, por ambas as partes, também consubstancia ofensa aos princípios. Deve reger as relações de emprego a boa-fé-lealdade, que se refere a um comportamento esperado, e não a boa-fé-crença, pertinente a simples convicções. No tocante à questão da greve, não deve a mesma ser analisada à luz desse princípio, pois estabelece um meio de luta, com a adoção de medidas para prejudicar a outra parte.

1.2.7 Princípio da não-discriminação

Por fim, o princípio da não-discriminação diz respeito à exclusão de todas as diferenciações que colocariam um trabalhador em situação desfavorável, ou em inferioridade, em relação ao coletivo, sem razão válida ou legítima. Tal princípio não se confunde com o princípio da igualdade, não acolhido pelo doutrinador em exame, porque traz a ideia de equiparação, sendo fonte de conflitos, o que descaracteriza a finalidade das normas trabalhistas, de tutela mínima. Plá Rodriguez destaca que o princípio da não-discriminação possui especial relevância no âmbito da integração regional do MERCOSUL, pois a livre circulação de trabalhadores pressupõe a não-diferenciação salarial entre nacionais e estrangeiros pertencentes ao bloco econômico.

1.2.8 Outros princípios e a prevalência do princípio da proteção

Outros princípios podem ser propostos, como Américo Plá Rodriguez dispõe no final de sua obra, arrematando que se limitou à análise daqueles considerados fundamentais. O doutrinador uruguaio cita, ainda, o *princípio da alienidade dos riscos*, caracterizado pela não-assunção dos riscos do empreendimento econômico pelo trabalhador, em que este permanece credor de salário enquanto estiver à disposição do empregador, mas que não é acolhido por inexistir consenso doutrinário e jurisprudencial. Conforme já exposto no item precedente, Plá Rodriguez também não integra o *princípio da igualdade* no rol dos princípios justralhistas.

Remetendo-se ao exposto nas primeiras linhas deste tópico (2 *Princípios de Direito do Trabalho. Abordagem Específica*), podemos destacar o princípio da autodeterminação coletiva proposto por alguns autores. A flexibilização do Direito do Trabalho tem íntima relação com a negociação coletiva, pois abre-se maior caminho para a atuação desta. Contudo, é de suma importância que se coloque a problemática dessa questão. Os direitos transacionados pelas entidades coletivas devem ficar restritos às expressas previsões legais, não se admitindo a mera renúncia a direitos com a chancela sindical obreira, ou seja, o desprendimento de direitos sem a contrapartida da parte contrária. A flexibilização dos direitos pela autonomia coletiva está disposto no art. 7º, incisos VI, XIII e XIV da Constituição Federal e no art. 462 da CLT. Além disso, se por um lado há o fortalecimento de alguns trabalhadores, mediante atuação de fortes sindicatos, há aqueles trabalhadores que não tem a mesma sorte quanto à questão associativa, encontrando-se escancaradamente desamparados. Por esse motivo, o princípio da proteção deverá sempre prevalecer sobre todo o ordenamento juslaboral, assumindo seu verdadeiro papel de alicerce dessa área jurídica.

1.3 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO E ESTABILIDADE

1.3.1 Definição genérica

O princípio da continuidade é o reflexo do duplo objeto do contrato de trabalho: a força de trabalho e o salário, respectivamente prestações principais do empregado e do empregador. A dependência de que a relação de emprego seja perene, pois trata-se de contrato de trato sucessivo, é recíproca entre os sujeitos contratantes. É o que preleciona Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, ao cunhar sua célebre expressão "atividade expectada", sob o enfoque objetivo da subordinação jurídica inerente à relação de emprego:

O encontro de energias, a do trabalhador e a dos demais elementos componentes da empresa em sua dinâmica, assim como a garantia desse encontro é que formam o ponto de interseção entre o mundo livre, da *atividade incondicionada, autônoma*, e o mundo da *subordinação, da atividade vinculada e/ou expectada*, que garante o regular e contínuo funcionamento de uma empresa (1999, p. 472).

A continuidade da relação empregatícia está consubstanciada nas seguintes ideias: a regra geral é a do contrato a prazo indeterminado, exigindo-se o cumprimento de formalidades no caso contrário (e.g., art. 443 da CLT e Lei 6.019/74); salvo razões ponderáveis, a denúncia vazia do contrato é uma anomalia (art. 7º, I, da Constituição Federal); a alteração na estrutura jurídica ou na propriedade da empresa não afeta os contratos de trabalho em curso, servindo de base teórica à sucessão de empregadores (arts. 10 e 448 da CLT).

1.3.2 A abordagem de Américo Plá Rodriguez

Américo Plá Rodriguez (2000), em sua obra clássica sobre a base principiológica do ramo juslaboral, destaca, como fundamento do princípio da continuidade da relação de emprego, a própria finalidade do Direito do Trabalho: não se conforma apenas com o presente do trabalhador,

mas também com seu futuro, na lição de Bismarck, que tanto se preocupou com as questões relativas à Seguridade Social. O desejo de segurança, ínsito ao homem contemporâneo, e a sensação de tranquilidade gerada pela conservação da fonte de trabalho contrapõe-se ao perigo da instabilidade, sinônimo de insegurança. Citando a doutrina mexicana, o autor refere que a segurança gerada ao trabalhador pela estabilidade no emprego é *"fonte da alegria e do amor pelo trabalho; não é possível exigir dos homens dedicação e esforço em suas atividades, quando a intranqüilidade domina suas consciências"*¹. Cita, ainda, Horacio Schick, em trecho que merece destaque:

A maioria das pessoas se vale de sua força de trabalho para participar do sistema produtor de bens e serviços e receber, como contraprestação, o necessário para seu sustento e realização pessoal. **Se não fosse protegida sua permanência, o trabalhador poderia ser, às vezes, privado, de um dia para outro, de sua renda alimentar, que em período de crise comprometeria sua realização como ser humano** (SCHICK, 1991, apud PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 241-2, grifo nosso).

Plá Rodriguez acrescenta, com base na doutrina argentina, que a tutela da permanência é uma das expressões máximas do princípio da proteção, resultando na origem da autotutela (e.g., exercício do direito de greve) e da real compensação das desigualdades. Refere, ainda, a forte atuação, no contrato de trabalho, do princípio geral do direito contratual de conservação do negócio, como forma de expressão da tendência atual do Direito do Trabalho em assegurar à relação de emprego a maior duração possível. No ordenamento jurídico pátrio, o princípio geral de conservação dos contratos revela-se, por exemplo, no art. 479 de nosso Código Civil – "A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato" – no âmbito das disposições acerca da resolução contratual por onerosidade excessiva.

O autor uruguaio destaca que alguns doutrinadores consideram o princípio da continuidade como uma derivação do princípio da proteção, pela aplicação, em especial, da regra da condição mais benéfica. Contudo, refuta tal assertiva, diante do conteúdo e fontes específicas da tutela da permanência preconizada pelo princípio em tela, considerando como princípio geral independente do Direito do Trabalho, diante de seu valor social e trabalhista inestimável.

Em relação ao alcance do princípio da continuidade da relação de emprego, a obra em análise sistematiza a matéria da seguinte forma:

- a) preferência pelos contratos de duração indefinida;
- b) amplitude para a admissão das transformações do contrato;
- c) viabilidade da manutenção do contrato, apesar dos inadimplementos e nulidades;
- d) resistência em admitir a rescisão do contrato exclusivamente pela vontade patronal;
- e) interpretação das interrupções dos contratos como simples suspensões;
- f) prorrogação do contrato em casos de substituição do empregador.

¹ BLANCO, González citado por FLORES, 1962, apud PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 240.

Como o presente estudo está focado na estabilidade do emprego, examinaremos com maior profundidade o quarto tópico acima referido: a resistência do ordenamento juslaboral em admitir a ruptura do contrato de trabalho exclusivamente pela vontade patronal, ou seja, pela dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado.

Plá Rodriguez inicia a abordagem do tema ponderando que a estabilidade no emprego talvez represente a principal expressão do princípio da continuidade. Salientando o reconhecimento geral do princípio, obtido na III Conferência Regional Americana da Organização Internacional do Trabalho (OIT), realizada em 1946, no México, expõe o conceito de estabilidade no emprego: "significa a proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária, o que implica que um trabalhador tenha o direito de conservar seu emprego durante toda sua vida de trabalho, sem que dele possa ser privado, a menos que exista uma causa que justifique a despedida". Nesse sentido, orientam as regras da Convenção 158 da OIT, "desratificada" pelo Brasil (ou seja, ratificada em 05-01-95 pelo governo brasileiro, passando a vigorar a partir de 05-01-96, e denunciada em 20-11-96). Acrescenta que a ruptura do vínculo laboral representa uma "anomalia jurídica", nas palavras de Almansa Pastor, sendo a estabilidade um princípio-chave do Direito do Trabalho. Aponta a continuidade e permanência do trabalhador no emprego como uma tendência natural do processo produtivo, enquanto houver capacidade profissional e possibilidade mínima de prosseguimento da atividade empresarial.

Quanto à classificação das estabilidades, é proposta a seguinte divisão: a) limitações trabalhistas impróprias e b) estabilidade, propriamente dita, em sentido amplo, subdividida em estabilidade absoluta e relativa, subdividida esta última, ainda, em própria e imprópria.

Nas **limitações trabalhistas impróprias**, assim denominadas por Martins Catharino, não há proibição de despedida, mas é imposta uma sanção ao ato patronal, tornando-o mais oneroso economicamente. Dentre essas medidas, encontram-se a obrigação de aviso-prévio, a indenização por despedida arbitrária (tarifada em função da antiguidade) e perdas e danos decorrentes de despedida abusiva. Elas serão mais ou menos eficazes em função da onerosidade econômica imposta ao empregador, representando um estímulo negativo à ruptura contratual. Trata-se, portanto, de um sistema de freios econômicos, e não jurídicos.

A **estabilidade, em sentido amplo**, parte da noção geral de proibição do ato de dispensa do empregado sem justificativa, devendo ser assegurado o emprego enquanto subsistir a empresa, calcada na ideia de incorporação da força de trabalho ao empreendimento econômico, projetada para o futuro. Assim, a **estabilidade absoluta** prevê a reintegração efetiva do trabalhador ao emprego, encontrando, porém, dificuldades práticas na execução específica dessa obrigação de fazer, pois em muitos casos há contato direto entre empregado e empregador, o que sofre atenuação conforme o tamanho e dimensão maiores da empresa.

Diante das dificuldades práticas apresentadas pela reintegração efetiva, surgiram soluções mais atentas à realidade e dinâmica contratuais, assim conhecidas como **estabilidade relativa própria**. Tal forma de estabilidade reputa nulo o ato patronal da despedida, considerando, ainda que fictamente, que o empregado continua trabalhando na empresa e, conseqüentemente, conserva o direito à percepção salarial. Uma das formas de sua aplicação é a submissão da justa causa alegada pelo empregador para a ruptura contratual à apreciação de um órgão judicial ou administrativo, o que não ocorre no ordenamento jurídico-trabalhista pátrio, que outorga ao empregador a prerrogativa do despedimento por ato faltoso do trabalhador, que apenas pode ser questionado – e eventualmente desconstituído – em juízo, pelo empregado.

Outra medida de aplicação da estabilidade relativa própria é a ação de reintegração ao emprego do trabalhador injustamente despedido. A doutrina entende, majoritariamente, que a obrigação de reintegrar não é uma obrigação de fazer, pois a sentença que a determina não é, propriamente, condenatória, mas declaratória. O pronunciamento judicial reconhece, tão-somente, a nulidade da despedida imotivada e declara que o contrato de trabalho continua produzindo seus efeitos, dentre os quais encontra-se a obrigação principal do empregador – pagar salário – que é obrigação de dar. O direito de cobrança da remuneração do período de afastamento indevido é gerado pelo restabelecimento do vínculo empregatício, e não pela sentença. Como forma de obter a efetiva reintegração – porque não basta ao trabalhador o direito aos salários, mas também o direito social ao trabalho, na concretização máxima do instituto da estabilidade, que busca a “conservação efetiva do emprego” – Plá Rodriguez enumera as seguintes medidas: a) regime de *astreintes*; b) ação de perdas e danos e c) invocação de despedida indireta pelo trabalhador. Tais medidas pretendem, de modo indireto, obter, forçosamente, a vontade do empregador na reintegração. Contudo, estão condicionadas à intensidade do fenômeno da despersonalização do empregador (a), à comprovação de prejuízos concretos ao empregado (b) e à conveniência do trabalhador na resolução unilateral indireta do contrato (c). A reintegração é, juridicamente, obrigatória, não sendo facultativa a conversão em indenização pecuniária. Contudo, pelas dificuldades práticas, pode tornar-se inviável, o que, após o insucesso dos meios coercitivos adotados, se resolverá, inexoravelmente, em perdas e danos.

Sob a denominação de **estabilidade relativa imprópria**, Plá Rodriguez classifica aquelas *limitações trabalhistas impróprias* já identificadas por Martins Catharino. Acrescenta que há discussão na doutrina quanto à consideração dessas medidas como forma de estabilidade, dependendo sua eficácia do montante tarifado em lei para a indenização. Cita Deveali, para quem tais medidas apenas constituem regime de estabilidade se a quantia fixada for equivalente à totalidade dos salários devidos ao trabalhador até que logre sua aposentadoria. O autor em exame, contudo, prefere integrar a estabilidade relativa imprópria no regime geral das estabilidades, diante da relatividade de conceitos e da dificuldade na fixação do valor necessário para que tais medidas sejam enquadradas como estabilidade imprópria ou não.

Américo Plá Rodriguez conclui, assim, suas considerações sobre a estabilidade e o princípio da continuidade. Destaca, por fim, o reconhecimento, pela jurisprudência de seu país, do cabimento jurídico da ação relativa à responsabilidade por perdas e danos para os casos de despedida abusiva, assim considerada aquela revestida de certo grau de ilicitude na conduta do empregador nos atos referentes à dispensa do empregado.

1.3.3 Os casos históricos de Magda Biavaschi

Magda Barros Biavaschi, raro exemplar de uma das melhores safras de juristas trabalhistas do Rio Grande do Sul, de espírito “aguerrido e bravo” e sempre fiel aos seus princípios e ideais, após extensa pesquisa histórica mapeou a construção do Direito do Trabalho em nosso país. Traz em sua obra *O Direito do Trabalho no Brasil – 1930-1942* (BIAVASCHI, 2007) uma análise profunda das fontes materiais desse ramo especializado do direito, destacando-se o exame de processos judiciais das antigas Juntas de Conciliação e Julgamento. Dentre os processos examinados pela Professora Magda, em especial quatro deles referem-se ao princípio da continuidade da relação de emprego, razão pela qual são trazidos a este estudo, para “conversar” com Plá Rodriguez, formando um panorama histórico-jurisprudencial para complementar as lições doutrinárias do mestre uruguaio.

O primeiro processo é de Porto Alegre, tendo como partes Álvaro Dias (autor) e Walter Gerdau (réu), ajuizado em 20-01-1937. Trata-se de uma reclamatória trabalhista movida por um marceneiro estável, à época, dispensado abruptamente, que pretendia de seu empregador uma justificativa para o ato da ruptura contratual ou, não fazendo, fosse condenado ao pagamento da indenização prevista na Lei 62/35. A sentença, adotando a tese da ultrapetição – hoje elevada a princípio do Direito Processual do Trabalho por alguns doutrinadores –, determinou a reintegração do marceneiro ao emprego, com base na lei invocada na petição inicial, que contemplava o princípio da continuidade da relação empregatícia. Vale transcrever os dispositivos legais que embasaram a decisão, integrantes do anexo da obra em exame:

Lei 62, de 05-6-1935:

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 anos de serviço effectivo 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 (*cuja redação foi praticamente reproduzida no art. 482 da CLT*).

Art. 13 O empregado que for acusado de falta grave poderá ser suspenso, até decisão final do processo de investigação.

Paraphrased único. Provada a inexistência de falta grave, o empregado readmitido receberá integralmente os vencimentos e vantagens a que teria direito se não houvesse sido suspenso.

O segundo processo é de São Jerônimo, tendo como partes Elpídio Soares (autor) e David Rosemlit (réu), ajuizado em 04-12-1940, em petição apresentada pelo próprio trabalhador, no exercício de seu *jus postulandi*. O autor alega que trabalhava na empresa desde 03-01-1926, na função de aplainador, na qual sofreu um acidente do trabalho, ficando com um dedo defeituoso. Diz que em 23-10-1940 foi despedido sumariamente, motivo pelo qual pretende sua reintegração, com fundamento na Lei 62/35. O réu ajuizou inquérito administrativo em 07-02-1941, alegando abandono de emprego, diante de 39 dias seguidos de faltas ao serviço. Os fatos apurados no processo levaram à improcedência do inquérito, pois o autor havia faltado por motivo de doença, uma vez que houve determinação para que retornasse ao trabalho na máquina que o havia mutilado, da qual tinha "ojeriza". Houve relato, por testemunha, de perseguição aos empregados estáveis na empresa. Magda Biavaschi, em seus comentários, ressalta a aplicação do princípio da continuidade nesse caso concreto, segundo o qual "a relação de emprego não se esgota com a realização instantânea de um determinado ato, pressupondo um vínculo que se projeta no tempo, sucessivamente. Daí resulta que o contrato a prazo indeterminado é a regra; os demais são exceções. O princípio atribui à relação de emprego caráter de continuidade e ampla duração".

O terceiro processo também é de São Jerônimo, tendo como partes Sindicato dos Mineiros e Classes Anexas do Município de São Jerônimo (autor), em nome de seu associado Olmiro Marques, e Cia. Estadual de Ferro e Minas de São Jerônimo (réu), ajuizado em 26-01-1940. O pleito gira em torno da reintegração, com fundamento na Lei 62/35, por ser empregado estável, com mais de dez anos de serviço. Conforme os dados apurados, ao longo do processo o trabalhador foi à Cia. de Ferro e Minas "implorar serviço" e fez um acordo, que resultou no retorno ao serviço, na desistência

do processo e no não-pagamento dos salários do período de afastamento, do qual tinha direito. Apesar do vício de consentimento, trazido à tona graças a um despacho do Assessor Jurídico do Conselho Nacional do Trabalho, vinculado ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, Arnaldo Sússekind, o processo foi arquivado, por perda de objeto, sem que fosse examinada a indisponibilidade de direitos assegurados por normas de ordem pública. O processo em exame deixa evidenciado o caráter alimentar do crédito trabalhista e a vulnerabilidade do empregado, diante de sua premente necessidade de sobrevivência, e de sua família, conduzindo ao imediato restabelecimento do vínculo empregatício – continuidade da relação de emprego – antes mesmo de seu processo ser decidido e sem o pagamento de seus haveres trabalhistas.

O último processo relativo ao tema da continuidade mais uma vez é de São Jerônimo, tendo como partes Alcides Antônio dos Passos (autor) e Cia. Carbonífera Riograndense (réu), ajuizado em 13-8-1941. Versa sobre despedida abusiva, com pedido de indenização e aviso-prévio, envolvendo períodos descontínuos de trabalho. A ação foi julgada improcedente, pela “condenação moral” da prática de jogos de azar, adotada pelo trabalhador. O que deve ser destacado neste processo, submetido à análise do advogado Victor Douglas Nunes, são suas observações: “O que os homens de Getúlio tinham em comum era terem exercido liderança sindical direta ou então de acompanhamento aos sindicatos. (...) Naquele momento, levantaram, formularam as coisas e lançaram para o futuro. Isso tem valor”.

Para concluir esse tópico, nada melhor do que as palavras de Magda Biavaschi – afinal, é o que faz a diferença entre o vinho e o suco de uva, referido lá na introdução deste capítulo:

Esses princípios (*do Direito do Trabalho*), antes mesmo da CLT e da Justiça do Trabalho, fundamentavam boa parte das decisões proferidas pelas antigas Juntas de Conciliação e Julgamento e pelos Conselhos do Trabalho às reclamações em que trabalhadores, pessoalmente ou por seus sindicatos, postulavam “Justiça”, como se buscará demonstrar no capítulo seguinte. Também os invocavam pareceres exarados por grandes juristas, como *Oliveira Viana*, *Joaquim Pimenta*, *Oscar Saraiva*, *Helvécio Xavier Lopes* e, pouco mais tarde, Arnaldo Sússekind, nas reclamações que chegavam ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, em especial pela via da “Avocatória”. Verdadeiras aulas-fonte de um Direito em construção. Nesses pleitos estampavam-se o anseio e a esperança de estabilidade. É que, se com a abolição da escravatura, introduzira-se a tutela ao direito de ir embora, naquele momento, em especial com a recente Lei n. 62/35, introduzia-se a tutela ao direito de ficar, de pertencer. Construções relacionadas com o direito de ir e vir e com a concretização dos princípios da continuidade da relação de emprego e da dignidade humana, pontos de partida e fundamentos desse novo Direito (BIAVASCHI, 2007, p. 67-8).

1.4 SENTIDO TELEOLÓGICO E AXIOLÓGICO DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE

Para se ter uma noção da relevância do tema, seguem as palavras de Martins Catharino:

A estabilidade é, no plano das relações individuais de trabalho, o mais característico instituto do Direito do Trabalho. Favorece a segurança econômica do empregado, facilitando sua liberdade real, ao tempo em que cobre a licenciosidade do empregador (CATHARINO, 1965, p. 422).

Nas leituras realizadas para a elaboração deste estudo, encontramos vários autores que convergiam suas ideias na mesma direção: a tutela da permanência do trabalhador no emprego está diretamente vinculada ao fim pretendido pelo Direito do Trabalho, qual seja, a melhoria das condições de vida do trabalhador na sociedade capitalista. No discurso realizado na abertura da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, o Ministro do TST (aposentado) e advogado José Luciano de Castilho Pereira afirmou que “mais do que nunca, é fundamental vincular o Direito do Trabalho aos Direitos Humanos, como está na própria origem desse Direito, que surgiu para humanizar o capitalismo”². Nessa mesma Jornada, promovida em conjunto pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), Tribunal Superior do Trabalho (TST) e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMATRA), com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e do Ministério Público do Trabalho (MPT), foram aprovados, em 23-11-2007, 79 enunciados, dentre os quais, os dois primeiros merecem transcrição:

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO. Os direitos fundamentais devem ser interpretados e aplicados de maneira a preservar a integridade sistêmica da Constituição, a estabilizar as relações sociais e, acima de tudo, a oferecer a devida tutela ao titular do direito fundamental. No Direito do Trabalho, deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS – FORÇA NORMATIVA.

I – ART. 7º, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EFICÁCIA PLENA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVER DE PROTEÇÃO. A omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantindo aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária.

II – DISPENSA ABUSIVA DO EMPREGADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. NULIDADE. Ainda que o empregado não seja estável, deve ser declarada abusiva e, portanto, nula a sua dispensa quando implique a violação de algum direito fundamental, devendo ser assegurada prioritariamente a reintegração do trabalhador.

III – LESÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. ÔNUS DA PROVA. Quando há alegação de que ato ou prática empresarial disfarça uma conduta lesiva a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais, incumbe ao empregador o ônus de provar que agiu sob motivação lícita³.

Como se vê, as conclusões da Jornada estão fortemente marcadas pelo princípio da continuidade, amparadas na doutrina que admite a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tornando efetivo o Estado Social adotado pelo constituinte originário de 1988. Esperamos que, na prática, tais conclusões traduzam-se como verdadeiras *orientações* aos operadores do direito, pois muitos deles parecem ainda estar dormindo na frente da Constituição Federal e de seu real alcance social.

² disponível em: <<http://ww1.anamatra.org.br/>>. Acesso em 10-7-2008.

³ disponível em: <<http://ww1.anamatra.org.br/>>. Acesso em 10-7-2008.

Portanto, às vésperas do vigésimo terceiro aniversário da Constituição Federal, a ser comemorado em 05-10-2011, olhamos para trás e enxergamos, naqueles antigos processos, fundamentados na Lei 62, de 05-6-1935, o mesmo clamor dos atuais trabalhadores pelo direito à estabilidade no emprego, como um resultado natural do equilíbrio de forças no capitalismo. Infelizmente, observa-se um grande retrocesso, pois aqueles trabalhadores do século passado desfrutavam da estabilidade decenal, o que foi trocado pelos 40% do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que resulta em parca indenização compensatória, que nada compensa.

REFERÊNCIAS

- BIAVASCHI, Magda Barros. *O direito do trabalho no Brasil – 1930-1942: a construção do sujeito de direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr: JUTRA, 2007.
- CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- CATHARINO, José Martins. *Contrato de emprêgo*. 2. ed. Guanabara: Edições Trabalhistas, 1965.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução Wagner D. Giglio. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: LTr, 1999.