

A GARANTIA CONTRA DISPENSA ARBITRÁRIA COMO CONDIÇÃO DE EFICÁCIA DA PRESCRIÇÃO NO CURSO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Jorge Luiz Souto Maior

Juiz do Trabalho Titular da 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí – SP
Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP

Valdete Souto Severo

Juiza do Trabalho Substituta do TRT da 4ª Região – RS
Professora de Direito do Trabalho na FEMARGS
Mestranda em Direitos Fundamentais pela PUCRS

O título desse ensaio já revela a proposta que ele contém e que, no fundo, não é nada além do que a mera interpretação sistemática do texto constitucional vigente, com o propósito de resgatar a autoridade plena da ordem jurídica que, a duras penas, se instaurou em 1988 no Brasil.

A relação de emprego, que já então – e desde há muito – figurava no centro das relações sociais, teve reconhecida sua importância e, juntamente com os demais direitos considerados fundamentais, passou a figurar em lugar privilegiado na ordem de valores, princípios e regras da nova era democrática que se desenhava. Não por acaso, a Constituição Federal de 1988 inicia afirmando que o valor social do trabalho e a proteção da dignidade da pessoa humana constituem fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º).

O valor social que o trabalho humano remunerado adquire, na ordem capitalista de produção, decorre da circunstância de que no mundo contemporâneo vivemos *enquanto* trabalhamos. É no ambiente de trabalho que fazemos amizades, construímos e executamos projetos, intervimos em nossa comunidade, *somos*. Pois bem. Reconhecendo essa realidade e a circunstância objetiva de que em um sistema capitalista de produção a necessidade de venda da força de trabalho como condição para a sobrevivência física, emocional e mental torna a relação de trabalho algo intrinsecamente desigual e perverso, o constituinte originário resolveu reconhecer uma série concatenada de direitos trabalhistas. Direitos que estão nos artigos 7º a 11º do texto constitucional.

No art. 7º reconhecemos uma ordem de princípios e regras sem os quais não é possível pensar em um sistema capitalista de produção que continue se desenvolvendo. Uma ordem que, portanto, só pode ser compreendida como tal. Por isso, quando da redação dos incisos que compõem esse dispositivo, houve tamanha discussão no âmbito da assembléia nacional constituinte, com pressões dos diferentes grupos políticos, que culminaram na negociação de um projeto de Estado Democrático em

que, garantida a proteção contra a dispensa, houvesse um prazo razoável para a proposição de demandas que pretendessem a intromissão do Estado-Juiz nas relações entre capital e trabalho.

E, então, já no inciso I, após várias propostas e alterações de redação, resolveu-se por fim garantir a todos os trabalhadores brasileiros “*I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos*”.

A proteção contra a dispensa não motivada está, pois, em primeiro lugar na ordem dos direitos fundamentais trabalhistas. A redação do art. 7º, da Constituição, não deixa dúvida de que o constituinte originário optou por extirpar do nosso ordenamento o malsinado direito potestativo de rescisão contratual. Nesse sentido é o posicionamento de Carlos Alberto Chiarelli, que, na qualidade de constituinte, tem lugar privilegiado de fala acerca das garantias contidas no texto constitucional vigente¹. Pois bem, seguindo uma ordem lógica de direitos, o já referido artigo 7º chega, ao final, ao direito de ação². Quando garante o direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, o art. 7º o faz impondo uma restrição, qual seja, a de que a ação “quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho” observe o “*prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho*”.

Esses dois dispositivos não podem ser examinados separadamente, portanto.

É no texto constitucional que encontramos a *razão de ser* do sistema jurídico adotado. A Constituição qualifica-se, desse modo, como um pacto social no qual estabelecemos circunstâncias inaceitáveis, ideais a serem perseguidos e o conjunto de parâmetros que entendemos indispensável para a construção da sociedade que almejamos³. Quando olhamos para esse pacto social, devemos necessariamente enxergar uma única carta de intenções e ações desejáveis, nas quais a prescrição só se justifica, como restrição do direito fundamental de ação, na medida em que houver efetiva garantia contra a dispensa não motivada⁴.

¹ Carlos Alberto Chiarelli refere que em momento algum se optou pela estabilidade, ou seja, pela garantia de que a dispensa estivesse condicionada a um processo judicial de reconhecimento de falta grave, mas houve a clara fixação de um dever de motivar. Conclui que “o que a Constituição está a dizer é que: a) não se permite a despedida injustificada por ato patronal” (CHIARELLI, Carlos Alberto. *Trabalho na Constituição. Direito Individual*. São Paulo: LTr, 1989, p. 37).

² Melhor conceituado como direito de petição, ou seja, a possibilidade de exigir do Estado-Juiz que interfira no patrimônio de um devedor, para garantir a satisfação de determinado direito, que declare a existência ou não de certa relação jurídica ou mesmo que a constitua.

³ No caso brasileiro, uma sociedade mais “livre, justa e solidária”.

⁴ Trata-se de chamada interpretação hierárquica, em que os valores assumem posição privilegiada, e devem contaminar um olhar do jurista, que seja comprometido com o conjunto, com aquilo que pretendemos criar enquanto sociedade organizada. Interpretar hierarquizando implica buscar a harmonia do sistema, sem descuidar as consequências práticas de determinada opção, quando do exame do caso concreto. Nesse sentido, Juarez Freitas escreve que devemos compreender que sempre hierarquizamos, mesmo quando negamos função integrativa aos valores contidos em nosso ordenamento jurídico. O controle das decisões, a partir desse metacritério, passa, pois, por verificar, no caso concreto, se a hierarquização atende ou não à ordem constitucional vigente. (FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 136).

Não se pode ler a Constituição e querer ver nela um instrumento legitimador das práticas lesivas ao patrimônio jurídico dos trabalhadores, como se a Constituição fosse uma arma a favor dos descumpridores da legislação trabalhista. A prescrição não é um direito daquele que desrespeita a ordem jurídica. A prescrição é uma restrição ao direito de ação e só se justifica – de forma amplamente excepcional – dentro de um contexto em que a própria ordem jurídica não seja posta em risco.

A leitura sistemática do art. 7º da Constituição Federal revela que existe, desde 1988, garantia de relação de emprego protegida *contra* despedida arbitrária ou sem justa causa, competindo ao intérprete constitucional valer-se das regras ordinárias para atender a essa premissa que está na base da ideia mesma de proteção ao trabalho humano, valorizando-o socialmente. Além disso, a partir do momento em que a nova ordem constitucional garante proteção efetiva *contra* despedida arbitrária ou sem justa causa, é razoável que durante a execução do vínculo haja um prazo para que a parte exerça suas pretensões, a fim de que seja resguardada a paz social, principal argumento para a existência do instituto da prescrição.

Ocorre que a jurisprudência dominante, e bem assim a maior parte da doutrina, vêm negando eficácia plena e imediata ao inciso I do art. 7º da Constituição. Reconhece-se um suposto direito absoluto do empregador, de pôr fim ao vínculo de emprego, sem sequer informar o motivo de seu ato. Ainda assim, reconhece-se igualmente o instituto da prescrição, aplicando-o inclusive em relação aos créditos vencidos e exigíveis durante a prestação do trabalho (prescrição parcial no curso do contrato).

Mas, se o empregador tivesse o direito de extinguir o vínculo de emprego quando quisesse, sem precisar motivar seu ato, não seria razoável concluir que os créditos por ele não adimplidos durante o contrato estivessem sujeitos à prescrição.

Disso, podemos extrair duas conclusões. A primeira: de que o empregador não tem esse direito de fazer cessar o vínculo de emprego sem uma motivação suficiente e juridicamente válida. Antes disso, a ordem constitucional vigente impõe ao empregador um dever fundamental. O dever de motivar o ato de cessação da relação de emprego, por sua iniciativa.

A doutrina dos deveres fundamentais, embora menos desenvolvida que a dos direitos, parte da premissa de que ao estabelecer direitos fundamentais o constituinte originário cria, automaticamente, deveres correlatos. Deveres cuja observância, muitas vezes, é condição para a efetividade do direito.

É essa a hipótese do art. 7º, I, da Constituição Federal. Quando esse texto normativo diz ser direito dos trabalhadores a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa ao mesmo tempo cria o dever de motivação por parte do empregador. Dever que encontra eco inclusive na doutrina geral dos contratos, representado nas obrigações ditas acessórias, de lealdade, confiança e transparência entre os contratantes. Dever que considera o caráter diferenciado que a extinção de um vínculo de emprego adquire, quando a iniciativa de ruptura é do empregador⁵.

⁵ A diferença entre as consequências do ato de demissão e da despedida, que a doutrina italiana denomina “diferença dos INTERESSES EM JOGO”, torna necessária a motivação do ato de denúncia, pelo empregador,

Enquanto essa não for a realidade em nosso país, enquanto continuarmos negando vigência ao texto constitucional, olhando o novo com os olhos do velho, não é possível falar em prescrição no curso do contrato. Essa é a segunda conclusão necessária. E o raciocínio não é novo. Márcio Túlio Viana⁶ já o defende há algum tempo, ao argumento de que o princípio da proteção se justifica pela existência do inegável poder social, que um dos integrantes da relação de emprego exerce sobre o outro. Esse poder acarreta, dentre tantas disparidades, a circunstância objetiva de que durante a vigência do vínculo, qualquer ato do empregado pode ensejar a perda do posto de trabalho. Posto de trabalho que, via de regra, é a exclusiva fonte de sobrevivência do trabalhador. É o seu modo *de ser-no-mundo*.⁷ É o espaço onde passa a maior parte do seu tempo acordado. É o lugar em que tem amigos, obrigações, desafios e afetos.

Por isso, a perda do trabalho tem características tão distintas, para o empregado e para o empregador. Também por isso, é falacioso afirmar que a pretensão ao pagamento de qualquer verba trabalhista pode ser exercida durante o curso da relação de emprego. Não pode. Todos sabemos disso, mas calamos diante de uma suposta unívoca compreensão do texto de lei.

Cumprido, portanto, sistematizar as normas trabalhistas, buscando aplicá-las de modo a fazer valer o princípio da proteção, expresso em termos constitucionais como valorização social do trabalho. E o único modo de fazê-lo é contando o prazo de prescrição apenas a partir do término da relação de emprego, quando o empregado passa a ter a possibilidade real (e não apenas retórica) de buscar junto ao Poder Judiciário a satisfação de seus créditos.

Nesse sentido vem entendendo a jurisprudência italiana que, em decisão paradigmática da Corte Constitucional (Sentença nº 63, de 10 de junho de 1966), declarou a inconstitucionalidade das normas acerca da prescrição, contidas no Código Civil de 1942, para o efeito de concluir não haver prazo prescricional em curso durante o período de vigência de relação de emprego não contemplado com a tutela real, ou seja, com a verdadeira e efetiva garantia contra a perda do posto de trabalho. A existência mesma da relação empregatícia constitui, assim, causa de impedimento do curso da prescrição.

como expressão de paridade das partes. O emprego não é apenas o meio de subsistência do empregado, é também um ponto de referência fundamental em sua vida, fator de equilíbrio psicológico e social. Não há falar em efetiva proteção contra a dispensa por meio de mecanismos que agem após a extinção do contrato, como é o caso da indenização ou da previsão de pagamento de verbas resilitórias, ou mesmo o sistema do seguro desemprego. Haverá proteção apenas na medida em que o ato mesmo de denúncia se revestir de um motivo válido. Apenas quando o ato de despedir for considerado nulo, determinando o retorno à higidez do contrato, sempre que não-motivado lícitamente. Essa é a razão pela qual o constituinte originário resolveu proteger o trabalho humano *contra* não apenas a dispensa arbitrária, mas também a "sem justa causa".

⁶ VIANA, Márcio Túlio. Os paradoxos da prescrição quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, v. 71, n. 11, p. 1334-1339, nov. 2007.

⁷ Para uma análise do trabalho como elemento de existência humana ver MARCUSE, Herbert. *Cultura e Sociedade*. volume II. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 7/50. Ver, também, sobre o tema o filme canadense "A grande sedução" de Jean-François Pouliot, onde os moradores de um pequeno povoado fazem de tudo para que um médico se estabeleça no local, a fim de que, com isso, uma fábrica de embalagens se instale, já que não podem mais suportar o vazio e a vergonha de viver sem trabalho e pagar suas contas apenas com o seguro-desemprego.

Na referida decisão, a Corte Constitucional Italiana faz afirmação que serve com exatidão à realidade brasileira: *“Não existem obstáculos jurídicos que impeçam de fazer valer o direito ao salário. Existem, todavia, obstáculos materiais, isto é, a situação psicológica do trabalhador, que pode ser induzido a não exercer o próprio direito pelo mesmo motivo pelo qual muitas vezes é levado à sua renúncia, isto é, pelo temor da dispensa; de modo que a prescrição, fluindo durante a relação de emprego, produz exatamente aquele efeito que o art. 36 pretendeu coibir proibindo qualquer tipo de renúncia: mesmo aquela que, em particulares situações, pode se encontrar implícita na ausência do exercício do próprio direito e, portanto, no fato que se deixe consumir a prescrição”*.

No Brasil, a necessidade de valorização social do trabalho como fundamento da República e a cláusula expressa no art. 9º da CLT, que torna nulos quaisquer atos tendentes a suprimir, fragilizar ou mitigar direitos trabalhistas, determina a compreensão de que a restrição ao direito fundamental de ação contido no art. 7º, XXIX, da Constituição, se opera apenas nas hipóteses em que exista efetiva garantia de manutenção do emprego, sob pena de estarmos (como estamos!) chancelando diariamente renúncias a créditos alimentares, em afronta clara e incontornável ao que estabelecem os artigos 100, § 1º-A, da Constituição, 1.707, do Código Civil, e 9º, da CLT.

Essa compreensão decorre de um olhar para o ordenamento jurídico como sistema, cujo escopo é fazer prevalecerem os valores eleitos como essenciais em determinado Estado. É, também, fazer prevalecer “a justiça” como um dos “valores supremos de uma sociedade fraterna”⁸, na dicção do preâmbulo do texto constitucional. Já é hora de pararmos de *fazer de conta* que o empregado pode propor ação trabalhista durante a vigência da relação de emprego. Já é hora de encararmos a realidade de que em um país de milhões de desempregados, no qual se nega diariamente proteção contra a despedida, é no mínimo contraditório propor uma valorização social do trabalho, apregoar a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e, ao mesmo tempo, permitir a agressão sistemática de direitos durante o curso da relação de emprego, legitimada pela impossibilidade concreta de reação dos trabalhadores, sem a proteção contra a dispensa arbitrária, e tornada definitiva pelo pronunciamento da prescrição.

A prescrição quinquenal do artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988, apenas poderá ser declarada quando for regulamentado o artigo 7º, I, do mesmo texto ou quando houver consenso jurisprudencial acerca da imediata aplicabilidade deste dispositivo da Constituição Federal.

E sequer é possível afrontar esse raciocínio, sob o argumento da segurança jurídica. Ao tratar do tema, Ingo Sarlet observa que segurança jurídica se estabelece realmente quando um Estado, ao firmar determinado pacto social, o aplica e interpreta de modo

⁸ Ver RESTA, Eligio, *O Direito Fraterno*. Tradução e coordenação de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004b e VIAL, Sandra Regina Martini, *O Direito Fraterno na Sociedade Cosmopolita*, RIPE-Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006, p. 132. Para esta, as “observações estudadas à luz do Direito Fraterno podem indicar novos horizontes, novas perspectivas e até colaborar com a elaboração de propostas conjuntas para a solução de antigos problemas relativos ao binômio inclusão/exclusão. Mais do que isso, o Direito Fraterno propõe mediação e pactuação constantes, fundamentais para uma sociedade em transformação como a nossa”.

a fazer valer os direitos que considera fundamentais. Ou seja, segurança jurídica não é a certeza que o devedor pode ter, de que não será cobrado pelas dívidas (sobretudo alimentares) que deliberadamente contraiu. É, isso sim, o direito à proteção efetiva, por meio de prestações normativas e materiais, contra atos do poder público e de particulares, que fragilizem ou neguem eficácia à ordem constitucional vigente.

Portanto, em um Estado democrático de direito, a segurança jurídica implica proteção que gera deveres que *"resultam directamente de la dimensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales"*. Direitos que, por sua vez, constituem expressão de uma ordem de valores. Isso porque os direitos fundamentais constituem explicitação da dignidade da pessoa humana, de modo que *"en cada derecho fundamente se hace presente un contenido o, por lo menos, alguna proyección de la dignidad de la persona"*⁹.

Quando tratamos do instituto da prescrição, e, pois, quando falamos de restrição ao direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, o argumento da segurança jurídica, ornado pela ideia abstrata da pacificação dos conflitos sociais, transforma-se em instrumento de destruição de direitos, negando, na essência, o que se deve entender por uma real segurança jurídica.

Ora, um empregado, a quem não se atribua garantia de manutenção no emprego, não é um credor que poder agir, e, concretamente, bem se sabe, não o faz. Se agir, perde a fonte de subsistência. Se não agir, perde a possibilidade de exercer sua pretensão. Não há escolha saudável para o trabalhador empregado, no ordenamento jurídico brasileiro, conforme leitura ainda reinante. Essa verdadeira ode à renúncia a direito alimentar, em afronta direta à ordem constitucional, precisa ser coibida, seja com o efetivo reconhecimento da imediata e plena aplicação do inciso I do art. 7º da Constituição Federal, seja, no mínimo, com o afastamento da restrição ao direito fundamental contido no inciso XXIX do mesmo dispositivo.

Para preservar a coerência do texto constitucional e para recuperar a validade do pacto social que amarra os dispositivos constitucionais, é essencial e urgente que uma dessas respostas seja dada ao trabalhador brasileiro. Transcorridos mais de vinte anos desde a data da promulgação do pacto vigente, ainda teimamos em fazê-lo invisível aos nossos olhos.

De todos esses fundamentos, após um debate prene e democrático, realizado no XV CONAMAT, realizado nos dias 28 de abril a 01 de maio de 2010, em Brasília, culminou a aprovação do seguinte verbete:

"PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA (ARTIGO 7º, I, CF) – NÃO-REGULAMENTAÇÃO – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL: INAPLICABILIDADE – Considerando que a prescrição não é um 'prêmio' para o mau pagador, enquanto não aplicado efetivamente o direito de proteção contra a dispensa arbitrária previsto no inciso I do art. 7º da CF, que gera ao trabalhador a impossibilidade concreta de buscar os seus direitos pela via judicial, não se pode considerar eficaz a regra

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. La prohibición de retroceso en los derechos sociales fundamentales en Brasil: algunas notas sobre el desafío de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis. In COURTIS, Christian (org). *Ni un paso atrás*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, pp. 329-359.

do inciso XXIX do artigo 7º, no que se refere à prescrição que corre durante o curso da relação de emprego. Por isso, enquanto não conferirmos efetividade plena ao artigo 7º, I, da CF/88, não se pode declarar a prescrição quinquenal.”

É o que já vem afirmando Ramaís de Castro Silveira, em obra sobre o tema, quando assevera que “Se não pode entrar na justiça pois perde o emprego e, depois de despedido, perde todos os direitos maculados no período anterior aos cinco anos que precedem o fim da relação empregatícia, o trabalhador está num brete. (...) Estivesse regulamentada, a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa seria elemento pacificador desta realidade. Isso, pois, oneraria o empregador com auspícios demissionários, permitindo que o empregado, até mesmo, defenda processualmente seus direitos, sem ser por isso demitido”¹⁰. É, igualmente, o que já vêm decidindo os juízes Oscar Krost, Juiz do Trabalho do TRT da 12ª Região/SC, Rafael da Silva Marques, Juiz do Trabalho do TRT da 4ª Região/RS, além dos juízes que subscrevem esse artigo.

Alguém pode imaginar que a ideia ora defendida, por ser inovadora, careça de maiores reflexões e amadurecimentos, como, aliás, se faz comum em discursos jurídicos. Mas, reparem: a ideia pode ser inovadora, mas a sua única novidade é a de revelar que estamos atrasados há 22 (vinte e dois) anos quanto ao fiel cumprimento da Constituição Federal. Não há argumento de prudência, razoabilidade e ponderação que já não tenha sido, então, ultrapassado no momento presente. Os juízes já foram prudentes, ponderados, razoáveis e pacientes demais. Há de se passar, portanto, de forma imediata à ação, pois corre-se o sério risco de, numa avaliação histórica, a prudência ser apontada como uma comprometedora conivência.

¹⁰ SILVEIRA, Ramaís de Castro. *Estabilidade no Emprego: possível, urgente, revolucionária*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2008, p. 24-5.