

UMA INTERPRETAÇÃO HARMÔNICA DO INCISO I DO ART. 7.º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

IONE SALIN GONÇALVES

Juíza do Trabalho

Quando foi promulgada a atual Constituição Federal, muito se ouviu, e ainda se ouve, dizer que, na verdade, inexistia garantia efetiva da relação de emprego contra a despedida arbitrária, posto que a norma constitucional remete a matéria a lei complementar, que deverá prever indenização compensatória, dentre outros direitos.

Parece-nos, entretanto, que essa é a maneira mais simplista de interpretar a norma constitucional. O esforço do intérprete esbarra em uma aparente contradição da norma, que se expressa na previsão da indenização compensatória, segundo o seguinte raciocínio: a indenização refere-se sempre a uma despedida que já houve e, se já houve, é possível. E, sendo possível a despedida arbitrária ou sem justa causa, não existe, na verdade, garantia de emprego.

Essa interpretação aparentemente lógica, antes de tudo, afronta os princípios do Direito do Trabalho, principalmente o princípio tutelar e o princípio do *in dubio pro operario*, segundo o qual, em caso de pouca clareza da norma, deve-se adotar a interpretação mais favorável ao trabalhador. Além disso, é insensível ao imperativo social e à essencialidade do Direito do Trabalho, enquanto admite que uma falha técnica se sobreponha ao próprio espírito da Constituição, que expressa os desejos de mudanças da sociedade brasileira, consagrando o valor social do trabalho.

Entretanto, se considerarmos a importância da Constituição, não só pela sua hierarquia como fonte do Direito, mas também pela sua relevância política, não podemos admitir ou partir do pressuposto, ao interpretá-la, de que contenha uma norma ociosa e contraditória. A atitude do intérprete deve se orientar para superar contradições, visando à coerência interna da norma e sua integração ao sistema.

É certo que a forma do inciso I do art. 7.º da Lei Maior não é nada feliz. Ao contrário, o texto não tem boa técnica jurídica e não tem boa redação. Entretanto, há que ter em mente, ao interpretá-lo, que o Direito é norma de conduta sociológica, que rege fundamentalmente relações entre pessoas. Assim, a finalidade da norma se sobrepõe à sua expressão formal. Ao interpretar uma norma, o fazemos com base em uma valoração, cujo conteúdo é também político, aqui usado o termo em seu sentido amplo, sem vinculação partidária.

A má técnica do inciso I do art. 7.º da Lei Maior se deve, em grande parte, ao impasse que a questão da proteção da relação de emprego causou nos trabalhos da Constituinte, em virtude da pressão dos setores, principalmente empresariais, resistentes aos avanços da legislação social.

Diz o referido dispositivo constitucional:

"São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I — RELAÇÃO DE EMPREGO PROTEGIDA CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, NOS TERMOS DE LEI COMPLEMENTAR, QUE PREVERÁ INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA, DENTRE OUTROS DIREITOS."

Segundo aqueles que entendem que a norma constitucional permite a despedida injustificada ou arbitrária, a proteção legal contra essa despedida se expressa na compensação patrimonial, na indenização compensatória.

Ora, é de evidência meridiana que indenização não pode se equiparar à garantia de emprego para o trabalhador. Assim, não se pode reconhecer como um direito do trabalhador a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária, prevendo, ao mesmo tempo, uma indenização que pressupõe, exatamente, o direito de o empregador despedir arbitrariamente o empregado.

Se a garantia do emprego, e não a indenização, é a maneira de proteger o vínculo empregatício contra a sua dissolução, através, justamente, de uma limitação ao direito do empregador de resilir o contrato de trabalho, imotivada ou injustificadamente, como, no mesmo texto, poder-se-ia prever uma indenização, cujo pressuposto seria exatamente esse direito exercido de forma irrestrita? Essa contradição seria insuperável e, se a norma constitucional assim o determinasse, seria incoerente com os princípios constitucionais (inciso IV do art. 1.º e art. 193), sendo inconstitucional ela própria.

A norma constitucional previu, como um direito do trabalhador, a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária e a

forma eficaz de proteger a relação de emprego é evitar que ela se extinga ao arbítrio do empregador.

Essa é a mensagem fundamental da norma constitucional. Tanto é assim que a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária está no primeiro dos incisos do artigo sétimo, encabeçando o elenco dos direitos sociais dos trabalhadores, pois a efetividade de todos eles repousa, de certa forma, nessa garantia e na continuidade do vínculo empregatício.

É insustentável, mesmo considerando a má técnica do texto, privilegiar a expressão “indenização compensatória”, que ocupa uma posição secundária, pois o dispositivo constitucional a menciona apenas como objeto necessário de uma lei complementar que preverá, também, outras formas de proteger a relação de emprego.

A norma constitucional, se não é desde logo auto-aplicável — apesar desse entendimento ser sustentável em vista do que dispõe o parágrafo primeiro do artigo quinto — encerra, no mínimo, um princípio, do qual não se pode afastar a lei complementar. E o intérprete sempre tem que buscar a harmonia interna da norma e a sua adequação à própria Constituição, ainda mais quando se trata de norma constitucional, tendo em vista, como já se disse, a sua hierarquia jurídica e a sua importância política.

Essa harmonia se expressa na seguinte interpretação: a Constituição não permite a despedida injustificada por iniciativa do empregador; esse é um imperativo ao legislador, que, em lei complementar, preverá uma indenização compensatória, dentre outros direitos, para a despedida que não for arbitrária, ou seja, para a despedida que for motivada.

Essa é a interpretação que, respeitando os princípios do Direito do Trabalho, justifica a existência da própria norma e afasta a sua aparente contradição intrínseca.

Assim, a despedida motivada, que não se confunde com a despedida por justa causa, é que acarretaria a obrigação de indenizar.

O artigo 165 da CLT já contém uma definição de despedida arbitrária, “entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico e financeiro”. *A contrario sensu*, a despedida motivada é aquela que se funda em um desses motivos.

De lege ferenda, entendemos que deverá ser excluído o motivo disciplinar. Primeiramente porque, por coerência, a obrigação de indenizar deve decorrer do dano que ao empregado causa a perda do emprego em circunstâncias às quais ele não concorreu. Assim, a indenização compensatória vincula-se à despedida por ato do empregador, em consequência das necessidades da empresa (motivos técnicos, econômicos e financeiros), não se vinculando a ato do em-

pregado. Essa quebra do princípio geral da garantia do emprego justifica-se pela necessidade de preservar, em determinados casos, a própria empresa, geradora de empregos.

Também há que considerar que o motivo disciplinar, ou não é grave o bastante para quebrar o princípio geral de garantia do emprego, ensejando a aplicação de uma pena mais leve, de advertência ou suspensão, ou ele é grave o suficiente para se constituir em uma infração que legitime a despedida por justa causa.

Adentrando um pouco mais na regulamentação legal do inciso I do art. 7.º da Constituição Federal, a manifestação do motivo ou da causa alegada para a despedida deverá ser expressa, o que é até uma exigência ética, de respeito à pessoa do trabalhador. Daí que a omissão do empregador quanto a essa manifestação, expressa no aviso prévio ou no instrumento de rescisão contratual, na hipótese do pagamento substitutivo, geraria a presunção de que a despedida foi arbitrária, o que acarretaria duas conseqüências: como primeira, a de que o ônus de provar o motivo ou a causa seria do empregador, como já dispõe o parágrafo único do citado art. 165; e segunda, a de que, nessa hipótese, o empregado seria liminarmente reintegrado, por decisão judicial, até a decisão final. Tratar-se-ia de uma antecipação, de caráter satisfativo, da prestação jurisdicional, a qual, também, não deixaria de ter uma natureza cautelar, em sentido amplo, facultando-se ao empregado ajuizar ação cautelar preparatória ou requerer a concessão da liminar, nos autos da própria ação principal.

Os elementos da cautela estariam perfeitamente identificáveis: a aparência do bom direito resulta da garantia legal do emprego e da omissão do empregador, quanto à expressão do motivo ou da causa da despedida; o perigo da demora resulta do caráter alimentar do salário e das demais necessidades fundamentais do trabalhador e de sua família, que são por ele atendidas.

O caráter satisfativo, observe-se entretanto apenas provisório, não deve representar qualquer óbice. Os interditos do direito romano clássico, apontados por GALENO LACERDA como fonte remota do poder de cautela, destinavam-se a todo o tipo de ação material e, por pressuporem a desigualdade inicial das partes envolvidas, o que se ajusta ao contrato de trabalho, autorizavam de imediato a expedição do ato coercitivo contra o requerido, em favor do requerente. No Direito Germânico, as *inhibitiones*, que inspiraram o Mandado de Segurança, também iniciavam com uma ordem judicial de tutela, expedida sem a citação do réu, se o requerente tivesse, por exemplo, em seu favor, direito ou costume antigos, se houvesse ameaça de dano irreparável ou o perigo da demora e, ainda, se houvesse ato contrário ao interesse público. Em todas essas hipó-

teses, enquadra-se a reintegração liminar do trabalhador, em caso de despedida arbitrária ou presumidamente arbitrária.

É oportuno salientar que o FGTS, de acordo com o inciso III do art. 7.º da Constituição Federal, passou a ser um direito de todos os trabalhadores, deixando de existir a opção e retratação. Com essa norma constitucional, deixou de existir também qualquer identidade entre o FGTS, cujo fato gerador é a simples fluência do tempo de serviço, e a indenização, cujo fato gerador passou a ser a despedida motivada por necessidade da empresa. Não existe nenhuma contradição entre a motivação da despedida e o dever de indenizar o empregado: a motivação possibilita a despedida, já que a arbitrária é defesa em lei; a indenização procura ressarcir o empregado dos prejuízos causados pela despedida, pela perda do emprego e do sustento, em última análise. Assim, quando despedido motivadamente, o empregado teria o direito ao levantamento dos depósitos, com juros e correção monetária, não mais se justificando o adicional de 10% e depois de 40%, previsto nas disposições transitórias, posto que a lei complementar, nos termos do dispositivo constitucional, deve prever o pagamento da indenização e não existe mais identidade entre a indenização e o FGTS.

Seria também oportuno e até indispensável que a futura lei complementar regulamentasse também o inciso XXI do art. 7.º, que prevê o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, e promovesse também uma alteração no elenco das justas causas, tanto das cometidas pelo empregador, quanto das cometidas pelo empregado, por serem matérias interligadas. Essa alteração compreenderia a retirada das justas causas por demais vagas, draconianas e ultrapassadas, e o acréscimo de outras que surgiram de novas exigências sociais, principalmente para o empregado. Como exemplo dessas atuais necessidades, que à época da edição da CLT praticamente não existiam ou tinham pouca relevância, está a de facultar ao empregado a rescisão do contrato de trabalho, por justa causa, quando o empregador é omissivo em eliminar ou neutralizar os elementos insalubres do local de trabalho ou presentes na própria atividade, ou quando exige, habitualmente, serviço extraordinário, sem prejuízo de que o empregado lance mão de outros remédios judiciais, visando a uma ação positiva ou negativa do empregador, quanto a essas duas práticas citadas.

Finalizando, acrescentamos — sem fazer qualquer confusão entre garantia de emprego e estabilidade, sendo essa uma das expressões ou formas daquela — que essa interpretação, que preserva a harmonia e a coerência internas da norma constitucional, e dela com a Constituição, como um todo, e com os princípios do Direito do Trabalho, mantém ainda íntegro o Capítulo VII, do Título IV, da CLT, que trata da estabilidade. Cessam as incompatibilidades e equi-

valências entre estabilidade e FGTS, entre indenização e FGTS, sendo também compatíveis a garantia de emprego contra a despedida arbitrária e a estabilidade prevista na CLT, após 10 anos de serviço ao mesmo empregador.

Buscamos uma interpretação sistemática das normas que regulam a relação de emprego, de forma que a nossa legislação trabalhista se aproxime da orientação da OIT e da normatividade das nações de capitalismo avançado, como a França, a Inglaterra, a Itália, sem falar na Alemanha Ocidental, em que a economia de mercado convive, há 37 anos, com a garantia de emprego para o trabalhador, com pleno sucesso econômico.

BIBLIOGRAFIA:

- CATHARINO, José Martins. "Compêndio de Direito do Trabalho". São Paulo, Saraiva, 1982, 3.^a edição.
- CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. "Trabalho na Constituição", Volume I, Direito Individual. São Paulo, LTr, 1989.
- LACERDA, Galeno. Artigos "Mandados e Sentenças Liminares" e "Processo Cautelar". Revista Forense, n.ºs 236 e 246.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. "Direito do Trabalho na Constituição de 1988". São Paulo, Saraiva, 1989.