



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PAULA DE BARROS DAMASCENO PINTO

**A ESTABILIDADE DO EMPREGADO PORTADOR DE
DOENÇAS GRAVES: UMA ANÁLISE CRÍTICA A SÚMULA
443 DO TST**

Salvador
2013

PAULA DE BARROS DAMASCENO PINTO

**A ESTABILIDADE DO EMPREGADO PORTADOR DE
DOENÇAS GRAVES: UMA ANÁLISE CRÍTICA A SÚMULA
443 DO TST**

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO**PAULA DE BARROS DAMASCENO PINTO****A ESTABILIDADE DO EMPREGADO PORTADOR DE
DOENÇAS GRAVES: UMA ANÁLISE CRÍTICA A SÚMULA
443 DO TST**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

A
Todos que me acompanharam nesta longa
caminhada.

AGRADECIMENTOS

Após meses de ansiedades e angústias, finalmente posso agradecer a todos que me acompanharam nesta árdua, mas, não menos gratificante caminhada. Primeiramente agradeço ao meu orientador, Valton Pessoa, pela incomensurável paciência, compreensão, e dedicação, sendo fundamental na confecção deste trabalho. Agradeço aos professores Juliane Facó e Roberto Pessoa por me apresentarem o Direito Trabalhista, e, me fascinarem com os seus ensinamentos. Agradeço a minha querida amiga Isabel, por me acompanhar nesta longa caminhada, por dividir comigo todas as angústias, e por me dar força quando pensei em desistir. Aos meus pais, meus grandes amores, por vocês dedico este trabalho do mesmo modo que dedico a minha vida. Aos meus irmãos, pela compreensão em razão da minha ausência durante todo o período que me dediquei a este trabalho. Agradeço, ainda, a uma pessoa que acreditou em mim, me estimulou todos os dias desta longa caminhada, e não me permitiu desistir, por tudo o que fez jamais poderei esquecê-lo. Por fim, agradeço à Faculdade Baiana de Direito, por me transmitir maiores conhecimentos e me proporcionar grandes e inesquecíveis momentos.

Veni, vidi, vici.

Júlio César.

RESUMO

O ordenamento jurídico passou por inúmeras fases para chegar ao Estado Constitucional do Direito. No novo modelo vigente de Direito, os princípios passaram a ser reconhecidos como normas jurídicas, fontes primárias do Sistema Jurídico, cuja força normativa e carga vinculante são incontestáveis. O ordenamento jurídico é composto de princípios gerais e específicos. No Direito Trabalho, os princípios gerais do Direito e os princípios peculiares estão em constante harmonia, uma vez que possuem uma finalidade maior que é a proteção do trabalhador, porquanto hipossuficiente e vulnerável da relação laboral. A proteção ao trabalhador também está inserida na garantia da estabilidade, porquanto limita o direito potestativo do empregador de dispensar o empregado, em razão de uma situação específica. Algumas estabilidades estão expressas na lei, outras não possuem previsão, mas estão sendo nobremente reconhecidas pelos Tribunais Pátrios. O TST, exercendo seu papel ativo na construção do Direito, reconheceu a estabilidade do empregado portador de doenças graves, e editou a Súmula 443 a fim de salvaguardar esse direito. Malgrado a sua atitude nobre de proteger os portadores de doenças graves, o benemérito Tribunal não especificou as doenças graves que garantissem tal proteção, possibilitando interpretações fundadas em subjetividade, o que geraria o seu antagonismo, haja vista que foi editada para proteger essa classe vulnerável, mas ficou-se inerte na sua delimitação, o que pode gerar um contrassendo eivado de desproteção. Desenvolve-se o trabalho com fundamentos nos princípios gerais constitucionais e peculiares do Direito para demonstrar a necessidade em suprimir a obscuridade do aplicador do Direito, e, assim, permitir a proteção máxima ao trabalhador adoecido.

Palavras-chave: Princípios; Estabilidade; Análise crítica da Súmula 443 do TST; Direito do Trabalho.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Atos de disposições constitucionais transitórias
Art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal da República
CIPA	Comissão interna de prevenção de acidentes
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CNPS	Conselho Nacional da Previdência Social
CPC	Código de Processo Civil
FGTS	Fundo de garantia por tempo de serviço
HIV	Human immunodeficiency vírus
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PRINCÍPIOS PECULIARES DO DIREITO DO TRABALHO RELACIONADOS ÀS LIMITAÇÕES A DESPEDIDA ARBITRÁRIA	14
2.1 A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS	14
2.2 CONCEITO DE PRINCÍPIOS	17
2.3 FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS	19
2.4 PRINCÍPIOS PECULIARES DO DIREITO DO TRABALHO	21
2.4.1 Princípio da Proteção	21
2.4.1.1 <i>in dúbio pro operário</i>	24
2.4.1.2 Prevalência da norma mais favorável	27
2.4.1.3 Princípio da condição mais benéfica	29
2.4.2 Princípio da continuidade da relação de emprego	32
3 ESTABILIDADE	35
3.1 BREVE HISTÓRICO	35
3.2 CONCEITO	40
3.2.1 Estabilidade x Garantia de emprego	41
3.3 CLASSIFICAÇÃO DA ESTABILIDADE	43
3.3.1 Tipos de estabilidade	44
3.3.2 Hipóteses de estabilidade	47
3.3.2.1 Estabilidade definitiva e decenal	48
3.3.2.2 Estabilidades provisórias, temporárias ou especiais	53
3.3.2.2.1 <i>Estabilidade Sindical</i>	55
3.3.2.2.2 <i>Representante da CIPA</i>	58
3.3.2.2.3 <i>Empregada gestante</i>	59
3.3.2.2.4 <i>Empregado acidentado</i>	60
3.3.2.2.5 <i>Empregado membro do Conselho Nacional da Previdência Social</i>	62
3.3.2.2.6 <i>Empregado membro do Conselho Curador do FGTS</i>	62
3.3.2.2.7 <i>Empregado membro das Comissões de Conciliação Prévia</i>	62

3.3.2.2.8 <i>Empregados diretores de sociedades cooperativas</i>	63
3.3.2.3 Estabilidades provisórias não previstas na Lei	64
4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A SUA INFLUÊNCIA DAS RELAÇÕES LABORAIS	68
4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	69
4.2 PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO	72
4.3 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS	74
4.3.1 A evolução dos contratos no Código Civil Brasileiro	81
4.3.1.1 O contrato na vigência do código de 1916	81
4.3.1.2 O contrato na vigência do Código Civil de 2002	84
5 ANÁLISE CRÍTICA DA SÚMULA 443 DO TST	87
6 CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS	115

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de demonstrar como esta regulamentada a estabilidade do empregado portador de doenças graves no ordenamento jurídico brasileiro, e o objetivo de demonstrar a necessidade de delimitação das doenças graves que ensejam a garantia prevista na Súmula 443 do TST, haja vista a existência de uma lacuna jurídica e uma omissão do aplicador do Direito.

Iniciar-se-á o trabalho fazendo um estudo sobre a importância dos princípios no ordenamento jurídico no pós-positivismo e neoconstitucionalismo.

Posteriormente, analisar-se-á a força normativa dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro.

Ficará demonstrado que após a evolução do Direito foi reconhecido o caráter normativo dos princípios, concebidos como verdadeiras normas jurídicas dotados de força vinculante, sendo considerado como fontes primárias do Direito, e não meramente secundárias.

Ainda, será feita uma análise pormenorizada dos princípios fundamentais peculiares do direito do trabalho que tem vasta relevância para o presente estudo, perscrutando os princípios da proteção, que se subdividem em a) *in dubio pro operário*; b) aplicação da norma mais favorável, e, c) condição mais benéfica ao trabalhador; bem como o princípio da continuidade da relação do emprego, como sendo relevantes para garantir maior proteção ao empregado hipossuficiente.

No capítulo 3 será feito uma análise minuciosa do instituto da estabilidade, a fim de demonstrar a importância da inserção deste direito no ordenamento jurídico, haja vista que foi relevante para garantir maior proteção aos empregados contra as arbitrariedades e abusos de poder do empregador, haja vista que este, parte economicamente privilegiada, tem o direito potestativo de rescindir unilateralmente o contrato.

Será feita um estudo, de um modo geral, das noções de estabilidade no ordenamento jurídico brasileira, trazendo os conceitos, um breve histórico da evolução da estabilidade no Brasil, bem como a sua classificação.

Destarte, restará demonstrado que a estabilidade ocasionou uma limitação a esse poder do empregador de dispensar seus empregados a qualquer tempo e imotivadamente.

Ainda, será abordada de maneira breve sobre a exceção que comporta a regra da estabilidade, qual seja, a justa causa, trazendo em seu rol taxativo previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas as situações capazes de ensejar a dispensa do empregado estável.

Ainda, serão analisadas as diversas fases da estabilidade, trilhando desde a sua origem histórica até a contemporaneidade, como a estabilidade decenal e a sua extinção em razão da promulgação em 1988 de uma nova Constituição, uma vez trouxe positivada a obrigação do Regime do FGTS.

Será feita uma análise acerca das estabilidades previstas no ordenamento jurídico, e ainda, aquelas que são implícitas, como a do portador do vírus HIV, bem como a do portador de doenças graves, objeto principal do estudo.

No capítulo 4 serão apontados os aspectos da constitucionalização do Direito Civil e a sua influência no âmbito laboral, haja vista que inseriu no Direito Privado princípios a serem respeitados, o que ocasionou na humanização desse direito.

Serão abordados minudentemente o princípio da dignidade da pessoa humana, que esta umbilicalmente ligado à seara trabalhista, uma vez que ao trabalhador deve ser garantido uma vida digna, o que significa a necessidade da máxima proteção dessa parte hipossuficiente e do trabalho, uma vez que o trabalho é sua fonte de subsistência, o que determina a garantia de uma vida verdadeiramente digna.

Ademais, serão abordados os princípios da não-discriminação, sendo também crucial para uma tutela efetiva ao empregado, principalmente quando este é acometido de alguma doença grave, uma vez que o empregado enfermo sofre inúmeros preconceitos no âmbito laboral, bem como o princípio da função social dos contratos, em que será feita um estudo pormenorizado da sua evolução no Código Civil Brasileiro, sendo este elementar para a proteção do empregado hipossuficiente, haja vista que determina que os contratos devem ter um fim social, a fim de mitigar as desigualdades e equilibrar as partes da relação jurídica.

Por último, será feita uma análise crítica da súmula 443 do TST, demonstrando a existência de uma obscuridade do aplicador do Direito, e as consequências que essa omissão pode acarretar para o empregado hipossuficiente portador de uma doença grave.

Essa análise será embasada nos novos paradigmas trazidos pelo novo modelo de Direito.

Assim, ficará demonstrado que, devido à evolução histórica, e com o advento no novo Estado Constitucional do Direito, o intérprete e aplicador do direito deixa de ser mero declarador das

normas, e passa a ter outras atribuições essenciais, intervindo ativamente na construção do Sistema Jurídico.

Serão abordadas a importância desta inovação, e também as suas consequências, que, alinhados aos princípios gerais dos Direitos, serão basilares para chegar a conclusão do trabalho em estudo.

Desta forma, percebe-se que o tema em discussão engloba questões amplas e extremamente relevantes para o Direito, esclareça-se, o presente trabalho tem como principal objetivo demonstrar a necessidade de suprimir uma omissão jurídica a fim de garantir maior proteção ao trabalhador portador de doenças graves, principalmente quando este é inegavelmente vulnerável, uma vez que qualquer lacuna jurídica, é, incontestemente, abertura para a insegurança jurídica, e decisões injustas e arbitrárias.

Enfim, todo esforço despendido neste trabalho converge para informar e despertar o interesse de toda a sociedade para um tema de extrema relevância, e que ainda não encontra respaldo legal no ordenamento jurídico, qual seja, a estabilidade do portador de doenças graves.

2 PRINCÍPIOS PECULIARES DO DIREITO DO TRABALHO RELACIONADOS ÀS LIMITAÇÕES A DESPEDIDA ARBITRÁRIA

Os princípios possuem grande relevância no ordenamento jurídico, sendo imprescindível analisar os princípios peculiares que norteiam o Direito do Trabalho e que se relacionam com o presente estudo.

2.1 A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Os princípios possuem ampla e considerável importância no ordenamento jurídico brasileiro, percorrendo por três fases distintas, o jusnaturalismo, o positivismo, e o pós-positivismo jurídico.

Na era do jusnaturalismo, os princípios eram dotados de abstração e eram insuficientes para suprimir as lacunas da lei, face a questionável força normativa dos princípios era necessário recorrer ao Direito Natural (BONAVIDES, 2005, p.259-262). Diante deste contexto, o direito natural estaria acima do direito positivo.

No momento histórico, em que a sociedade passa por profundas transformações, a evolução do direito estaria umbilicalmente ligada à evolução da própria sociedade, uma vez que o direito é construído a fim de harmonizar a convivência humana. Assim, legitimando o momento de transição do jusnaturalismo, Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p.43) assegura que:

a concepção do positivismo jurídico nasce quando o direito positivo passa a ser considerado direito no próprio sentido. Ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria de juridicidade. O acréscimo do adjetivo “positivo” passa a ser um pleonasma. O positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo. A passagem da concepção jusnaturalista à positivista está ligada à formação do Estado moderno, que surge com a dissolução da sociedade medieval. O direito positivo – direito posto e aprovado pelo Estado – é, pois considerado o único e verdadeiro direito.

Na era positivista, o direito não era visto como um valor, uma vez que o jurista deveria analisar e aplicar o direito baseado em um plexo fechado de normas, desse modo, impõe-se a obediência à lei (SOARES, 2010, p.44).

Ademais, além dessa imposição a obediência à lei, em que impõe ao magistrado apenas analisar a justiça das normas, o positivismo também trouxe outras inovações, destarte, malgrado o positivismo não abrisse espaço para os princípios, obstando a inserção dos valores

no direito, os princípios foram absorvidos pelo direito como “fontes normativas secundárias”, conforme ilustra Bonavides (2005, p.262).

Como se vê, em tempos anteriores, principalmente na época do positivismo jurídico do século XIX, os princípios existiam apenas como fontes secundárias do direito, tendo em vista que eram vistos como parâmetros de comportamento, e não como direcionamentos. Na conjuntura atual, após a evolução dos princípios, principalmente no que concerne ao seu caráter normativo, passaram a compor-se no ordenamento como normas jurídicas que preceituam ideais de comportamento para toda a sociedade.

É este o entendimento do ilustre autor Dirley da Cunha Junior (2009, p.150):

Por muito tempo prevaleceu na teoria jurídica tradicional a ideia de que os princípios desempenhavam uma função meramente auxiliar ou subsidiária na aplicação do Direito, servindo de meio de integração da ordem jurídica na hipótese de eventual lacuna. Nesse sentido, os princípios não eram vistos como normas jurídicas, mas apenas como ferramentas úteis para sua integração e aplicação. Eram uma categoria à parte, marginalizada e relegada à importância secundária.

Outrossim, é possível notar que este posicionamento foi adotado pelo sistema jurídico positivado, conforme dispõe o art. 4º, da do Decreto-lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil), ao estabelecer que “*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.*”

Como se vê, o legislador ao prever o dispositivo da supramencionada lei, confirma a adoção do caráter subsidiário dos princípios, tendo em vista que permitiu ao magistrado a utilização dos princípios gerais do direito em casos de omissões legislativas, de modo que era possibilitado ao juiz decidir o caso em consonância com a analogia, os costumes, e os princípios gerais do direito.

Entretanto, o positivismo jurídico, surgido no século XIX, e que perdurou até a metade do século XX, época em que se pretendeu construir um Direito com status de ciência, não reconhecia a normatividade dos princípios e considerava o ordenamento jurídico como um compêndio puro de normas, meramente programáticas.

Nessa esteira, afirma Luís Roberto Barroso (2011, p. 247) que “o positivismo, em busca de objetividade científica, equiparou o direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça, e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX”.

Ocorre que, este não é mais o entendimento consolidado, tendo em vista que os princípios anteriormente definidos apenas como padrões de comportamentos, ou até mesmo utilizados como mecanismo de supressão das omissões legislativas, na sociedade hodierna, são dotados

de força normativa, isto é, dotados de imperatividade, de modo que impõem condutas a serem seguidas, descaracterizando o seu caráter meramente subsidiário.

A importância dos princípios ascendeu com a intensificação e fortalecimento do Estado Democrático de Direito e Estado Constitucional, em que tinha como objetivo fundamental alcançar o bem comum.

É o que se infere da compreensão de Barroso (2011, p.245):

o marco histórico do novo direito constitucional, na Europa Continental, foi o constitucionalismo pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988, e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar.

O novo Estado Constitucional que tem como finalidade precípua a busca do bem estar social, permite a introdução da moral no Direito, isto é, que o direito esteja atrelado aos valores e costumes da coletividade, o que caracteriza uma grande mudança na ciência jurídica.

A propósito, ilustra Freire Soares (2010, p.121):

[...]consolida-se o entendimento de que o fenômeno jurídico não pode ser justificado pela manutenção de um conjunto meramente formal de regras jurídicas, apartadas do mundo dos fatos e valores, como sugere o idealismo típico das diversas doutrinas positivistas, que promovem o distanciamento social e o esvaziamento ético do Direito. [...]Esse novo momento de reflexão do conhecimento jurídico, intitulado de pós-positivismo jurídico, vem procurando reconstruir os laços privilegiados entre o Direito e a Moral, aproximando o fenômeno jurídico das exigências da realidade social.

É diante deste cenário que a Constituição Federal de 1988 foi considerada o marco histórico do renascimento do Direito Constitucional, uma vez que inaugura um novo modelo de Direito, denominado de neo-positivista ou neoconstitucionalista, com a finalidade de reaproximar o Direito da moral e dos valores éticos, apontando como principal paradigma a interpretação principiológica, e gerando profundas mudanças em todos os ramos do Direito.

O novo Estado Constitucional funda-se em princípios, com alto grau axiológico, citando-se como exemplo, a liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana. Ademais, no novo regime de Direito possibilitou-se a normatização da Constituição, em que as normas de conteúdo meramente programático passam a operar com eficácia direta e imediata, assim, devem ser efetivamente concretizadas. Outrossim, diante dessa nova perspectiva do Direito, os princípios passaram a ser vistos com caráter de norma jurídica positiva, dotados de carga vinculante, superando o antagonismo do positivismo jurídico (SOARES, 2010, p.123-125).

Em síntese, a evolução dos princípios no ordenamento jurídico ocorreu em virtude do neoconstitucionalismo, como uma decorrência do pós-positivismo e são os princípios que atualmente regem o ordenamento jurídico, segundo os quais são normas dotadas de força

vinculante, que devem ser concretizados e efetivados no mundo fático, uma vez que especifica diretrizes de comportamentos, concebendo como base os costumes da cada sociedade, mesmo que em algumas situações seja difícil a sua efetiva concretização.

Ora, não poderia ser diferente diante do novo modelo vigente de Direito, em que a interpretação e aplicação do Direito é realizada através dos princípios permeáveis a valores jurídicos, com o escopo da busca pelos ideais de justiça e concretização dos direitos e garantias fundamentais.

É exatamente em razão da vasta importância que tem os princípios no ordenamento que se revela necessário um estudo aprofundado sobre eles, principalmente quando aplicáveis no Direito do Trabalho.

2.2 CONCEITO DE PRINCÍPIOS

O estudo acerca dos princípios está longe de ser uma atividade fácil, não basta que seja feito um estudo pormenorizado, é preciso que seja feita uma análise aprofundada, sobretudo após a expansão da importância dos princípios na hermenêutica jurídica, tendo em vista que qualquer exegese demanda a sua aplicação.

É cediço pela doutrina majoritária, conforme já esposado, que os princípios são espécies de normas jurídicas que concretizam valores e que norteiam todo o ordenamento jurídico, sendo estes a base de todo o sistema jurídico.

Outrossim, todo ordenamento jurídico é principiológico, de modo que a própria Constituição Federal de 1988, Lei Maior do ordenamento jurídico, decorre de valores e comporta princípios dentro do seu texto legal, por esta razão, extrai-se que os princípios podem ser considerados como valores de extrema importância que foram absorvidos pelo Direito.

Para José Afonso da Silva (2012, p.92) “os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”.

Ainda, para o jurista Manoel Jorge e Silva Neto os princípios poderão ter caráter de normas jurídicas ou de valores normativos, de modo que, serão normas jurídicas toda vez que as leis se resolvam pela sua inclusão explícita nos textos positivados, e serão valores normativos quando utilizados para interpretação sistemática das normas do ordenamento (2011, p.111).

Mais além, Silva Neto (2011, p.112) afirma ainda que:

Os princípios de interpretação constitucional despontam na condição de relevantíssimos vetores interpretativos toda vez que surgir uma situação de dúvida acerca do sentido da norma; e, portanto, o correto manejo por parte do intérprete será eficaz instrumento à solução da controvérsia.

Perceba-se que os princípios tem papel importante na hermenêutica jurídica, uma vez que servem como diretrizes ao intérprete do direito quando for necessária a interpretação do alcance e sentido da norma, a fim de solucionar de forma eficaz o conflito.

Para Cunha Junior (2009, p.183):

O princípio é o veículo dos valores mais fundamentais de uma sociedade. É o ponto de partida, o começo, a origem mesma dessa sociedade. Numa perspectiva jurídica, princípio é o mandamento nuclear de um sistema jurídico, *a pedra angular*, a *norma normarum*, o alicerce e fundamento mesmo desse sistema, que lhe imprime lógica, coerência e racionalidade. É a viga-mestra que suporta e ampara o sistema jurídico ou cada um dos subsistemas existentes.

Ou seja, nota-se que o referido autor considera o princípio como um “veículo de valores”, bem como um “ponto de partida”, é o começo, início, origem da sociedade, e sob o ponto de vista jurídico é a fonte primária e determinante do sistema jurídico, como alicerce e fundamento do nosso ordenamento.

Na mesma linha de pensamento, Sérgio Pinto Martins (2009, p.58) afirma que são os princípios proposições básicas que fundamentam as ciências. Para o Direito, o princípio é seu fundamento, a base que irá informar e inspirar as normas jurídicas.

Neste diapasão, os princípios são os pilares de todo ordenamento jurídico, sendo assim considerados, transparecem o seu papel importante, principalmente quando servem de norte para a criação e interpretação das normas pelo legislador e intérprete do Direito.

Na dicção de Humberto Ávila (2009, p. 78-79), os princípios são:

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Ainda para Humberto Ávila não obstante os princípios sejam considerados como valores, é necessário mais do que isso, é necessário a positivação desses princípios, isto é, a adoção de comportamentos indispensáveis à realização ou efetivação de um estado de coisas (2009).

Como se vê, para este autor os princípios são normas que estabelecem um fim a ser atingido, são normas finalísticas, diretrizes ao estado ideal de comportamento.

Os princípios, na escoreita defesa de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2005, p.27):

Costumam ser conceituados como as diretrizes mestras de um sistema, como os fundamentos ou regras fundamentais de uma ciência. Em linguagem figurada, os princípios equivaleriam às colunas de sustentação do edifício jurídico, sobre as quais são construídas e com base nas quais são interpretadas as normas jurídicas. São os princípios que conferem coerência e consistência a determinado conjunto de normas, possibilitando sua compreensão como um sistema orgânico. Com efeito, os princípios consistem em proposições de caráter genérico que norteiam o elaborador das normas de direito e orientam o intérprete dessas normas.

Na mesma linha de pensamento, o ilustre autor Barroso (2010, p.204-205) assevera que os princípios são:

a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito.

Para estes autores conclui-se que os princípios seriam os pilares que sustentam todo o ordenamento jurídico, tendo em vista que funcionam como base fundamental ao intérprete, isto é, norteiam e orientam o elaborador das normas de direito, de modo que fornecem diretrizes que visam à correta compreensão e interpretação a um determinado conjunto de normas.

Portanto, pode-se concluir que os princípios dão sentido as normas, suprem lacunas e orientam quanto à aplicação e interpretação das mesmas, de modo que se torna incontestável a força normativa dos princípios, bem como a sua vasta relevância para o ordenamento jurídico, uma vez que são considerados como normas que incorporam valores e fundamentam a maioria dos sistemas jurídicos mundiais.

2.3 FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Os princípios possuem uma função tríplice, segundo as quais se classificam como funções informadora, normativa e interpretativa.

Nesse sentir, é o entendimento do ilustre autor Cunha Junior (2009, p.185) ao afirmar que os princípios “[...] têm um tríplice função, a saber, de *ser fundamento da ordem jurídica, com eficácia derogatória e diretiva; de orientar o trabalho interpretativo, e, finalmente, de ser fonte supletiva em relação às demais fontes do direito*”. (destaque do autor)

Do mesmo modo, José Augusto Ferreira Filho (2003, p.257) elucida uma face tríplice da função dos princípios, qual seja:

A função informadora serve de inspiração ao legislador, dando base para a criação de preceitos legais. São descrições informativas que irão inspirar o legislador para, num segundo momento servir de auxílio ao intérprete. Tem a função normativa ou integrativa o princípio, pois servirá como fonte supletiva, nas lacunas ou omissões da lei, quando não existam outras normas jurídicas que possam ser utilizadas pelo intérprete no caso concreto. (...) A interpretação da norma jurídica também deverá ser feita de acordo com os princípios. A função interpretadora irá servir de critério orientador do juiz ou do intérprete. Será uma forma de auxílio para a exata compreensão da norma jurídica.

Nota-se que a função informadora tem como finalidade inspirar o legislador na criação das normas, já a função normativa atua como fonte supletiva ou subsidiária, como meios de integração do direito, de modo que preenchem uma lacuna ou omissão do sistema.

Do mesmo modo, Delgado (1995, p.473) ao examinar a função normativa dos princípios entende que:

Podem os princípios, entretanto, em segundo lugar, cumprir o papel de fontes formais supletivas do Direito. Atuam como fontes normativas subsidiárias, à falta de outras normas jurídicas utilizáveis pelo intérprete e aplicador do Direito em face de um singular caso concreto.

A exemplo de função normativa dos princípios pode-se extrair o quanto disposto no art. 8^o da CLT, em que autoriza o próprio intérprete do direito a utilizar-se, no Direito do Trabalho, da analogia dos princípios gerais do direito em casos de omissões ou lacunas legislativas.

Ainda, a despeito da função interpretativa, leciona Mauricio Godinho Delgado (1995, p.473):

na fase jurídica, os princípios atuam, em primeiro lugar, como proposições ideais que propiciam uma direção coerente na interpretação da norma de Direito. São veios iluminadores à compreensão da norma jurídica construída. Cumpre, aqui, sua função mais clássica e recorrente, como veículo de auxílio á interpretação jurídica. Neste papel, os princípios contribuem no processo de compreensão da norma, balizando-a à essência do conjunto do sistema jurídico.

Além disso, conforme dito anteriormente, não menos importante é a função interpretativa dos princípios, de modo que operam como critérios orientadores do aplicador ou do intérprete do Direito, nos casos de conflitos de interpretação das normas jurídicas, a fim de buscar a norma jurídica mais adequada ao sistema.

Em síntese, os princípios possuem a finalidade de nortear, orientar, auxiliar e suprimir a ausência de normas para os operadores do direito, uma vez que dão substrato e inspiram o

¹ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

legislador na elaboração das normas; além de exercer a função de orientação na interpretação, ou seja, auxiliar o intérprete no momento de aplicação da norma a cada caso concreto; e, ainda, podem ser utilizados como fontes subsidiárias do direito, a fim de suprimir as omissões e lacunas do ordenamento jurídico.

2.4 PRINCÍPIOS PECULIARES DO DIREITO DO TRABALHO

É cediço que existem princípios que são gerais e se aplicam a todos os ramos do Direito, ocorre que, existem também os princípios específicos, de modo que é imprescindível que qualquer ciência, dotada de autonomia, tenha como base seus próprios princípios, conforme preceitua Arnaldo Süssekind (2006, p.202) “além dos princípios gerais do direito, certo é que os diferentes ramos da ciência jurídica possuem princípios próprios, sem os quais seria duvidoso afirma-lhes a autonomia”.

Pelo exposto, é incontestável a importância principiológica no Direito do Trabalho, uma vez que os princípios são elementos fundamentais na elaboração e aplicação da norma jurídica.

Traçando essas premissas é que se torna relevante a abordagem dos principais princípios específicos do Direito do Trabalho que se relacionam com a limitação a despedida arbitrária, um dos aspectos relevantes do presente trabalho.

2.4.1 Princípio da Proteção

O princípio da proteção foi um dos primeiros princípios revelados no Direito do Trabalho e, tem um papel de grande destaque na seara trabalhista, uma vez que, tem como fundamento basilar a proteção do empregado contra os abusos cometidos pelo empregador, uma vez que este é quem detém os poderes de contratação e de rescisão do vínculo, sendo a parte economicamente privilegiada, ao passo que aquele é a parte frágil, vulnerável e hipossuficiente, que necessita do trabalho para ter reconhecimento social, e principalmente, para subsistir.

Por esta razão, esse princípio também pode ser reconhecido como limitador ao direito potestativo do empregador de contratação e rescisão, bem como um dos pilares que fundamentam o direito à estabilidade.

Segundo José Augusto Rodrigues Pinto (2007, p.88):

Dos embates gerados pela *Revolução Industrial* brotou a certeza de que, nas relações de trabalho subordinado, a igualdade jurídica que afixou o caráter do Direito Civil em face dos sujeitos das relações que se responsabilizou por disciplinar, se esfacelaria na deformação que o poder econômico de um imporia à manifestação da vontade do outro. Firmou-se, então, o primeiro e até hoje forte *princípio* do Direito material do Trabalho: é imperioso amparar-se com a proteção jurídica a debilidade econômica do empregado, nas *relações (sobretudo a individual, mas também as coletivas) de emprego*, a fim de *restabelecer*, em termos reais, a igualdade jurídica entre ele e o empregador. Por isso, o classificamos como *princípio primário* do Direito material do Trabalho.

No Direito Brasileiro é possível observar esse princípio elencado no rol dos arts. 6º a 11º da Constituição Federal, e, principalmente no rol da Consolidação das Leis Trabalhistas, de modo que tal diploma legal é constituído alargamente de dispositivos fincados à proteção ao trabalhador.

Segundo Alfredo J. Ruprecht (1995, p.10):

toda a evolução do Direito do Trabalho tem sido primordialmente no sentido protetor da classe trabalhadora, o que resultou numa peculiar especialidade. O trabalhador depende do empregador, não só em tudo que diz respeito à tarefa que executa, mas também economicamente, portanto, é justo, para evitar que se torne totalmente submisso, protegê-lo contra os possíveis excessos ou desvios de seu empregador.

Por esta razão, nota-se que o Direito do Trabalho surge com o escopo de melhorar as condições de vida do ser humano, com o propósito de proteger a classe trabalhadora e nivelar as desigualdades, por esta razão que o direito dos trabalhadores é inserido no rol dos direitos sociais, previsto no art. 6º² da Constituição Federal, antevendo-se, de logo, a constitucionalização deste direito.

Existem relações jurídicas em que os sujeitos encontram-se em posições semelhantes, configurando a chamada igualdade substancial, ocorre que, existem relações em que fica evidente o desequilíbrio entre as partes, diante dessas situações espera-se uma atuação do Estado a fim de que sejam criados certos instrumentos de caráter protetivo para salvaguardar os interesses dos vulneráveis. (MARTINEZ, 2011, p.80)

Na concepção de Luiz de Pinho Pedreira da Silva (2005, p.36):

² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

a proteção ao trabalhador, em que consiste esse princípio, é a própria razão de ser do Direito do Trabalho. Nasceu ele da necessidade de transformar a liberdade e a igualdade formais nas relações de trabalho entre empregadores e empregados em liberdade e igualdade reais, o que se tornou possível mediante a técnica de contrabalancear a debilidade econômica dos trabalhadores com privilégios jurídicos, ou em outras palavras, com a proteção legal.

Segundo Américo Plá Rodrigues (1996, p.30) “o direito do trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre as pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive abusivas e iníquas”.

O princípio da proteção abarca a ideia de proteção máxima ao trabalhador, conforme leciona o ilustre autor Alfredo J. Ruprecht (1995, p. 27) é “como um manto protetor contra a intempérie da desigualdade social”.

Para Francisco Meton Marques de Lima (1994, p.) “o fundamento deste princípio decorre do art. 5º, I, CF, segundo o qual todos são iguais perante a lei”.

É cediço que a Constituição traz em seu art 5º, inciso I³, como preceito fundamental o princípio da isonomia, o que significa assegurar às pessoas que estejam em situações semelhantes os mesmos direitos e garantias, isto é, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

Não obstante em outros ramos do Direito a busca seja por uma igualdade jurídica, no Direito do Trabalho, o princípio da proteção traz a ideia de que deve ser alcançada uma igualdade substancial, isto é, uma igualdade efetiva, de fato, sendo este o fundamento matriz deste princípio.

Sendo assim, é que leciona Rodrigues, (1996, p. 28):

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante proteção, alcançar-se uma igualdade substancial verdadeira entre as partes.

Nesse sentido, incontestemente é que este princípio tem a finalidade de igualar as desigualdades, para que, deste modo, consiga-se alcançar uma igualdade substancial, devendo favorecer a classe mais hipossuficiente e vulnerável da relação, que é a quem se pretende proteger. Por esta razão, é que pode-se chegar a conclusão de que essa proteção é dada ao empregado em relação ao seu empregador.

³ CF/88. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

É imperioso destacar as lições de Martinez (2011, p.80) acerca da evolução das relações contratuais e a busca da igualdade substancial das relações:

As limitações ao exercício da autonomia privada constituíram as medidas pioneiras na busca do equilíbrio contratual entre os desiguais. Soluções como esta, aliás, tornaram-se evidentes a partir do século XIX, e assim se procedeu por força das lutas de classes, porque na relação de trabalho, essencial ao desenvolvimento da sociedade capitalista, não se identificava no polo operário o mínimo vestígio de qualquer liberdade contratual.

Antigamente as relações contratuais eram regidas pelo direito individual das partes, baseada na autonomia da vontade e na livre iniciativa para contratar. É importante salientar que assim como ao empregador era garantido o poder de contratar como, quando e com quem quisesse, também poderia despedir o empregado a qualquer tempo. Por esta razão, as partes contratantes sempre estiveram em “pé” de desigualdades, principalmente porque o empregador detinha o poder de contratar e de despedir numa época em que não haviam limites à imposição desta contratação e da dispensa, tampouco existam garantias mínimas asseguradas ao empregado, o que acarretou em diversos contratos celebrados em condições precárias ao trabalhador.

Portanto, a fim de buscar o nivelamento das relações jurídicas entre os dois sujeitos contratantes, e a fim de se garantir um mínimo de proteção ao trabalhador, assim considerado como hipossuficiente, fez-se necessário a criação de mecanismos capazes de limitar o exercício da autonomia privada. Pode-se dizer que um desses mecanismos foi o tratamento protetivo dado à parte mais hipossuficiente da relação.

Pelo princípio da proteção, uma vez supridas as diferenças, será, enfim, alcançada a igualdade substancial e efetiva, fundamento maior do referido princípio.

Ademias, é majoritário na doutrina que esse princípio pode ser subdividido em três subprincípios, quais sejam, *in dúbio pro operário*, prevalência da norma mais favorável e, por último, preservação da condição mais benéfica para o trabalhador, conforme será demonstrado.

2.4.1.1 *in dúbio pro operário*

Pelo princípio *in dúbio pro operário*, também denominado de *in dúbio pro misero*, sempre que uma mesma norma ensejar duas ou mais interpretações, o juiz deve aplicar aquela que for mais favorável ao empregado.

É este o entendimento do ilustre autor Alfredo J. Ruprecht (1995, p.14) ao afirmar que “esse princípio significa que uma mesma norma, quando suscetível de diversas interpretações, deve ser aplicada a que mais benéfica o trabalhador”.

Na mesma linha de pensamento, Amauri Mascaro Nascimento (2009, p.389) assevera que:

o primeiro, o *in dubio pro operário*, é princípio de interpretação, significando que, diante de um texto jurídico que possa oferecer dúvidas a respeito do seu verdadeiro sentido e alcance, o intérprete deverá escolher, dentre as hipóteses interpretativas viáveis, a mais benéfica para o trabalhador. (destaque do autor)

Existem discussões acerca da aplicação desse princípio na esfera processual trabalhista, principalmente no tocante à matéria probatória. A doutrina se divide em dois posicionamentos, veja-se.

Segundo Martins (2009, p.61):

O *in dubio pro operário* não se aplica integralmente ao processo do trabalho, pois, havendo dúvida, à primeira vista, não se poderia decidir a favor do trabalhador, mas verificar quem tem o ônus da prova no caso concreto, de acordo com as especificações dos arts. 333, do CPC, e 818, da CLT.

Em posicionamento semelhante debruça-se Rodrigues Pinto (2007, p.89):

Através da regra *in dubio pro misero* (na dúvida, decida-se pelo economicamente mais fraco), entra em jogo a *interpretação* da norma. Estabelece-se, então, que, se a norma permitir *mais de uma interpretação*, deve preferir-se a que mais favoreça ao empregado. Sua inteligência é clara e, por isso, não admite, a nosso ver, estendê-la até o *campo da prova, no processo*, o que redundaria num exagero e numa violação da regra processual autônoma de divisão do *ônus probandi*. Efetivamente, a harmonia entre as duas regras deve ser respeitada a todo custo, principalmente se considerarmos que a regra da divisão do ônus da prova deriva de um dos princípios mais incisivos do Direito Processual do Trabalho, o da *igualdade de tratamento das partes no processo*. Desse modo, para se evitar um choque inaceitável de princípios dos Direitos Material e Processual, quando se tratar de *interpretação da norma jurídica*, favorece-se o desvalido econômico; quando, entretanto, se tratar da *prova jurídica do fato jurídico*, decide-se contra quem deveria produzi-la, mesmo que seja o empregado.

Por último, ainda no que diz respeito a aplicabilidade do supramencionado princípio, mister se faz destacar o posicionamento da conceituada autora Alice Monteiro de Barros (2012, p.146) que sustenta que “só se deve decidir em favor do empregado quando houver fundada dúvida a respeito do alcance da lei e nunca para suprir deficiência da prova, cujo ônus lhe competia, tampouco quando implicar sacrifício do interesse público em função do interesse privado”.

Nota-se que para estes autores, o princípio do *in dubio pro operário* encontra uma mitigação diante dos arts. 333 do CPC e 818 da CLT, uma vez que o primeiro estabelece que “o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo, ou extintivo do direito do autor”, e o segundo traz em sua redação que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Em contrapartida, Américo Plá Rodrigues (1996, p.47) considera que o princípio *in dubio pro operário* deveria ser aplicado na esfera processual apenas em casos de inversão do ônus da prova, justificando tal entendimento no sentido de que o trabalhador tem maiores dificuldades em produzir um lastro mínimo probatório acerca dos fatos alegados, razão pela qual, entende que as mesmas razões de desigualdades que deram origem à aplicação do princípio da proteção justifica a aplicação do princípio do *in dubio pro operario* no Direito Processual do Trabalho.

A respeito, Plá Rodrigues (1996, p.48) afirma que:

a posição tradicional sustenta que o ônus da prova incumbe a quem efetua afirmações, e que somente cabe afastar-se desse critério básico nos casos em que o legislador estabeleceu presunções, que supõem uma inversão do ônus da prova.

Em que pese existam divergências doutrinárias acerca da aplicabilidade da regra do princípio *in dubio pro operário*, o entendimento consolidado dos Tribunais Pátrios é no sentido da inaplicabilidade do referido princípio na esfera processual, conforme demonstra os julgados abaixo:

Ementa: 1. RECURSO DE REVISTA AUSÊNCIA DE PROVA. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO OPERARIO . INAPLICABILIDADE. O princípio *in dubio pro operario* indica que se na norma jurídica há sentido *dubio*, o julgador deverá adotar a interpretação mais benéfica ao operário, em observância ao princípio da proteção legal do hipossuficiente, sendo, pois, de todo inaplicável quando há insuficiência ou ausência de prova. Recurso de Revista que se conhece e a que se dá provimento. (264400720055070012 26440-07.2005.5.07.0012, Relator: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 12/08/2009, 5ª Turma,, Data de Publicação: 21/08/2009). (grifos nossos).

Ementa: PRINCÍPIO IN DUBIO PRO OPERARIO. INAPLICABILIDADE EM MATÉRIA DE VALORAÇÃO DE PROVA. A aplicação do princípio *in dubio pro operario* restringe-se ao campo da interpretação de normas. Porém, no âmbito do direito processual, ele é inaplicável especificamente em questões atinentes à valoração das provas, onde vigora o princípio da igualdade entre as partes. (308200507623001 MT 00308.2005.076.23.00-1, Relator: DESEMBARGADOR TARCÍSIO VALENTE, Data de Julgamento: 14/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 13/03/2006). (grifos nossos).

PROVA ORAL DIVIDIDA. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL. AFASTADA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO "IN DUBIO PRO OPERARIO" EM MATÉRIA PROBATÓRIA. A prova oral produzida por ambas as partes, no tocante à irregularidade da marcação de ponto, restou dividida, de forma que não há como considerar que o autor desincumbiu-se do ônus de comprovar a alegada fraude, conforme a aplicação da distribuição do ônus da prova inserta no artigo 818 da CLT c/c artigo 333, I, do CPC, e em observância ao princípio da persuasão racional, já que afastada, em matéria probatória, a aplicação do princípio "*in dubio pro operario*". 818CLT333ICPC (2599200750102007 SP 02599-2007-501-02-00-7, Relator: MARCELO FREIRE GONÇALVES, Data de Julgamento: 27/05/2010, 12ª TURMA, Data de Publicação: 11/06/2010). (grifos nossos).

Pelo exposto, em razão de o *in dubio pro operário* ser ainda um princípio que gera inúmeras discussões acerca da sua aplicabilidade, pode-se afirmar que tal princípio não pode ser aplicado de forma ilimitada e absoluta, de maneira existem restrições acerca da sua aplicação, cabendo ao juiz, diante dos casos concretos, aplicar o princípio apenas quando for evidente a dificuldade do autor em se desincumbir do seu ônus de prova.

Outrossim, é importante salientar ainda que existem outras limitações acerca da aplicabilidade deste princípio, conforme se demonstrará.

Segundo Alfredo J. Ruprecht (1995, p. 17):

Em primeiro lugar, convém ter presente que é preciso que haja uma dúvida real sobre o alcance ou interpretação da norma em questão e que não seja aplicada pelo simples afã de criar novos direitos em favor do trabalhador. Em segundo lugar, não deve contrariar a vontade do legislador.

Para Plá Rodrigues (1996, p.48) tais limitações podem ser definidas como condições à aplicabilidade do princípio.

Como se vê, o referido princípio somente poderá ser aplicado quando houver dúvidas acerca do sentido e alcance de uma norma, devendo ainda estar em total consonância com a vontade do legislador.

2.4.1.2 Prevalência da norma mais favorável

Por este princípio, como o próprio nome diz, aplica-se quando houver mais de uma norma que podem ser aplicadas a uma mesma situação, devendo o magistrado decidir pela norma que seja mais favorável ao trabalhador.

Consoante à lição de Alfredo J. Ruprecht (1995, p.21) “a aplicação desse princípio significa que há diversas normas que regem uma mesma circunstância e, portanto, é preciso escolher uma delas, a que mais beneficie o trabalhador”.

O princípio da norma mais favorável enuncia que existindo diversas normas aplicáveis a uma situação, a escolha deve ser sempre pela norma que beneficie o empregado (PINTO, 2007, p.89).

Vale dizer, o magistrado deve ficar adstrito à situação fática, isto é, deve avaliar a aplicabilidade das normas que dispõem sobre o mesmo tipo de direito conforme os fatos

ocorridos no caso concreto, para, posteriormente, decidir pela norma que seja mais vantajosa ao trabalhador, independentemente de hierarquia.

Um exemplo claro revela-se conforme a dicção do art. 620 da CLT, que dispõe que “as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas no acordo”.

Além disso, também a título exemplificativo, é cediço que existem empresas que possuem regulamentos próprios, e, em alguns casos dentro do regulamento existe um dispositivo que regula uma mesma situação prevista em lei, o juiz ao analisar o caso concreto vai aplicar a norma mais favorável, seja a do regulamento ou da lei.

Corroborado com o dito acima acerca da hierarquia das normas, é importante salientar o que afirma Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2005, p.28):

Percebe-se, assim, que o Direito do Trabalho não adota o sistema clássico da hierarquia das normas, aplicável ao direito comum, mas sim um modelo de hierarquia dinâmica das normas, consistente na aplicação prioritária de uma “norma fundamental”, que sempre será a mais favorável ao trabalhador, salvo disposições estatais proibitivas ou de ordem pública.

Na mesma esteira, Plá Rodrigues (1996, p.54) reforça a ideia de que “não se aplicará a norma correspondente dentro de uma ordem jurídica hierárquica predeterminada, mas se aplicará, em cada caso, a norma mais favorável ao trabalhador”.

Ora, não significa dizer que não exista hierarquia entre as normas, o que se quer dizer é que no Direito do Trabalho, em razão do princípio da aplicação da norma mais favorável, no ponto mais alto da pirâmide sempre estará a norma que for mais favorável ao trabalhador, sendo esta a norma hierarquicamente superior.

Conforme dito alhures, a aplicação da norma mais favorável comporta exceções, sempre que se tratar de disposições estatais proibitivas ou normas que versarem sobre matéria de ordem pública, com relação à primeira exceção, fica autorizado ao Estado vedar a aplicabilidade da norma mais favorável ao trabalhador sempre que essa norma violar as leis proibitivas, ainda, com relação a segunda exceção, a norma mais favorável ao trabalhador poderá deixar de ser aplicada em detrimento das uma lei de ordem pública, de modo que estas não podem ser contrariadas. (PAULO E ALEXANDRINO, 2005, p.29).

É imperioso destacar que, segundo Martins (2009, p.61), a aplicação deste princípio poderá ocorrer de três maneiras, quais sejam:

a) a elaboração da norma mais favorável, em que as novas leis devem dispor de maneira mais benéfica ao trabalhador. Com isso se quer dizer que as novas leis

devem tratar de criar regras visando à melhoria da condição social do trabalhador; b) a hierarquia das normas jurídicas: havendo várias formas a serem aplicadas numa escala hierárquica, deve-se observar a que for mais favorável ao trabalhador. Assim, se o adicional de horas extras previsto em norma coletiva for superior ao previsto na lei ou na Constituição, deve-se aplicar o adicional da primeira. A exceção à regra diz respeito a normas de caráter proibitivo; c) a interpretação da norma mais favorável: da mesma forma, havendo várias normas a observar, deve-se aplicar a regra mais benéfica ao trabalhador.

Por fim, sempre que houver dúvidas acerca da aplicabilidade da norma mais favorável, o aplicador do direito deve atentar-se a certos mecanismos, quais sejam, a acumulação, também denominada de atomística, em que o aplicador retira de cada norma aquilo que for mais favorável e aplica-os no caso concreto; há também o conglobamento, também chamado de incidibilidade, que significa que o aplicador deve verificar conjuntamente qual norma é mais favorável ao empregado e aplicá-la, expurgando a aplicação das demais; por fim, há o conglobamento por institutos, também denominado de conglobamento mitigado ou orgânico, que faculta ao aplicador a verificar e selecionar dentro do conjunto normativo mais favorável os institutos, podendo, desta forma, apreciá-los separadamente, para decidir qual deles é o mais benéfico ao trabalhador. (MARTINEZ, 2011, p.81-82).

Pelo exposto, por este princípio, existindo interpretações diversas acerca de uma mesma norma, o magistrado deve decidir pela norma mais vantajosa ao empregador.

2.4.1.3 Princípio da condição mais benéfica

Por este princípio, sempre que o magistrado se deparar com conflitos entre cláusulas normativas que estabeleçam condições de trabalho ou vantagens ao trabalhador, deve sempre privilegiar ou aplicar a que for mais benéfica para o empregado.

Américo Plá Rodrigues (1996, p.60) considera que “a regra da condição mais benéfica pressupõe a existência de uma situação concreta, anteriormente reconhecida, e determina que ela deve ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador que a nova norma aplicável”.

É claro o entendimento do autor Sergio Pinto Martins (2009, p.61) no que concerne a esta regra:

A condição mais benéfica ao trabalhador deve ser entendida como o fato de que vantagens já conquistadas, que não mais benéficas ao trabalhador, não podem ser modificadas para pior. É a aplicação da regra do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da Constituição), do fato de o trabalhador já ter conquistado certo direito, que não

pode ser modificado, no sentido de se outorgar uma condição desfavorável ao obreiro.

Na mesma esteira, Mauricio Godinho Delgado (2012, p.197) afirma que:

Este princípio importa na garantia de preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF/88). Ademais, para o princípio, no contraponto entre dispositivos contratuais concorrentes, há de prevalecer aquele mais favorável ao empregado.

Nota-se que é aplicado a este princípio a regra do direito adquirido previsto no art. 5º, inciso XXXVI⁴ da Carta Magna, tendo em vista que as condições mais vantajosas já conquistadas pelo trabalhador não podem ser modificadas se as condições posteriores causarem prejuízos ao obreiro, de modo que o aplicador do direito deve sempre aplicar e respeitar aquela condição que lhe for mais favorável.

O entendimento que se extrai deste princípio é que para que as novas condições sejam aplicadas é necessário que estas sejam mais benéficas que as condições anteriores, de modo que, conforme assevera Marques de Lima (1994, p.85) “o empregado contratado sob a vigência de determinadas condições a ele asseguradas não pode ser rebaixado à condição inferior”.

Ademais, Marques de Lima considera ainda que existem dois fundamentos que suportam o princípio da condição mais benéfica, quais sejam, que a modificação das normas trabalhistas não pode operar *in pejus*, e, que o rebaixamento fere o direito adquirido previsto e protegido pela Constituição. (1994, p.85)

É importante salientar que a regra da condição mais benéfica se correlaciona com o da norma mais favorável e com a regra do *in dubio pro operário* na medida em que se distinguem, de modo que a primeira pressupõe a existência de norma anterior, que por ser mais benéfica ao trabalhador, deve ser respeitada pelo aplicador do direito, já com relação a regra do *in dubio pro operario* se distingue por ser mais geral e ter previsão expressa no ordenamento jurídico. (RUPRECHT, 1995, p.26)

Incontestável é que este princípio foi recepcionado pelo nosso ordenamento jurídico, de modo que pode ser extraído de diversos dispositivos legais, conforme se demonstrará a seguir.

Conforme redação do art. 468 da CLT, “nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

⁴ XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Ademais, impende asseverar que o fundamento deste dispositivo é justamente o direito adquirido diante dos negócios jurídicos estabelecidos em relações individuais de emprego, de modo que não é possível a aplicação do referido princípio nos contratos coletivos de trabalho, tendo em vista que os trabalhadores, nestes casos, são representados pelo sindicato, não havendo necessidade de se invocar o princípio da proteção, já que as ações e negociações propostas pela entidade sindical tem o objetivo de proporcionar a melhoria. (MARTINEZ, 2011, p.84-85).

Em linhas gerais, pode-se esclarecer que o princípio da proteção não se aplica nas relações coletivas de trabalho, em que o empregado é representado pela entidade sindical, e negocia com o empregador em igualdade de condições.

Do mesmo modo, é possível observar que este princípio também foi incorporado pela jurisprudência trabalhista conforme se observa o teor da súmula 51 do Tribunal Superior do Trabalho:

51. NORMA REGULAMENTAR.VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO.ART.468 DA CLT.

I- As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

II- Havendo coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.

Pelo exposto, é importante destacar que a aplicabilidade de uma cláusula que seja menos favorável terá validade apenas com relação aos trabalhadores novos, de modo que aos trabalhadores antigos continua vigendo a cláusula anterior a revogação ou alteração do regulamento, mantendo, desta forma, as vantagens ou condições anteriormente deferidas.

2.4.2 Princípio da continuidade da relação de emprego

O princípio da continuidade da relação de emprego tem grande importância para o tema do presente trabalho, uma vez que se correlaciona a ideia de estabilidade.

É cediço que o trabalho tem vasta importância social, porque é através do trabalho que o homem de maneira digna pode garantir a sua subsistência. Mais ainda, a todos os cidadãos é garantido o direito ao trabalho, sendo este um direito social previsto no rol de direitos e garantias fundamentais, conforme se observa da redação do art. 6º da Constituição Federal.

Este princípio tem íntima ligação com o princípio da proteção do empregado, de modo que a o trabalho é fonte de subsistência do trabalhador, ou seja, é através dos rendimentos advindos com o trabalho que o trabalhador pode prover como fonte alimentar o seu próprio sustento e o da sua família, desse modo, quanto maior a durabilidade do vínculo empregatício, melhores e maiores serão as condições do empregado, configurando assim uma relação de equilíbrio. (PINTO, 2007, p.91)

Nesse sentido, é incontestável que o Direito do Trabalho, através do princípio da continuidade, traduz a ideia de manutenção e preservação dos vínculos empregatícios.

A compreensão deste princípio está ligada a presunção de que as relações contratuais, em regra, são indeterminadas, isto é, os contratos são celebrados para que sua duração se prolongue no tempo. A razão deste princípio, é, portanto, manter e conservar o vínculo empregatício existente entre o empregado e seu empregador.

Para Plá Rodrigues (1996, p.141) “este princípio expressa a tendência atual do Direito do Trabalho de atribuir à relação de emprego a mais ampla duração, sob todos os aspectos”.

Na mesma linha, é importante salientar o entendimento de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2005, p.31):

Esse princípio reza que, em regra, o contrato de trabalho terá validade por prazo indeterminado, isto é, a relação de emprego tem caráter de continuidade. Os contratos se presumem por prazo indeterminado; a situação contrária, ou seja, a determinação do prazo, precisa ser provada. Portanto, sempre que nada constar no contrato de trabalho a respeito de seu prazo de duração, considera-se que o trabalhador tenha sido contratado por prazo indeterminado.

É de se consignar ainda que, os contratos por prazo determinado só podem ser celebrados se foram nas hipóteses em que há previsão legal, e ainda assim, havendo descumprimento do prazo, isto é, se o contrato ultrapassar o prazo que foi estabelecido no contrato, este se converterá imediatamente em contrato por prazo determinado, o que demonstra a influência e relevância do princípio supra em nosso Direito. (PAULO E ALEXANDRINO, 2005, P.31)

É importante frisar que, não obstante o princípio da continuidade seja a regra no Direito do Trabalho, visando sempre à conservação da fonte do trabalho, existem exceções, isto é, há previsão na lei de que alguns contratos podem ser celebrados por tempo determinado, é o exemplo do contrato de trabalho temporário, mas isso somente pode ocorrer se o prazo for previamente estabelecido no contrato, caso contrário, considerar-se-á o contrato de duração indeterminada.

Desse modo, é possível notar a vasta importância da manutenção e conservação dos vínculos empregatícios, em outras palavras, esse princípio revela-se na ideia de dar a relação de emprego a mais expressiva duração.

Outrossim, indubitável é que esse princípio foi estabelecido em benefício do trabalhador, conforme entendimento de Ruprecht (1995, p.55):

O princípio da continuidade do contrato aplica-se fundamentalmente em benefício do trabalhador. Uma vez que seu objetivo é evitar que este perca seu emprego, só pode ser esgrimido por ele. Assim como o empregador não pode, de maneira alguma, impedir que o trabalhador faça uso desse princípio, tampouco pode utilizá-lo em seu favor, impedindo a saída do trabalhador. Apesar disso, esse princípio opera também em favor da parte patronal. O trabalhador tem mais segurança de continuar seu emprego e o empregador se beneficia com a experiência e a estabilidade do trabalhador.

Em síntese, não obstante seja em algumas situações vantajoso ao empregador a manutenção do empregado no emprego, em razão da sua experiência no exercício da atividade, este não pode utilizar-se do princípio da continuidade para impedir a saída do empregado no emprego.

Sobre o tema, é imperioso destacar o entendimento consolidado pelo Egrégio TST, veja-se:

TST Enunciado nº 212. Ônus da Prova - Término do Contrato de Trabalho - Princípio da Continuidade. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado. (Res. 14/1985, DJ 19.09.1985).

Este princípio favorece o trabalhador também na distribuição do ônus da prova, haja vista que se o empregador nega a existência da prestação de serviços bem como a dispensa do empregado, restando comprovada a existência do vínculo empregatício, cabe ao empregador fazer a prova das razões que ensejaram o término do contrato. (BARROS, 2012, p.147).

Como se vê, a súmula supracitada milita em favor do empregado, pois traduz que nos casos em que o empregador negar o despedimento e a prestação de serviços, o ônus de provar o término do contrato de trabalho é do empregador, vez que o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado. Em outras palavras, esse princípio pressupõe que o trabalhador não renunciou e nem abandonou o emprego.

Além disso, Alice Monteiro de Barros (2012, p.146) considera ainda que “esse princípio revela que o Direito do Trabalho tende a resistir à dispensa arbitrária (...)”.

Plá Rodrigues (1996, p.156) afirma que:

Talvez a principal expressão do princípio da continuidade seja esta: a resistência a que o empregador possa romper o contrato por sua vontade exclusiva. A tendência predominante é que o contrato de trabalho subsista enquanto se conserve o trabalho, porque é cada vez mais firme e ampla a convicção de que a relação de emprego

somente deve poder ser dissolvida validamente quando exista algum motivo justificado.

É possível observar que a própria Constituição Federal de 1988 previu uma regra contra dispensa arbitrária do empregador, garantindo em seu art. 7º, inciso I⁵, que são direitos dos trabalhadores a “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Insta salientar ainda que para Marques de Lima (1994, p.105):

O princípio da continuidade não significa a eternização dos contratos de trabalho. Mantém-se intocada a liberdade do trabalhador de mudar de emprego e de desligar-se da empresa. Quanto ao empregador, parte presumidamente mais forte, é que se exige certa limitação da faculdade de despedir. Com isso, pretende-se impedir despedida de empregados sem um motivo justo, motivo esse de qualquer ordem, ou disciplinar, ou técnica ou econômica. A despedida imotivada é uma anomalia jurídica, razão pela qual o direito do trabalho criou-lhe óbices, umas legislações mais rigorosas e outras frágeis, como a brasileira.

A fim de garantir maior proteção ao trabalhador contra as arbitrariedades do empregador é que o Constituinte impôs uma limitação ao poder do empregador, vedando expressamente a dispensa imotivada, ou seja, criou um óbice a despedida de empregados sem motivo justo e fundamentado.

Portanto, pode-se concluir que a regra do princípio em tela é a de que os contratos sejam pactuados por prazo indeterminado, passando o empregado a integrar a estrutura da empresa de forma permanente, somente por exceção admitindo-se o contrato por prazo determinado ou a termo.

É importante ressaltar que com relação à dispensa imotivada e o direito a estabilidade, tema do presente trabalho, são institutos que serão tratados com mais afinco e maior importância posteriormente.

⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

3 ESTABILIDADE

Com o intuito de proteger o trabalhador contra a dispensa imotivada surge a garantia da estabilidade, que será objeto de análise deste capítulo.

3.1 BREVE HISTÓRICO

Ab initio, é imprescindível que seja feita uma análise acerca da evolução do instituto da estabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

O instituto da estabilidade no Brasil passou por uma longa evolução, principalmente legislativa, de modo que remonta às leis anteriores a Carta Magna vigente.

A ideia de estabilidade nasce no serviço público, conforme entendimento de Sergio Pinto Martins (2009, p.397) ao afirmar que “os servidores públicos passaram a ter direito a estabilidade com a Lei nº 2.924, de 1915, que proibia a despedida, desde que tivessem 10 anos de serviço”.

Como se vê, o marco inicial do surgimento da estabilidade no emprego ocorreu em 1915, por intermédio da lei nº 2.924/1915, que concedeu estabilidade ao servidor público que possuísse, no mínimo, dez anos de serviço.

Dando continuidade ao entendimento do referido autor, com relação à estabilidade no setor privado, Martins (2009, p.397) afirma que:

A primeira norma que efetivamente tratou da estabilidade no setor privado foi o Decreto nº 4.682, de 24-1-1923, a chamada Lei Eloy Chaves, constituindo-se num maço histórico. Eloy Chaves era deputado federal, representante eleito pela categoria dos ferroviários. As ferrovias na época eram poucas, mas poderosas. Tinham grande número de empregados. Os empregados mais velhos ficavam sujeitos a doenças e a dispensas em primeiro lugar que outros empregados. Teriam de estar amparados, assim, pela Previdência Social. Para isso, estabeleceu-se uma forma de dificultar as dispensas, isto é, a estabilidade.

Do mesmo modo, Alice Monteiro de Barros (2012, p.767) considera que “a estabilidade no emprego surgiu no Brasil em 1923, com a Lei Elói Chaves, que a instituiu para os trabalhadores ferroviários que completassem 10 anos de serviço junto ao mesmo empregador”.

A estabilidade concedida aos empregados que completassem dez anos de serviço é chamada estabilidade decenal, em que garantia aos empregados que após dez anos ininterruptos de serviços prestados ao mesmo empregador adquiria a estabilidade no emprego, não podendo, desta forma, ser dispensando, com a exceção de cometimento da falta grave que caracterizasse a justa causa.

Para João Regis Fassbender Teixeira (1995, p.632):

[...]a estabilidade nasceu, oficialmente no País, não com o escopo direito de defender ou proteger um pouco a mais o já então miserável abandonado trabalhador brasileiro. O que se quis fazer e o que foi feito, realmente, foi dar proteção ao Governo Federal. Vislumbrando clara e abertamente defender ao Governo e suas instituições previdenciárias.

Ainda, Hugo Gueiros Bernardes (1989, p. 435) afirma que:

A estabilidade surgiu, no Brasil, para viabilizar as caixas de aposentadoria, depois se transformou em regra geral para todos os trabalhadores com dez anos de casa, em seguida foi virtualmente aniquilada por um sistema de “opção” pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e, agora, com a Constituição de 1988, deixou de ser garantia constitucional do trabalhador, pois, o que se consigna na nova Constituição é uma “proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa”, que será regulada em lei complementar, a qual desde logo se diz que deverá prever “indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Perceba-se que a finalidade precípua da estabilidade decenal não foi a proteção ao empregado contra o exercício do direito potestativo do empregador de dispensa imotivada, ao contrário, o interesse maior estava na capitalização financeira das caixas de aposentadoria, através das contribuições previdenciárias dos empregados, empregadores e do próprio governo (CAIRO JÚNIOR, 2009, p.540)

Nota-se que a estabilidade surgiu por interesses previdenciários, criada para defender os cofres do governo, isto é, tendo como finalidade viabilizar os caixas de aposentadoria, de modo que a manutenção da caixa de aposentadoria dos ferroviários dependia de recursos, que eram viabilizados através das contribuições previdenciárias, mas, para que isso fosse possível era imprescindível o desenvolvimento do trabalho.

Com o passar do tempo, a garantia da estabilidade decenal se estendeu a outras categorias de empregados, quais sejam, para os portuários em 1926, para os trabalhadores em transporte urbano; luz; força; telefones; água e esgotos em 1930, para os bancários em 1934, e, neste mesmo ano, para os comerciários (FASSBENDER TEIXEIRA, 1995, p.632)

Alice Monteiro de Barros (2012, p.767-768) leciona que “no plano constitucional, a primeira carta que tratou do assunto foi a de 1937”.

A referida Carta Magna de 1937 previu a estabilidade no seu art. 137, aliena f, conforme demonstrado abaixo.

Art. 137 – A legislação do trabalho, observará, além de outros, os seguintes preceitos: f) nas empregas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço.

Com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, uniformizou-se o instituto da estabilidade nos arts. 492 a 500.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2005, p. 406) asseveram que em 1943, a CLT instituiu a estabilidade geral, vedando a dispensa de todos os trabalhadores que completassem 10 anos na empresa, salvo o cometimento de falta grave, devidamente comprovada.

Durante muito tempo, a estabilidade decenal foi a forma consagrada no ordenamento jurídico, tanto na legislação constitucional como na legislação trabalhista, porém, entrou em declínio em 1966, porquanto a promulgação da lei que criou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço aplicou-lhe o primeiro golpe, e em 1967, a Constituição Federal vigente confirmou a alternatividade da garantia do emprego com a do tempo de serviço (RODRIGUES PINTO, 2007, p.526-527).

Alice Monteiro de Barros (2012, p. 768) afirma que:

Com a Constituição de 1967, a estabilidade no emprego passou a coexistir com o regime de Fundo de Garantia e, finalmente, a partir da Constituição de 1988, este regime tornou-se obrigatório, eliminando-se do cenário jurídico a estabilidade no emprego, ressalvado o direito adquirido dos que já eram contemplados com ela, porque já contavam com 10 anos de serviço junto ao mesmo empregador, sem terem manifestado a opção pelo FGTS.

Nesse sentir, aduz ainda a autora (2012, p. 768) que:

Ingressando o empregado na empresa, na condição de optante pelo FGTS, impossível seria a aquisição da estabilidade decenária, a não ser que o regimento interno das empresas o previsse, como regra mais favorável, o que é pouco provável ou quase impossível.

Como se vê, a estabilidade no emprego foi elevada à hierarquia constitucional a partir da Carta de 1937, em que havia previsão da estabilidade decenal, garantia que permaneceu na Carta de 1946. Entretanto, após a promulgação da lei 5.107 foi instituído o regime do FGTS, o que relativizou o instituto da estabilidade no emprego, porquanto estabeleceu ao empregado a opção pelo referido regime.

Em outras palavras, a estabilidade decenária configurava-se como uma garantia de emprego concedida àqueles empregados que completassem 10 anos de serviço, e que não optassem pelo regime do FGTS, de maneira que essa garantia obstava a sua despedida imotivada.

Contudo, com a Carta Constitucional de 1967 previu-se a possibilidade do empregado optar pelo regime de Fundo de Garantia por tempo de serviço, e uma vez optando por este regime, o empregado renunciaria à estabilidade.

A opção pelo regime de FGTS excluía o direito à estabilidade, de modo que os dois regimes não podiam conviver concomitantemente, isto é, o empregado poderia optar apenas por um deles.

Ocorre que nem sempre foi assim, principalmente com a Carta Magna de 1988 que terminou com a estabilidade decenal, mantendo o direito a estabilidade geral definitiva apenas aos trabalhadores que a alcançaram em data anterior à sua vigência.

Nesse sentido, Martins (2009, p.398) afirma que “a Constituição de 1988 alterou o sistema que até então vinha sendo seguido, pois extinguiu a estabilidade e a alternatividade que existiam com o fundo de garantia (...)”.

Na mesma esteira, imperioso se faz mencionar o entendimento da ilustre Alice Monteiro de Barros (2012, p.768):

Com a Constituição de 1967, a estabilidade no emprego passou a coexistir com o regime do Fundo de Garantia e, finalmente, a partir da Constituição de 1988, este regime tornou-se obrigatório, eliminando-se do cenário jurídico a estabilidade no emprego, ressaltando o direito adquirido dos que já eram contemplados com ela, porque já contavam com 10 anos de serviço junto ao mesmo empregador, sem terem manifestação a opção pelo FGTS.

Como se vê, com a promulgação da Constituição Federal foi abolido o instituto da estabilidade decenária, também denominada estabilidade absoluta, tendo em vista que consolidou em seu texto a obrigatoriedade do regime do FGTS, isto é, o empregado não poderia mais optar por este regime, uma vez que estaria obrigado a se submeter ao mesmo. Entretanto, a Constituição garantiu a estabilidade aos empregados estáveis que tinham adquirido a estabilidade antes da sua vigência, o que significa dizer que garantiu a estabilidade àqueles que tinham mais de dez anos do exercício de suas atividades na mesma empresa, como um direito adquirido.

Por esta razão, é relevante mencionar o raciocínio de Martinez (2011, p.554):

A Constituição da República, promulgada em 5 de outubro de 1988, trouxe uma novidade no campo das fórmulas de garantia do tempo de serviço: estendeu para todos os empregados brasileiros o regime do FGTS na medida em que, no seu art. 7º, III, declarou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço como direito extensível a todos. Esse foi o marco extintivo do regime originário da CLT, uma vez que a estabilidade definitiva de caráter legal não seria compatível com a sistemática que se impunha a partir de então para todos. Desse modo, passaram a conviver no ordenamento jurídico duas espécies de empregados: a) aqueles que estavam totalmente inseridos no regime do FGTS, inclusive por conta de opção anterior à

promulgação da Constituição; b) aqueles que viviam situação híbrida, porque, não tendo optado pelo FGTS, foram obrigados a ingressar nesse regime pelo texto constitucional.

Nesta toada, afirma Godinho Delgado (2012, p.1271):

Neste contexto de acanhamento do instituto, restaram apenas três importantes exemplos estabilitários no Brasil: a dos antigos contratos regidos pela CLT (de pré-1988); a dos contratos de servidor público celetista com cinco anos no emprego ao tempo da Constituição (desde 5.10.1983, portanto), situação criada pelo art. 19 do ADCT da Constituição; finalmente, a estabilidade do servidor público celetista concursado, adquirida nos moldes do art. 41 do mesmo Texto Máximo(...).”

A estabilidade celetista é regulada pela CLT através do art. 492⁶. Não obstante a Constituição Federal tenha dado fim a dualidade de regimes jurídicos, garantiu o regime estabilitário celetista aos antigos empregados, cujo direito adquirido remonta ao período anterior a vigência da Carta Magna, além disso, garantiu também a estabilidade do art. 19⁷ do ADCT da Constituição, que favoreceu os servidores públicos em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados e que não tenham sido admitidos por meio de concurso público, por fim, garantiu também a estabilidade do art. 41⁸ da CF/88, conferindo esta garantia ao servidor nomeado para cargo de provimento efetivo, aprovados em concurso público, após três anos de exercício (GODINHO, 2012, p.1271-1273).

A análise histórica evidencia que a figura da estabilidade enfraqueceu-se desde o advento do FGTS e da promulgação da Constituição Federal de 88, que trouxe em seu art. 7º, inciso I uma proteção legal contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, e uma forma de compensação pecuniária no caso de dispensa imotivada, mas manteve em seu ordenamento três situações estabilitárias com vigência anterior ao seu texto constitucional, e trouxe como inovação as estabilidades provisórias, e quanto a estas, pode-se dizer que não estão ligadas apenas ao fator tempo, mas, a outros fatores, físicos ou relacionados a própria função que garantem a este indivíduo a permanência no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, conforme se demonstrará.

Feitas essas premissas, é importante fazer uma análise sobre as noções gerais da estabilidade na doutrina, jurisprudência e no ordenamento jurídico.

⁶ Art. 492. O empregado que contar mais de dez anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

⁷ Art. 19 - Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no Art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

⁸ Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

3.2 CONCEITO

Sérgio Pinto Martins (2009, p.399), ao comentar o conceito de estabilidade no emprego afirma que:

estabilidade é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida. Tem assim, o empregado o direito ao emprego, de não ser despedido, salvo determinação de lei em sentido contrário.

De acordo com Vólia Bonfim Cassar (2011, p.1178) “a estabilidade no emprego é a garantia que o empregado tem de não ser despedido senão nas hipóteses previstas em lei ou no contrato. Esse direito atenua o poder potestativo do empregador de despedida”.

É cediço que o empregador tem o direito de rescindir o contrato a qualquer tempo, sem que exista um motivo justificável, mas apenas pode fazê-lo com a condição de que avise com antecedência mínima de trinta dias ao empregado sobre a sua dispensa, esse direito do empregador é um direito potestativo que encontra limitações no instituto da estabilidade, configurando-se como um direito do trabalhador de permanência no emprego mesmo contra a vontade do empregador (CAIRO JÚNIOR, 2009, p.540).

A respeito da despedida arbitrária, em que pese exista previsão na lei da vedação a essa modalidade de dispensa, não há sanção severa ao empregador que contrariar essa proibição, nesse sentido, assevera Marques de Lima (1994, p.108) que “no Direito Brasileiro, a despedida arbitrária não é punida. Impõe apenas o pagamento de aviso prévio e de indenização de 40% do FGTS”.

Assim, resta evidenciar que a estabilidade foi criada para propiciar vida digna às pessoas, assegurando que as relações de emprego sejam pautadas de proteção, a fim de conferir à classe trabalhadora maior segurança com relação às arbitrariedades cometidas pelo empregador na vigência do contrato de emprego, contudo, não se pode negar que é direito potestativo do empregador despedir o empregado a qualquer tempo, ainda que sem justa causa, restando-lhe como obrigação o pagamento de indenização compensatória.

Em outras palavras, a estabilidade é uma forma de limitar o direito potestativo do empregador de despedir o empregado em algumas situações previstas em lei, mesmo que contra sua vontade, e a não observação desse limite gera o dever de pagar ao empregado uma indenização pecuniária.

Como se vê, a estabilidade não é mais absoluta, de maneira que pode ser relativizada pelo instituto da justa causa, o que significa dizer que se o empregado, ainda que estável, praticar conduta que caracteriza falta grave, pode ser dispensado em razão de motivo justificável, outrossim, também pode o empregador dispensar o empregado que não seja estável, de modo que é um direito que lhe é conferido por lei, contudo, tal dispensa gera a consequência do pagamento de uma indenização ao empregado.

Feitas as considerações acerca do conceito de estabilidade, é relevante fazer uma análise sobre a diferenciação entre esse instituto e o instituto da garantia de emprego.

3.2.1 Estabilidade x Garantia de emprego

Em continuidade, é importante salientar que o instituto da estabilidade se difere da garantia de emprego.

Segundo Luciano Martinez (2011, p.553):

As garantias de emprego são, a rigor, fórmulas genéricas que visam à proteção do empregado contra a rescisão por iniciativa patronal. O princípio da continuidade é entendido como fundamento dessas fórmulas, porque se baseia na ideia de que a constância do vínculo entre empregado e empregador produz uma sensação de segurança social. É justamente essa segurança social o elemento motivador de um conjunto de normas jurídicas que visam a impedir ou restringir os atos de terminação do contratos de emprego por iniciativa patronal.

Mais além, Martinez entende que existem duas formas de proteção, de modo que subdivide a garantia de emprego em duas espécies, quais sejam, a garantia de emprego básica ou garantia de emprego em sentido estrito, que tem por finalidade desestimular a atuação resilitória do empregador, e a garantia de emprego especial, também denominada de estabilidade, que tem por finalidade impedir a despedida imotivada diante de algumas situações específicas (2011, p.553).

Segundo Cassar (2011, p.1177) “estabilidade e garantia de emprego constituem institutos afins, porém diversos, não se confundindo”.

A garantia de emprego, além ser uma limitação ao direito potestativo do empregador de despedida, tem também a função de criar mecanismos a fim de evitar o desemprego através de estímulos, ao revés, o instituto da estabilidade é o direito garantido ao empregado de não ser despedido, salvo se o mesmo praticar ato que caracterize a violação do contrato (VALENTIN CARRION, 2011, p.407).

Cassar (2011, p.1177) vai mais além ao diferenciar a estabilidade de garantia de emprego:

A garantia de emprego é gênero do qual a estabilidade é espécie. Toda medida praticada com o intuito de diminuir o desemprego, recolocar o trabalhador no mercado de trabalho, incentivar a admissão, desestimular a dispensa, obstar ou onerar a despedida arbitrária, capacitar o profissional no sentido de aproveitá-lo no mercado é considerada medida de garantia no emprego. A garantia no emprego é um instituto político-social-econômico, enquanto a estabilidade é um instituto trabalhista.

Nota-se que a garantia de emprego é o gênero que abrange a estabilidade, ocorre que, enquanto que a estabilidade é um direito que protege o trabalhador contra dispensas arbitrárias, a garantia de emprego também tem o condão de proteção através de políticas de emprego, uma vez que utiliza-se de mecanismos a fim de fomentar o trabalho.

Ademais, é imperioso demonstrar a distinção entre os institutos trazida pela autora Raquel Tiago Bezerra (2004, p.203):

O efeito mais esclarecedor trazido pela distinção conceitual entre garantia de emprego e estabilidade, é, no entanto, a **possibilidade** de despedida, pelo empregador ao empregado, nos casos de garantia de emprego, e pela **proibição** dessa despedida, no case de estabilidade, disso se concluindo que, apesar de mais ampla (e até mesmo por isso), a garantia de emprego é mais flexível que a estabilidade. (grifos da autora)

A estabilidade, configurando-se como uma espécie de garantia de emprego, estaria abrangida pelas políticas dessa garantia, e teria como finalidade maior a manutenção do vínculo empregatício, independentemente se por prazo indeterminado ou determinado (estabilidade definitiva e estabilidade provisória, respectivamente), enquanto que a garantia de emprego, também tem como finalidade obstar o empregador de romper imotivadamente o contrato, com a diferença de que, neste caso, não há uma vedação legal, ficando-lhe facultado a dispensa, com a consequência de que se assim o fizer, deverá pagar ao empregado uma indenização equivalente ao período laborado (CAIRO JÚNIOR, 2009, p.544).

Como se vê, a garantia de emprego é gênero do qual a estabilidade é espécie, enquanto a garantia de emprego se caracteriza através de políticas de governo que têm o condão de fomentar o emprego, isto é, medidas que estimulam a permanência no emprego ou a reinserção no mercado de trabalho, a estabilidade se caracteriza como uma limitação ao poder do empregador de despedir em algumas circunstâncias previstas em lei, preservando, desta forma, a manutenção da relação de emprego, enquanto não houver motivo justo que acarrete em sua dispensa.

Após uma breve análise acerca da diferenciação do instituto da estabilidade e da garantia de emprego, passaremos a classificar a estabilidade em seus diversos tipos e espécies.

3.3 CLASSIFICAÇÃO DA ESTABILIDADE

A classificação da estabilidade é de inenarrável relevância para a análise do presente tema, tendo em vista que serão abordadas os diversos tipos de estabilidades, e suas espécies, usualmente empregadas pelos doutrinadores pátrios, conforme se demonstrará.

Sergio Pinto Martins (2011, p.401) afirma que:

a estabilidade pode ser classificada como: a) constitucional, em que são exemplos a do dirigente sindical, do cipeiro, da grávida; b) legal, prevista na legislação ordinária; c) contratual: prevista no contrato de trabalho, no regulamento de empresa, em convenções ou acordos coletivos.

Com relação à estabilidade legal, Luciano Martinez a subdivide em duas espécies, quais sejam, a estabilidade legal definitiva, que é aquela egressa de lei, imposta a todos os empregadores, justificando seu caráter definitivo em razão da incorporação da estabilidade ao patrimônio jurídico do empregado, o que é um óbice ao poder de dispensa do empregador senão por motivos relevantes em que haja previsão na lei, e a estabilidade legal provisória, sendo esta uma limitação de caráter temporário ao poder resilitório do empregador, vale dizer, a estabilidade provisória é temporária por ser estabelecida em um lapso temporal, o tempo é determinado, e sua concessão pressupõe uma situação prevista em lei. (MARTINEZ, 2011, p.561-566).

Do mesmo modo, Alice Monteiro de Barros entende que a estabilidade pode ser contratual, sendo esta compatível com o regime de FGTS e legal, porquanto advém da própria lei, subdividindo-a em legal definitiva, citando como exemplo a estabilidade decenal prevista no art. 492 da CLT, e em legal provisória, que são aquelas concedidas ao dirigente sindical, à empregada gestante, aos membros da CIPA, ao empregado acidentado, aos dirigentes de cooperativas, entre outros (2012, p.773).

No tocante a estabilidade de natureza contratual, Martinez entende que também pode ser em caráter definitivo ou em caráter provisório, de maneira que a primeira decorre do exercício da autonomia privada das partes em contratar medidas de aquisição de estabilidade, devendo sempre observar o tempo mínimo de exercício de atividade na mesma empresa ou a evolução do empregado em quadro de carreira, ao passo que o autor cita como exemplo da estabilidade contratual provisória aquela atribuída durante um período determinado anterior a

aposentadoria, o que significa dizer que o empregado que esta na iminência de se aposentar e comunica expressamente esta situação à empresa (2011, p.580).

Como se vê, alguns autores classificam a estabilidade basicamente em três espécies, a constitucional, porque existem estabilidades que advém das próprias normas previstas na Constituição, é o caso, por exemplo, da estabilidade prevista no art. 41 e no art. 19 da ADCT referente ao servidor público, conforme esposados alhures; a legal em que são enquadradas as formas de aquisição de estabilidade por via legal, isto é, através de preceitos legais, e podem ser subdividas em definitiva ou provisória, por fim, a estabilidade contratual, que é aquela que deriva de um ato de vontade das partes contratantes, e também podem ser na modalidade definitiva ou provisória.

Ademais, alguns autores ainda fazem a distinção da estabilidade quanto a sua tipologia, delimitando-a em algumas categorias, como própria ou imprópria, absoluta ou relativa, definitiva ou provisória, entre outras a serem analisadas a seguir.

3.3.1 Tipos de estabilidade

Com relação à estabilidade absoluta e relativa, meritório é a cognição de Ruprecht (1995, p.62):

Considera como estabilidade absoluta quando o empregado não pode despedir um trabalhador salvo nos casos expressamente previstos na lei, e, se o faz, o ato é nulo e deve proceder a sua reintegração. A relativa, permite a dispensa sem necessidade de qualquer justificativa, trazendo como única consequência o pagamento de uma indenização, cujo montante e características variam de acordo com as legislações.

Segundo Arnaldo Süssekind a estabilidade absoluta destina-se a impedir que o empregador, por sua própria vontade e imotivadamente, dispense o empregado, pelo que o emprego é um direito do empregado, cabendo a sua dispensa apenas nas hipóteses previstas expressamente em lei. Em contrapartida, a relativa é a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa, mas que não impede o empregador de por fim ao contrato, devendo este comprovar em juízo motivo justo que acarretou a dispensa (2002, p.385).

Para Sérgio Pinto Martins não há uma estabilidade absoluta, haja vista que não obstante exista o impedimento ao empregador de dispensar o empregado, a lei permite que em certas situações o obreiro possa ser dispensado, porquanto se fosse absoluta não comportaria tais exceções. Via de regra, se o empregador dispensar o empregado por motivo que não esteja enquadrado em lei, gera para este o direito de reinteração no emprego. Do mesmo modo, não

há estabilidade relativa, ao revés, esta seria uma garantia de emprego, que permite ao empregador utilizar o seu direito potestativo de dispensar o empregado, mas com a condição do pagamento de indenização compensatória (2009, p.401-402).

Perceba-se que alguns autores entendem que a estabilidade absoluta é aquela que impossibilita a dispensa do empregado, não permite a sua despedida por qualquer motivo, o único motivo capaz de desconstituí-la é a justa causa, que tem previsão das suas hipóteses em lei, já a estabilidade relativa é aquela que admite a possibilidade de dispensa do empregado por outros motivos que não apenas a justa causa, sendo nula a dispensa arbitrária, o que significa dizer que, mesmo nesses casos, a dispensa deve ser justificada, isto é, ter embasamento em um motivo plausível, que conforme estabelecido no art. 165⁹ da CLT, deve ser um motivo técnico, financeiro, disciplinar ou econômico.

Nesse diapasão, é indispensável a compreensão de Cassar (2011, p.1179) a respeito:

Motivo **disciplinar** equivale à prática de justa causa, de acordo com os tipos apontados pela lei. Despedida por motivo **técnico** ocorre em duas situações: a) quando o empregador tiver que substituir o trabalho manual por máquinas; b) quando o empregado não está desempenhando suas funções com a exatidão técnica que a função exige, cometendo imperfeições inaceitáveis, mas não suficientes para a desídia. [...] Problemas financeiros ou econômicos, devidamente comprovados, também permitem a despedida dos que detêm estabilidade relativa. **Econômico** ocorre, por exemplo, quando há redução significativa da clientela e **financeiro** é a falta de dinheiro, de capital de giro. (grifos da autora)

Ademais, a estabilidade pode ser também definitiva ou provisória.

A estabilidade definitiva, segundo Raquel Tiago Bezerra (2004, p.204):

[...]não tem limitações temporais; o direito de permanecer no emprego não encontra limitações pré-fixadas quanto à sua duração, como a estabilidade decenal prevista no art. 492 da CLT, hoje só garantida àqueles empregados com direito adquirido na promulgação da constituição de 1988; e *estabilidade provisória*, que tem limites temporais (todas as que hoje são previstas em lei no Brasil). (destaque da autora)

Martins cita como exemplo de estabilidade definitiva a decenal, em que se concedia estabilidade aos empregados que trabalhassem dez anos na mesma empresa ou com o mesmo empregador, e não eram optantes pelo regime do FGTS, já a provisória é aquela que impede a dispensa do empregado por determinado período, é o caso dos membros da CIPA, empregada gestante, dirigente sindical, acidentado (2009, p.402).

Por sua vez, Cassar define a estabilidade definitiva como aquela que garante a permanência do empregado no emprego até o seu falecimento ou do empregador, aposentadoria, extinção da empresa, culpa recíproca, justa causa, ou até a sua dispensa em razão de um motivo

⁹CLT. Art. 165 - 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.

técnico, econômico, financeiro ou disciplinar, cabendo ao empregador o ônus de provar o justo motivo. Em síntese, a estabilidade definitiva é aquela que não tem duração determinada, e são aquelas previstas no art. 492 da CLT, art. 41 da CF/88, art. 19 da ADCT, empregados públicos com previsão na Lei nº 9.962/00 e quando houver previsão no contrato, ao passo que a provisória é aquela que tem duração determinada, como a de dirigente sindical, empregada gestante, membros da CIPA, acidente de trabalho, cooperativas, Conselho curador do FGTS, Conselho Nacional da Previdência Social, Comissões de Conciliação Prévia, não discriminação, aprendiz, e quando as partes assim estipularem no contrato (2011, p.1180).

Alguns autores, como Amauri Nascimento (2009, p.983) intitulam a estabilidade provisória de estabilidade especial, conforme evidenciam as palavras do referido autor:

Estabilidade especial é aquela que protege o empregado contra dispensas arbitrárias ou sem justa causa, enquanto persistir uma situação em que se encontra e que veda a rescisão do contrato de trabalho por ato do empregador. Este só poderá despedir o empregado havendo justa causa. Terminada a situação em que se achava o empregado, geradora da proteção, cessa a garantia, cabendo a dispensa mesmo imotivada, antes proibida.

Pode-se concluir que a estabilidade provisória tem o condão de proteger o empregado em determinadas circunstâncias, por um período determinado, impedindo que o empregador possa exercer seu direito potestativo de resiliir o contrato até o decurso do prazo ou quando se ultimar essa circunstância que a sustenta, ocasião em que será cessada a garantia, apenas cabendo à dispensa imotivada durante o decurso da estabilidade em razão do cometimento de um ato grave que configure a justa causa.

Nesse sentido, assim já proclamou o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho sobre a matéria:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. CONCESSÃO DO SALÁRIO RELATIVO AO PERÍODO DE ESTABILIDADE JÁ EXAURIDO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO “EXTRA PETITA”.

I – Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego.

II – Não há nulidade por julgamento extra petita da decisão que deferir salário quando o pedido for de reintegração, dados os termos do art. 496 da CLT.

Em contrapartida, a estabilidade definitiva é aquela que tem a finalidade de garantir efetivamente a manutenção dos vínculos empregatícios, sem que seja delimitado um lapso temporal para o seu término, é uma espécie de estabilidade *ad eternum*, perpétua, vitalícia, ininterrupta, como a estabilidade decenal, outrora concedida aos empregados que exercessem mais de dez anos de labor juntamente ao mesmo empregador, e que contemporaneamente não é mais adotada pelo nosso ordenamento pátrio, salvo algumas exceções, em razão do direito adquirido.

Por fim, impende ainda diferenciar a estabilidade própria da imprópria.

No tocante a estabilidade própria, Plá Rodrigues (1996, p.161) considera que “a característica deste tipo de estabilidade é a de se considerar nulo o ato de despedida, ou seja, se o tem por não realizado, podendo o trabalhador continuar considerando-o empregado da empresa, e assim, com direito a receber o salário”. Já com relação à estabilidade imprópria, o autor supramencionado (1996, p.166) refere que “esta espécie de estabilidade se configura quando a violação do direito de conservar o emprego não causa a ineficácia da despedida, embora a norma de proteção sancione de diferentes formas a violação contratual”.

Em outras palavras, Ruprecht entende que no que se refere à estabilidade própria a nulidade da despedida não assegura a reintegração do trabalhador no emprego, mas não significa que o contrato não continue em vigor, o que lhe garante todos os benefícios decorrentes dessa relação jurídica, e no que se refere à estabilidade imprópria, a dispensa é válida e presume uma indenização (1995, p.63).

Compete ainda ilustrar o entendimento de Vólia Bonfim Cassar que classifica ainda a estabilidade quanto ao procedimento de dispensa, que se subdivide em *ope judicis* e *ope legis*; e quanto ao interesse, que pode ser altruísta ou personalíssima. No tocante ao procedimento de dispensa, algumas estabilidades necessitam de inquérito judicial prévio para que seja validada a dispensa, o que significa dizer que é necessário que seja apurado judicialmente a justa causa ou o motivo plausível que a justifique, este procedimento é o denominado *ope judicis*. Em outros casos o procedimento se dá *ope legis*, isto é, há exigência na própria lei para que o empregador ajuíze a ação de inquérito para apurar e, fazer a prova da justa causa. Ainda, no que se refere ao interesse, será altruísta quando a finalidade for a defesa do grupo, e será personalíssima se visar defender o indivíduo (CASSAR, 2011, p.1178-1181).

Após essa breve diferenciação entre os tipos de estabilidade, passaremos a analisar as hipóteses/espécies de estabilidade no emprego.

3.3.2 Hipóteses de estabilidade

Conforme dito alhures, existem estabilidades que são de origem constitucional, outras que advêm de previsão legal, e ainda algumas que são estipuladas em contrato, acordo ou convenção coletiva, conforme preceitua Delgado (2012, p.1277):

Na tradição jurídica brasileira, as garantias de emprego (ou estabilidades provisórias) têm sido fixadas por regras jurídicas de origem e *status* diversificados. Às vezes se trata de regras heterônomas estatais, de *status* constitucional ou legal, como ilustrativamente, as garantias de emprego do dirigente sindical e do empregado acidentado. Às vezes trata-se de regras heterônomas estatais de origem judicial, como, por exemplo, as garantias de emprego em decorrência de sentença normativa. Finalmente, às vezes derivam de regras autônomas, resultantes de negociação coletiva trabalhista, como, ilustrativamente, passa-se com garantias de emprego concedidas após vigência de convenção ou acordo coletivo de trabalho, ou garantias pré-jubilamento. Na verdade, não chega a ser inviável, do ponto de vista jurídico, embora seja incomum, que a vontade unilateral do empregador também conceda certa garantia de emprego.

Apenas a título informativo, é importante observar que o retromencionado autor não considera a estabilidade provisória como uma estabilidade propriamente dita, em razão da incompatibilidade do termo com o conceito de estabilidade, tratando-se, assim, de uma garantia de emprego, uma vez que a garantia de emprego tem a finalidade de assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um determinado período, mesmo contra a vontade do autor. Não obstante os institutos sejam próximos por configurarem-se como óbices ao direito potestativo do empregador de rescisão unilateral do contrato por motivo irrelevante ou arbitrário, tais institutos não se confundem, haja vista que a estabilidade propriamente dita é permanente, preservando e conservando o contrato por tempo indeterminado, ao passo que a estabilidade provisória (garantia de emprego) tem duração temporária, isto é, o prazo de sua vigência é estipulado por lei, e uma vez cessada a situação que a ensejou, cessa também a garantia, o que gera o direito ao empregador de dispensar o empregado sem motivo justificável. (DELGADO, 2012, p.1276-1277).

Perceba-se que a estabilidade que hoje predomina no ordenamento jurídico é denominada estabilidade provisória, haja vista que a estabilidade absoluta foi abolida em razão da Constituição de 1988, pelo que trouxe o regime do FGTS como obrigatório. Nesse sentido, apenas algumas estabilidades definitivas foram asseguradas pela Constituição em virtude do direito adquirido antes da vigência, por sua vez, permanece, contemporaneamente, as estabilidades provisórias, algumas com previsão em lei e outras sem proteção legal, que serão analisadas.

3.3.2.1 Estabilidade definitiva e decenal

Apenas lembrando o conceito de estabilidade definitiva, é aquela que não existe um tempo determinado para o seu término, não há previamente um prazo fixado para extingui-la (CAIRO JUNIOR, 2009, p.546).

Há de ser ressaltado, outrossim, a compreensão de Alice Monteiro de Barros (2012, p.768) acerca da conceituação do referido instituto:

A estabilidade propriamente dita, ou seja, a chamada estabilidade decenária, era uma garantia de emprego concedida a certos tipos de empregados, após completarem 10 anos de serviço junto ao mesmo empregador ou a empresa do mesmo grupo econômico, sem que manifestassem a opção pelo regime do FGTS. Essa garantia impossibilitava sua despedida sem justa causa. Na hipótese de o empregado estável fazer a opção pelo FGTS, ele renunciaria à estabilidade. Isso significa que ele poderia ser dispensado sem justa causa, desde que o empregador lhe pagasse a indenização em dobro pelo período anterior à opção pelo FGTS.

A respeito, é importante também lembrar o surgimento da estabilidade definitiva no Brasil.

Conforme dito anteriormente, a estabilidade decenal foi a primeira garantia de proteção ao empregado que surgiu no ordenamento jurídico brasileiro, primeiramente no área do serviço público, e, posteriormente no setor privado.

Rodrigues Pinto (2007, p.526) ao iniciar suas considerações acerca da estabilidade decenal aduz que “[...] foi a primeira forma consagrada, isoladamente, em nosso Direito Positivo”.

No tocante ao ingresso da estabilidade no setor privado, Amauri Nascimento (2009, p. 981) assegura que:

A sua criação, com as leis previdenciárias que instituíram os órgãos na primeira época da formação dos nossos Institutos, deveu-se, segundo um entendimento, à necessidade de prover os cofres desses Institutos, com a imperatividade do desenvolvimento do contrato individual de trabalho, dos recursos decorrentes das contribuições previdenciárias do empregado e empregador. Cada Instituto criado vinha acompanhado da estabilidade dos empregados pertencentes ao respectivo setor. A Lei Elói Chaves confirma a versão porque é nitidamente de natureza previdenciária e no entanto ocupa-se também da estabilidade dos ferroviários após 10 anos de casa, com autorização dispensas após esse período só em casos de falta grave ou força maior devidamente apurados em sindicância interna da ferrovia.

Como se vê, a estabilidade decenal foi criada inicialmente com a pretensão de angariar recursos aos cofres das instituições previdenciárias, não tinha *a priori* um caráter protetivo, com finalidade de proteger o empregado contra as dispensas arbitrárias do empregador, sua criação se deu em razão da necessidade de aportar capital nos caixas de pensão e aposentadoria através das contribuições previdenciárias, o que tornou indispensável à manutenção do vínculo empregatício, gerando, desse modo, uma presunção de proteção e continuidade das relações de emprego, ainda que indiretamente.

Com o passar do tempo, o direito a estabilidade se estendeu para outras categorias profissionais, como por exemplo, marítimos, comerciários, bancários, e com a promulgação da CLT é que todas as relações de uma forma geral foram abarcadas por este instituto, com a condição de que os empregados exercessem dez anos de atividade na empresa (CAIRO JÚNIOR, 2009, p.540).

A CLT trouxe a previsão da estabilidade definitiva ou decenal no rol dos arts. 492 a 500, mais precisamente no art. 492 que tem a seguinte redação:

Art. 492. O empregado que contar mais de dez anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

Pela redação do artigo supracitado, observa-se que a estabilidade celetista era adquirida por todos os empregados que prestassem serviços por dez anos, de maneira continuada, na mesma empresa ou com o mesmo empregador, o que impossibilitava a dispensa do obreiro, excetuando-se na ocorrência da justa causa ou de motivo plausível e inevitável a sua dispensa, que devem ser devidamente comprovados.

No texto constitucional, as Constituições de 1937 e 1946 consagraram expressamente a estabilidade decenal, no entanto, essa estabilidade sofreu um abalo com a edição da Lei 5.107 de 1966, que instituiu o Fundo de Garantia por tempo de Serviço, como um regime facultativo, isto é, o empregado que optasse por este regime perderia o direito a estabilidade decenal.

No tocante a incompatibilidade de regimes, o Tribunal Superior do Trabalho é uníssono:

TST Enunciado nº 98. Equivalência - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – Estabilidade. II - A estabilidade contratual ou a derivada de regulamento de empresa são compatíveis com o regime do FGTS. Diversamente ocorre com a estabilidade legal (decenal, art. 492 da CLT), que é renunciada com a opção pelo FGTS. (ex-OJ nº 299 da SBDI-1 - DJ 11.08.2003) RA 57/1980, DJ 06.06.1980.

Sobre o tema, mister se fazer ilustrar o entendimento de Martinez (2011, p.554):

A Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, entretanto, produziu uma fórmula alternativa às garantias criadas no primeiro momento, por meio da qual o empregado seria destinatário de depósitos, realizados à custa do empregador, na base de oito por cento de sua remuneração, inclusive correspondentes ao primeiro ano de serviço. Esses depósitos seriam liberados no instante em que o empregado tivesse o contrato resilido por iniciativa patronal e em outras hipóteses expressamente consideradas. A sistemática alternativa recebeu o nome de **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço**, sendo oferecida como opção ao trabalhador. Era ele (o trabalhador) quem optava pela inserção no regime do FGTS ou pela permanência no sistema originário. Se optasse pelo FGTS, o empregado estaria abdicando de todas as vantagens que a estabilidade poderia lhe oferecer. (grifos do autor).

Nesta toada, na Constituição de 1967, o regime do FGTS passou a coexistir alternativamente com a estabilidade decenal, mas após a promulgação da Constituição de 1988 esta

estabilidade foi abolida do ordenamento jurídico, e o regime do FGTS tornou-se obrigatório, excetuando-se aqueles que foram contemplados com o regime decenário antes da vigência da referida Carta Constitucional.

A respeito, consoante é a lição de Valentin Carrion (2011, p.548) ao asseverar que “a Carta Magna de 1988, generalizando o regime de FGTS, revogou a estabilidade definitiva a 10 anos de serviço. Remanesce apenas o direito adquirido dos que já a haviam alcançado[...]”.

Para Cassar (2010, p.1117) “o Fundo de Garantia do Tempo serviço exclui a possibilidade de aquisição da estabilidade decenal do empregado, e, se fosse estável, poderia renunciá-la ao optar pelo sistema do FGTS”.

Portanto, a Constituição Federal de 1988 revogou o regime de estabilidade decenária, tornando obrigatório o regime de FGTS, mantendo o direito à estabilidade apenas aos empregados que já haviam mais de dez anos de serviço, e que não tinham optado pelo regime do FGTS, bem como aos servidores públicos cuja estabilidade tem previsão no art. 41 da CF e no art. 19 do ADCT.

Comentando o dispositivo constitucional, Cairo Júnior (2009, p.548) assim se pronunciou:

[...]a Constituição vigente, em seu art. 41, prevê que o servidor público, seja estatutário ou celetista, adquira a estabilidade no serviço público, após três anos de efetivo exercício. Nesse caso, a perda do cargo só poderá ocorrer em virtude de decisão judicial transitada em julgado ou através de processo administrativo disciplinar onde seja garantida a ampla defesa.

A propósito, assim se manifestou o TST:

Súmula nº 390 – TST. Estabilidade - Celetista - Administração Direta, Autárquica ou Fundacional - Empregado de Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista.

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. (ex-OJ nº 229 - Inserida em 20.06.2001) (ex-OJ nº 265 da SDI-1 - Inserida em 27.09.2002 e ex-OJ nº 22 da SDI-2 - Inserida em 20.09.00) Res. 129/2005 - DJ 20, 22 e 25.04.2005 - **Conversão** das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SDI-2.

OJ Nº 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 prevista no art. 19 do ADCT.

No tocante a estabilidade do servidor público, é imperioso destacar o conceito trazido pelo ilustre autor Hely Lopes Meireles (2009, p.449), em sua obra de Direito Administrativo Brasileiro:

Estabilidade é a garantia constitucional de permanência no serviço público outorgada ao servidor que, nomeado para cargo de provimento efetivo, em virtude de concurso público, tenha transposto o estágio probatório de três anos, após ser submetido a *avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade* (CF, art. 41).

Para o referido autor a estabilidade do servidor público tinha a finalidade de garantir o servidor contra exonerações, assegurando a continuidade do serviço e melhor exercício de suas funções, bem como obstar os efeitos decorrentes da mudança de governo, destarte, para adquirir a estabilidade deveria atender a quatro condições, quais sejam, deveria ser nomeado para cargo de provimento efetivo; a nomeação deveria ocorrer em razão de concurso público; o servidor deveria passar por um estágio probatório de três anos de exercício; e, por último, deveria ser submetido a uma avaliação na comissão a fim de aferir seu desempenho, para então ser considerado estável no cargo (Meirelles, 2009, p. 449-451)

Pertinente, ainda, a lição de Alice Monteiro de Barros (2012, p.769-770) a respeito da estabilidade decenária:

A estabilidade decenária foi objeto de muitas críticas. Sustentavam que ela era um “escudo” protetor dos maus empregados e que era suscetível de fraude, pois o empregador poderia dispensar o trabalhador às vésperas de completar 10 anos de serviço, o que, de fato, ocorria com frequência, levando a jurisprudência a criar a figura da despedida obstativa da estabilidade, a qual passou a autorizar não a reintegração, mas o pagamento da indenização em dobro.

Do mesmo modo, conforme mencionado alhures, a Constituição Federal, não obstante tenha abolido a estabilidade decenária, trouxe limitações ao poder potestativo do empregador de resilir unilateralmente o contrato, impedindo, deste modo, as dispensas arbitrárias ou sem justa causa, conforme se infere do texto redacional do art. 7º, inciso I da referida Lei Máxima.

Por todo exposto, é incontestável que a estabilidade decenária não está mais em prática, no nosso ordenamento jurídico, com exceção dos empregados que exerceram dez anos de serviço em período anterior à vigência da Magna Carta de 1988, e que não tinham optado pelo regime do FGTS de 1966, além dos servidores públicos nomeados para cargo de provimento efetivo aprovados em concurso e com três anos de efetivo exercício, bem como servidores celetistas concursados.

Entretanto, a Constituição Federal de 1988 consagrou em seu texto a proteção do empregado contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, bem como tutelou a estabilidade em algumas situações previstas em lei e outras não previstas, a fim de conservar o vínculo empregatício a

alguns empregados em virtude de circunstâncias ocorridas no decurso do emprego, estabilidade esta que parte da doutrina chama de estabilidade provisória ou temporária, e parte denomina de garantia de emprego, conforme adiante será melhor explicitado.

3.3.2.2 Estabilidades provisórias, temporárias ou especiais

A Constituição Federal de 1988, em que pese tenha abolido a estabilidade decenária, assegurou em seu texto o direito a estabilidade provisória, ganhando maior relevância e aplicabilidade no ordenamento pátrio.

Segundo Alice Monteiro de Barros (2012, p.774):

os trabalhadores brasileiros desfrutam da chamada, impropriamente, “estabilidade provisória” ou “estabilidade especial”, a qual garante o emprego, dentro de limites temporais, em virtude de interesses da categoria ou circunstâncias especiais. Muitas dessas “estabilidades provisórias” foram criação da jurisprudência e estão hoje inseridas em leis.

Relembrando o conceito do referido instituto, Martinez (2011, p.566) assevera que:

Entende-se por estabilidade legal provisória a vedação temporária ao direito patronal de resilir, justificada por específicos e transitórios fatos geradores. Ao contrario do que ocorre com a estabilidade definitiva, a provisória vale apenas por tempo determinado e está adstrita a um acontecimento, previsto em lei.

Inserir-se nesse contexto, o conceito trazido pelos autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2005, p.407):

As chamadas estabilidades especiais (ou provisórias) são aquelas conferidas pela lei a certos empregados, em razão de circunstâncias excepcionais em que se colocam na relação de emprego. São chamadas provisórias porque o empregado só tem direito a elas enquanto perdurar a situação que lhe deu origem, nos termos previstos na legislação.

Como se vê, a estabilidade provisória limita o poder do empregador de despedir o empregado a qualquer tempo e imotivadamente diante da existência de uma situação que garanta a manutenção do vínculo empregatício durante determinado período, o que significa dizer que o empregador não poderá dispensar o empregado enquanto perdurar a situação que ensejou a estabilidade. O empregador apenas poderá dispensar o empregado se o mesmo praticar ato de gravidade tal que configure a justa causa, ou então após cessada a causa que sustentou a estabilidade.

Perscrutando, ainda mais o instituto da estabilidade, necessário sejam feitas breves considerações acerca da justa causa.

É manifesto em doutrina e jurisprudência a autorização ao empregador de aplicar certas penalidades ao empregado que comete atos ilícitos no decorrer do vínculo empregatício, e a depender da gravidade do ilícito pode ser aplicada ao obreiro a pena máxima, qual seja, a despedida por justa causa. A justa causa, uma vez que é configurada, permite ao empregador a resolução do contrato, mas, nem todo ato praticado pelo empregador pode caracterizar esse instituto, para isso, necessário se faz que a conduta praticada esteja prevista em lei, mais especificamente, no rol taxativo do art. 482, da legislação trabalhista pátria (CAIRO JÚNIOR, 2009, p.458-460).

A respeito do sistema que informa a justa causa e que é adotado pelo ordenamento jurídico, válida é a exploração de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2005, p.418) que consideram que “o Brasil adota o **sistema taxativo**, enumerando na lei as hipóteses que configuram a justa causa. Somente as condutas tipificadas na lei serão passíveis de aplicação de dispensa por justa causa pelo empregador”. (grifos do autor)

De acordo com o art. 482¹⁰ da CLT, são hipóteses caracterizadoras da justa causa, a improbidade, a incontinência de conduta, o mau procedimento, o negócio habitual, a condenação criminal, a desídia, a embriaguez, violação de segredo, indisciplina, insubordinação, abandono de emprego, ato lesivo à honra e boa fama, ofensa física e, prática constante de jogos de azar.

Além disso, é necessário o preenchimento de certos requisitos para a configuração do referido instituto, primeiramente é preciso que o ato praticado seja grave o suficiente para abalar a relação de confiança existente com o empregador; além disso, a aplicação da pena deve ser logo após o conhecimento da prática do ato gravoso, o que configura seu caráter imediato, caso contrário, presume-se que houve o perdão tácito; é necessário também que exista um nexo de causalidade entre a conduta praticada e a dispensa; ainda, a sua conduta deve ser singular, de maneira que se o fato foi praticado duas vezes, não pode o empregador

¹⁰ Consolidação das Leis Trabalhistas. Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar. Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

aplicar a mesma penalidade, sob pena de configurar *bis in idem*, por fim, e como último requisito, é necessário que exista proporcionalidade entre a conduta praticada pelo empregado e a sanção que lhe será aplicada, isto é, sua pena deve corresponder à medida da gravidade do ato praticado pelo empregado, de modo que, se assim não for, restará configurado o abuso de poder do empregador. (PAULO E ALEXANDRINO, 2005, p.418-419).

Por fim, insta informar que a justa causa deve ser reconhecida e declarada judicialmente, cabendo ao empregador que a suscitou o ônus da prova, revelando-se imperiosa a alusão de Alice Monteiro de Barros (2012) ao considerar que “invocada a justa causa praticada pelo empregado, compete ao empregador que a arguiu ônus da prova desse fato extintivo de direito [...]”.

Nessa esteira, feitas as ponderações sobre a estabilidade provisória e a justa causa, resta imperioso analisar as situações específicas em lei que ensejam a referida estabilidade, dentre as quais podemos relacionar a estabilidade do dirigente sindical, do dirigente da CIPA, da empregada gestante, do empregado acidentado, do empregado membro do conselho nacional da Previdência Social, do membro do Conselho Curador do FGTS, membro da comissão de Conciliação Prévia da Empresa e empregados diretores de sociedade cooperativa.

Além dessas estabilidades previstas em lei, existem estabilidades que ainda não estão previstas expressamente no ordenamento, mas que já estão sendo garantidas pelos Tribunais Pátrios, assim, serão analisada a estabilidade do portador de HIV e do portador de doenças graves, sendo este último objeto do presente trabalho.

3.3.2.2.1 Estabilidade Sindical

Nas palavras de Godinho (2012, p.1278) “a mais importante estabilidade temporária referida pela Constituição é a que imanta o dirigente das entidades sindicais”.

A imunidade sindical esta tutelada pela Constituição Federal no seu art. 8º, inciso VII, e traz no seu dispositivo a seguinte imposição:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
VIII - 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.

Desse modo, comentando o dispositivo supra Marques de Lima (1994, p.109-110) assim de pronunciou:

O art. 8º da CF, item VIII, proíbe a dispensa do empregado eleito para cargo de direção ou representação sindical, inclusive como suplente, a partir do registro da sua candidatura até um ano após o término do mandato. Costumeiramente o mandato dos membros da diretoria é de três anos. Conseqüentemente, a estabilidade é de no mínimo quatro anos. Registrada a candidatura o empregado torna-se estável. Não eleito, terminado o processo eleitoral, cessa a vedação da dispensa.

Ademais, é possível observar através do art. 543, parágrafo 3º, que a Consolidação das Leis Trabalhistas também consagrou essa estabilidade aos dirigentes sindicais, veja-se:

Art. 543 - O empregado eleito para cargo de administração sindical ou representação profissional, inclusive junto a órgão de deliberação coletiva, não poderá ser impedido do exercício de suas funções, nem transferido para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho das suas atribuições sindicais.

§ 3º - 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.

Registre-se que, a guisa dos referidos dispositivos extrai-se o princípio da liberdade sindical, pelo que estabelece que a associação sindical ou profissional é livre, vedando a dispensa do empregado dirigente ou representante do sindicato, bem como seu suplente, a partir do registro de sua candidatura até um ano após o término do seu mandato, podendo ser dispensando apenas se cometer falta grave devidamente apurada, ou quando após o trâmite da eleição, o candidato não seja eleito.

Com efeito, a respeito do princípio da liberdade sindical, mister se faz o entendimento de Amauri Nascimento *apud* Carrion (2011, p.501):

A liberdade sindical, como consagrada nas declarações internacionais, inclusive na Convenção de 87 da OIT, consubstancia-se na sua criação, sem interferência do Poder Público e no direito individual do trabalhador de ingressar, abster-se ou deixar o sindicato no funcionamento, pela possibilidade de decidir sobre seus estatutos e dirigentes, de existência por não poder ser dissolvido pelo Poder Executivo e pelo poder de os sindicatos congregarem-se em federações nacionais ou internacionais.

Ademais, é cediço que os interesses sindicais, geralmente, entram em conflito com os interesses do empregador, de modo que o papel do sindicato é representar e defender os interesses dos integrantes de sua categoria através dos seus dirigentes ou representantes quando esses interesses forem antagônicos aos interesses do empregador, de modo que, a razão de ser da estabilidade sindical é proteger esses empregados contra o rompimento do vínculo laboral, proteção esta que transcende a figura do dirigente sindical, abarcando toda a classe profissional (CAIRO JÚNIOR, 2009, p.551).

Outrossim, a Constituição Federal não limitou o número de dirigentes que estariam protegidos pela estabilidade, mas a CLT, no art. 522¹¹, estabeleceu que a administração do sindicato deve ser composto de no máximo sete membros, e, de um conselho fiscal com três membros, desse modo, entende Carrion (2011, p.502) que “[...]o número máximo é de 7 mais 3”.

Em sentido contrário é o entendimento do Emérito TST:

OJ 365. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. MEMBRO DE CONSELHO FISCAL DE SINDICATO. INEXISTÊNCIA (DJ 20, 21 e 23.05.2008)

Membro de conselho fiscal de sindicato não tem 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).

Perceba-se que o posicionamento consolidado pelo TST é no sentido de que o membro do conselho fiscal não tem direito a estabilidade, o que significa dizer que a estabilidade sindical acoberta apenas sete membros, isto é, àqueles que ocupam cargo de direção ou representação.

Comentando a súmula supramencionada e em consonância com o entendimento de Carrion, Martinez (2011, p.569) ilustra que:

A despeito desse posicionamento jurisprudencial, parece razoável a extensão da estabilidade sindical aos integrantes do conselho fiscal, porque os integrantes do referido órgão consultivo e fiscalizador, se não protegidos pela estabilidade, podem ser pressionados pelos empregadores para atuar contra os interesses da entidade sindical a fim de objetar caprichosamente condutas administrativo-financeiras e de colocar sob suspeição contas legitimadas.

Por fim, no tocante a estabilidade do dirigente sindical, o TST editou as súmulas 369 e 379, *in verbis*:

Súmula nº 369 - TST - Res. 129/2005 - DJ 20, 22 e 25.04.2005 - Conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 34, 35, 86, 145 e 266 da SDI-1. Dirigente Sindical - Estabilidade Provisória

I - É indispensável a comunicação, pela entidade sindical, ao empregador, na forma do § 5º do art. 543 da CLT. (ex-OJ nº 34 - Inserida em 29.04.1994)

II - O art. 522 da CLT, que limita a sete o número de dirigentes sindicais, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. (ex-OJ nº 266 - Inserida em 27.09.2002)

III - 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. (ex-OJ nº 145 - Inserida em 27.11.1998)

IV - Havendo extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, não há razão para subsistir a estabilidade. (ex-OJ nº 86 - Inserida em 28.04.1997)

V - 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. (ex-OJ nº 35 - Inserida em 14.03.1994)

¹¹Art. 522. A administração do sindicato será exercida por uma diretoria constituída no máximo de sete e no mínimo de três membros e de um Conselho Fiscal composto de três membros, eleitos esses órgãos pela Assembléia Geral.

Súmula nº 379 - TST - Res. 129/2005 - DJ 20, 22 e 25.04.2005 - Conversão da Orientação Jurisprudencial nº 114 da SDI-1

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. (ex-OJ nº 114 - Inserida em 20.11.1997).

Em síntese, o dirigente sindical é protegido pela lei em decorrência da atividade que exerce, de maneira que é ele que tem representatividade da categoria profissional ao qual é vinculado. Conforme estabelece a legislação trabalhista, somente a sete dirigentes sindicais estará garantida a estabilidade, que tem duração desde o registro da candidatura até um ano após o término do mandato. De mais a mais, é entendimento consolidado do TST é de que é indispensável a comunicação do registro da candidatura pela entidade sindical para que ao dirigente seja garantida a estabilidade, nesta senda, o dirigente sindical tem garantia de emprego forte, o que significa dizer que não basta o empregador arguir a falta grave, é necessário que faça a comprove em juízo.

3.3.2.2.2 Representante da CIPA

A estabilidade do representante da CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, tem previsão no art. 10, inciso II, alínea a da ADCT que impõe que “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”.

Segundo Alice Monteiro de Barros (2012, p.781):

Esses empregados têm o dever de zelar por condições de trabalho seguras. Compete-lhes relatar área de risco, solicitar ao empregador as medidas necessárias para reduzi-lo ou eliminá-lo, com o objetivo de prevenir a ocorrência de acidentes e doenças ocupacionais. Por essa razão, estão eles quase sempre em confronto com a vontade patronal, achando-se constantemente suscetíveis a represálias ou, ao menos, a intimidação no cumprimento desse mister. O fundamento dessa garantia de emprego reside, portanto, na necessidade de conferir ao cipeiro autonomia no exercício do mandato.

Assim como na estabilidade sindical, o suplente da CIPA também tem garantida a estabilidade, conforme redação da súmula 339 do TST.

TST Enunciado nº 339 - Res. 39/1994, DJ 20.12.1994 - Mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 - Incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 25 e 329 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. **Suplente da CIPA (Comissões Internas de Prevenção de Acidentes) - Garantia de EmpregoI - 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. (ex-Súmula nº 339 - Res. 39/1994, DJ 22.12.1994 - e ex-OJ nº 25 da SBDI-1 - inserida em 29.03.1996).
 [...] **II** - 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 a empresa. Extinto o estabelecimento, não se verifica a despedida arbitrária, sendo impossível a reintegração e indevida a indenização do período estabilitário. (ex-OJ nº 329 da SBDI-1 - DJ 09.12.2003).

Nota-se que o fundamento da estabilidade cipista é no sentido de que cabe a esse zelar pelo ambiente de trabalho e prevenir acidentes decorrentes da sua atividade, por esta razão, seus interesses na defesa de condições seguras de trabalho podem ensejar interesses antagônicos por parte do empregador, garantindo ao cipista estável uma certa autonomia no exercício das suas atividades.

3.3.2.2.3 *Empregada gestante*

A estabilidade da empregada gestante está prevista no art. 10, inciso II, alínea b da ADCT, que estabelece que “fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

Conforme preceitua Alice Monteiro de Barros (2012, p.783):

A Constituição da República de 1988 instituiu a estabilidade provisória em favor da **empregada no ciclo gravídico-puerperal**, a qual consiste numa garantia de emprego desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. A medida legal atende ao elevado espírito social que essa situação particular reclama. A gestante, à semelhança do dirigente sindical, pode ser alvo de represália patronal, pela despedida injusta. E essa possibilidade torna-se gravíssima, pois atinge a mãe trabalhadora em momento difícil de sua vida. (grifos do autor)

Ademais, cumpre salientar que a estabilidade provisória da gestante é garantida independentemente do conhecimento do fato pelo empregador, e esta garantia autoriza a reintegração da empregada gestante caso seja dispensada durante o curso da estabilidade, caso contrário, será garantido o salário e seus consectários, destarte, assim já decidiu o Pretório Excelso, *in verbis*:

SÚMULA 344. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - 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.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Com relação ao item III da súmula supramencionada, a qual garante a estabilidade gestante na hipótese de contrato por tempo determinado, sua redação foi alterada recentemente, em sessão do Tribunal realizada em setembro de 2012, e, nesse sentido a jurisprudência é uníssona, conforme se infere:

Ementa: RECURSO DE REVISTO. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. A jurisprudência prevalecente nesta Corte Superior firmou-se quanto à existência de estabilidade provisória da gestante, mesmo nos contratos por prazo determinado, conforme a nova redação dada ao item III da Súmula nº 244, que assim dispõe: -III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea 'b', do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado. Logo, o entendimento adotado pela Corte regional, de que a reclamante não é detentora da estabilidade provisória, está em desacordo com a previsão do artigo 10, inciso II, alínea -b-, do ADCT. Recurso de revista conhecido e provido. RR - 664-71.2010.5.04.0025 Data de Julgamento: 17/04/2013, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/05/2013.

Ementa: RECURSO DE REVISTA. 1. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. É pacífico o entendimento, no âmbito deste Tribunal Superior, no sentido de que há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência. Incidência da Súmula 244, III. Recurso de revista conhecido e provido. RR - 945-62.2012.5.03.0129 Data de Julgamento: 20/02/2013, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/03/2013.

Em síntese, a empregada gestante tem direito a estabilidade, que se inicia com a confirmação da gravidez e finda-se cinco meses após o parto, é sedimentado em jurisprudência que esse direito é assegurado a gestante independentemente de comunicação prévia ao empregador a respeito do estado gravídico, de modo que, se a empregada for dispensada durante o período gestacional, essa dispensa é nula, e a ela é assegurado o direito a reintegração no emprego, cumpre asseverar ainda que esse direito se estendeu, recentemente, aos contratos por prazo determinado.

3.3.2.2.4 Empregado acidentado

Segundo Antonio Galvão Peres (2005, p.1234):

A estabilidade provisória é uma das formas de proteção aos acidentados que se insere em fase reparatória. O empregado apanhado por infortúnio súbito ou acometido de doença relacionada ao trabalho é protegido pela garantia especial, não podendo ser despedido sem justa causa por determinado lapso de tempo.

A estabilidade do empregado acidente tem previsão no art. 118, da Lei 8.213, 91, e 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 acidente”.

Perceba-se que à luz da interpretação do dispositivo supra, o legislador, ao assegurar a garantia da estabilidade ao empregado acidentando trouxe como requisito a percepção de bem-estar previdenciário, isto é, o empregado acidentado somente fará jus a estabilidade se tiver gozado do referido benefício, de modo que, findo o benefício contar-se-á o prazo mínimo de doze meses da estabilidade, o que significa dizer que durante esse lapso temporal, o egresso por acidente de trabalho não poderá ser dispensado, salvo se for configurada a justa causa.

Neste sentir, é o que afirma Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2005, p.409):

Observa-se que nem todo acidentado no trabalho terá direito à estabilidade, uma vez que a legislação exige, para o benefício da estabilidade, a percepção de **auxílio-doença** pelo empregado. Logo, se o trabalhador acidentado se afasta da empresa por um período de até 15 dias, no retorno do trabalho não terá direito à estabilidade, pois esse período é custeado pela empresa. O direito ao auxílio-doença, a cargo do INSS, só começa a partir do 16º dia de afastamento.

Inúmeras discussões foram suscitadas a respeito da constitucionalidade do artigo supra, e aqueles que consideravam ser esse dispositivo inconstitucional justificavam tal entendimento numa violação ao art. 7º, inciso I, da Constituição e o art. 10 do ADCT (BARROS, 2012, p.783).

A respeito da proteção garantida pelo art. 118, da lei que dispõe sobre os planos de benefícios previdenciários, bem como sua constitucionalidade, assim proclamou o TST, *in verbis*:

Súmula nº 378 - TST - Res. 129/2005 - DJ 20, 22 e 25.04.2005 - Conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 105 e 230 da SDI-1

Estabilidade Provisória - Acidente do Trabalho - Constitucionalidade - Pressupostos

I - É constitucional o artigo 118 da Lei nº 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. (ex-OJ nº 105 - Inserida em 01.10.1997)

II - São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a conseqüente 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. (Primeira parte - ex-OJ nº 230 - Inserida em 20.06.2001).

Portanto, ao empregado que sofreu acidente de trabalho é dada a garantia da estabilidade acidentária, que nasce em virtude de dois pressupostos, o primeiro é que o egresso por acidente esteja afastado a mais de quinze dias, e o segundo é a percepção e a cessação do benefício auxílio-doença acidentário, sendo tais requisitos indispensáveis à concessão da referida estabilidade.

3.3.2.2.5 *Empregado Membro do Conselho Nacional da Previdência Social*

A estabilidade dos membros do CNPS está prevista no art. 3º, parágrafo 7º da Lei 8.213/91, conforme se infere abaixo:

Aos membros do CNPS, enquanto representantes dos trabalhadores em atividade, titulares e suplentes, é assegurada a 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.

Como se vê, os representantes dos empregados do Conselho Nacional da Previdência Social, sejam titulares ou suplentes não podem ser dispensados, uma vez que dispõem da garantia da estabilidade, excetuando-se o cometimento de ato gravoso que justifique a dispensa, ressalta-se que a validade da dispensa pressupõe sua comprovação no âmbito judicial.

3.3.2.2.6 *Empregado membro do Conselho Curador do FGTS*

O fundamento legal desta estabilidade está no art. 3º, parágrafo 9º¹², da lei 8.036 de 1990.

À luz da interpretação do dispositivo supra, relevante é o posicionamento de Alice Monteiro de Barros (2012, p.785) ao ilustrar que “os representantes de empregados no Conselho Curador do FGTS também desfrutam da estabilidade provisória, a qual tem início com a nomeação e estende até um ano após o término do mandato. Poderão, entretanto, ser dispensados por justa causa”.

Nota-se que o representante do Conselho Curador do FGTS goza da estabilidade provisória, desde a sua nomeação até um ano do fim do mandato, ademais, a este também é garantido o processo judicial prévio, a fim de comprovar o cometimento de ato gravoso motivador da dispensa.

3.3.2.2.7 *Empregado membro das Comissões de Conciliação Prévia*

¹² § 9º Aos membros do Conselho Curador, enquanto representantes dos trabalhadores, efetivos e suplentes, é assegurada a 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.

Esta estabilidade tem base legal no art. 625-B, parágrafo 1^o¹³ da Legislação Trabalhista pátria. A celeridade e economicidade foram as razões que levaram a instituição das Comissões de Conciliação Prévia, uma vez que era necessário que os conflitos advindos das demandas trabalhistas fossem solucionados de modo que despendesse menor tempo possível e, em compasso, de maneira que tornasse a sua solução menos onerosa ao judiciário. Essa comissão era composta de, no mínimo, dois e, no máximo, dez membros. Por esta razão, a esses membros, titulares ou suplentes, é garantida a estabilidade temporária, por um lapso temporal de um ano contados a partir do término do mandato, não obstante a omissão legislativa, há entendimento de que por analogia a contagem da estabilidade inicia-se com o registro da candidatura do empregado e não da eleição, impossibilitando o empregador de exercer seu direito potestativo de despedida por motivos, ínfimos abusivos e infundados (BARROS, 2012, p.785).

3.3.2.2.8 Empregados diretores de sociedades cooperativas

Os empregados diretores de sociedades cooperativas também estão abarcados pela garantia de proteção ao emprego, nos termos do art. 55 da Lei 5.764/71, garantindo que “os empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas pelos mesmos criadas, gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo artigo 543 da Consolidação das Leis do Trabalho”.

Não obstante a lei determine que os empregados diretores de sociedades cooperativas gozarão das mesmas garantias asseguradas aos dirigentes sindicais, a estabilidade, neste caso, possui uma particularidade, pelo que é assegurada apenas aos diretores titulares das sociedades cooperativas, restando excluídos desta garantia os seus suplentes (MARTINEZ, 2011, p.576).

A propósito, pertinente se faz mencionar o entendimento consolidado da Jurisprudência do benemérito TST:

OJ 253. 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.

¹³ § 1º 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, nos termos da lei.

3.3.2.3 Estabilidades provisórias não previstas em lei

Atualmente, não obstante a Constituição Federal de 1988 tenha trazido uma concepção nova de humanização do homem, de valorização do trabalho, com o intuito de combater as desigualdades, é incontestável que ainda existem desigualdades exacerbadas, de modo que nem todos possuem uma vida digna, tampouco a todos é garantida a inserção no mercado de trabalho, assim, incontestemente também é que o país se alastra em um cenário de preconceito e discriminação desregrada, diante deste contexto, fez-se necessário proteger algumas classes de trabalhadores também vulneráveis.

Na conjuntura atual do nosso país, não seria diferente para os portadores do vírus da AIDS, que conforme afirma Ana Paula Fernandes Teixeira (p.70) “[...]é um grupo mais vulnerável, sujeito a uma maior discriminação da sociedade”.

Nesta toada, em virtude da doença que lhe acomete, o indivíduo sofre inúmeros preconceitos, principalmente no ambiente de trabalho, uma vez que o empregador em certos casos impede a inserção do portador de AIDS no mercado de trabalho. Ocorre que, em que pese o empregador tenha liberdade de contratar, a lei limita esse poder, pelo que o empregador não pode deixar de contratar sujeito portador do vírus HIV, configurando-se assim em ato discriminatório, e, por conseguinte, violação aos preceitos constitucionais e seus correlatos (FERNANDES TEIXEIRA, p.64-65).

Ora, como se vê, não obstante não exista previsão expressa na lei que garanta ao portador de HIV a estabilidade no emprego, não significa dizer que esses indivíduos vão ficar desprotegidos, de modo que, a própria lei admite que o magistrado quando for decidir acerca de uma situação em que há uma omissão legislativa a respeito, possa se utilizar da analogia dos princípios, e dos bons costumes.

A respeito, Fernandes Teixeira afirma que pode-se encontrar a estabilidade do portador de AIDS fundamentado no ordenamento jurídico, mais precisamente na Constituição Federal, art. 7º, inciso I, que protege a relação de emprego contra despedidas arbitrárias ou sem justa causa, o que demonstra que o pleito constitucional garante, ainda que indiretamente, a estabilidade do empregado acometido da referida doença, uma vez que o alcance da norma estende-se a esses indivíduos, protegendo-os contra a dispensa arbitrária justificada em atos

discriminatórios e garantindo a sua integração e reintegração no mercado de trabalho como trabalhador estável.

Outrossim, é possível observar que a jurisprudência pátria também consolida o entendimento de que a dispensa embasada em atos discriminatórios deve ser nula, e o vínculo empregatício deve imediatamente retornar ao seu *status quo ante*. Por último, é possível encontrar sedimento na estabilidade do portador de HIV utilizando-se da analogia, conforme previsão do art. 4º, da Lei de Introdução do Código Civil, que autoriza a utilização dos costumes e princípios gerais do direito sempre que houver omissão legislativa, como forma de preencher as lacunas do ordenamento jurídico, como por exemplo, os princípios da proteção e o da continuidade da relação de emprego, bem como da dignidade da pessoa humana, da não-discriminação e da função social do contrato, além de facultar ao magistrado decidir conforma a analogia através das normas trabalhistas, uma vez que, se é garantido a estabilidade aos cipeiros, deve ser garantida também a estabilidade ao portador do vírus da AIDS (FERNANDES TEIXEIRA, 70-77).

Não obstante a estabilidade do portador de HIV não esteja expressa no ordenamento jurídico brasileiro, a jurisprudência já esta se consolidando nesse sentido, pelo que decidiu pela extensão da estabilidade provisória aos trabalhadores portadores do vírus da AIDS, conforme se infere de decisão proferida pelo TST em processo de dissídio coletivo que ora se transcreve:

Dissídio coletivo. Estabilidade. Cláusula asseguidora de estabilidade no emprego ao portador do vírus da SIDA (AIDS). A despedida por força de preconceito do paciente da SIDA deve ser evitada, para que mantenha suas condições de vida, trabalhando, até eventual afastamento pela Previdência. Recurso Ordinário ao qual, no particular, é negado provimento". TST - RO - DC 89.574/93.8 - TRT 02 - Ac. SDC - 1.335/94. Rel. Min. Almir Pazzianotto Pinto - DJ 10.2.95 - p. 2.023. (grifo nosso)

Na mesma ótica, existem outros precedentes dos Tribunais Pátrios sedimentando o mesmo posicionamento, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A decisão recorrida não apresenta nenhuma irregularidade. A Corte de origem entregou a prestação jurisdicional de forma harmônica e zelosa, com todos os fundamentos necessários à compreensão da controvérsia. **ESTABILIDADE. PORTADOR DO VÍRUS HIV.** A jurisprudência desta Corte estabelece que o empregado portador do vírus HIV, em face das garantias constitucionais que vedam a prática discriminatória e asseguram a dignidade da pessoa humana, tem direito à reintegração, não obstante a inexistência de legislação que assegure a estabilidade ou a garantia no emprego, presumindo-se discriminatória a sua dispensa imotivada. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (1338002120075150137 133800-21.2007.5.15.0137, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 22/08/2012, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/08/2012). (grifo nosso)

ESTABILIDADE PROVISÓRIA - PORTADOR DO VÍRUS HIV - GARANTIA NÃO PREVISTA EM LEI OU NO REGULAMENTO EMPRESARIAL - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA RECONHECIDA - REINTEGRAÇÃO CONCEDIDA. Esta Corte apenas tem reconhecido o direito do empregado portador do vírus HIV de ver-se reintegrado no caso de a dispensa ter sido discriminatória. A SBDI-1, contra posicionamento pessoal deste Relator, tem presumido discriminatória a dispensa do aids, na hipótese de o empregador ter ciência da doença do empregado. No caso, o Regional concluiu pela dispensa discriminatória, em face da revelia, o que torna confessos os fatos alegados pelo Reclamante, entre os quais o da discriminação na dispensa, daí o direito à reintegração postulada. Recurso de revista provido. (737009520045020031 73700-95.2004.5.02.0031, Relator: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 16/11/2005, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/02/2006.) (grifo nosso)

Pelo exposto, conclui-se que em que pese ainda não exista lei que tutela essa garantia aos empregados portadores do vírus da AIDS, e não obstante a necessidade da criação de normas no Direito Positivo que assegurem de forma efetiva essa proteção a esses indivíduos que ainda são vítimas de discriminação e preconceito no mercado de trabalho, não significa que estes indivíduos desprotegidos, de modo que pautados numa interpretação constitucional e principiológica já existem precedentes dos Tribunais ampliando a garantia da estabilidade a esses indivíduos.

Ademais, assim o portador do vírus da AIDS, aos empregados portadores de doenças graves também foi ampliado o direito a estabilidade, através de entendimento sumulado do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, em setembro de 2012.

Neste diapasão, em que pese a inexistência de previsão em lei que garanta a estabilidade a esses indivíduos acometidos de doenças graves, há precedentes incontestáveis de que restará configurada a dispensa discriminatória caso o empregado seja dispensado em razão da doença que lhe é acometida, garantindo, destarte, o seu direito a reintegração no emprego.

Pelo exposto, não há que se falar em desproteção a esses indivíduos pelo simples fato de não ter o legislador positivado a estabilidade do portador de doenças graves no ordenamento jurídico, ao revés, em casos em que há omissão legislativa, é facultado ao magistrado, através do ativismo judicial que lhe fora concedido em virtude de um novo modelo de Estado Constitucional, qual seja, o neoconstitucionalismo, surgido após quebra do positivismo, a utilizar não apenas daquilo que está expresso na lei, mas também da analogia, dos princípios gerais e dos bons costumes, a fim de tomar decisões mais justas.

A propósito, a respeito da estabilidade do portador de doenças graves será melhor debatida posteriormente, haja vista que é o aspecto principal do presente trabalho. Destarte, necessário se faz a análise acerca da Constitucionalização do Direito Civil e sua influência no Direito do

Trabalho, principalmente no que concerne a incidência dos princípios da dignidade da pessoa humana, da não-discriminação e da função social dos contratos.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SUA INFLUÊNCIA NAS RELAÇÕES LABORAIS

É cediço que o Direito Civil está umbilicalmente ligado ao Direito Constitucional, a respeito, Gagliano e Pamplona Filho (2005, p.54) asseguram que “não se pode, pois, entender o Direito Civil – em suas viagens fundamentais: *o contrato, a propriedade e a família* – sem o seu necessário suporte lógico do Direito Constitucional. Um se prende ao outro como corpo e alma”.

Em seu momento histórico, o constitucionalismo e a codificação das leis remontam ao Estado Liberal, firmando-se num contexto de liberdade e individualismo exacerbados e diante de um Estado completamente absenteísta, o que desencadeou em um cenário de exploração em massa, dos mais fracos pelos mais fortes. Diante disso, houve a necessidade de um Estado intervencionista para assegurar os direitos dessas minorias, o que efetivamente se concretizou com o advento do Estado Social. Assim, a socialização do Estado, com fundamento no bem-estar social e valores de justiça, predominou no século XX, principalmente no âmbito constitucional (LÔBO, 2003, p.201-203).

Ainda, a guisa da conclusão, o referido autor, ilustra que:

A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucionais dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, porque passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social. [...] As funções do Código esmaeceram-se, tornando-o obstáculo à compreensão do direito civil atual e de seu real destinatário; sai de cena o indivíduo proprietário para revelar em todas as suas vicissitudes, a pessoa humana. Despontam a efetividade, como valor essencial da família, a função social, como conteúdo e não apenas como limite, da propriedade, nas dimensões variadas, o princípio da equivalência material e a tutela do contratante mais fraco no contrato. Assim, os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos (2003, p.216).

Após o reconhecimento da normatividade da Constituição é que se concebeu a constitucionalização do Direito Civil, desse modo, o intérprete e aplicador do direito devem estar pautados nos valores constitucionais vigentes. A perspectiva civil-constitucional deve buscar uma efetiva proteção e um permanente desenvolvimento da pessoa humana, isto é, a tutela da pessoa humana e da sua dignidade fundamental. Além disso, a constitucionalização do direito civil tem também por escopo a reconstrução do que foi devastado pelo Direito civil liberal-individualista, embasado fundamento precípua da Constituição, a dignidade da pessoa humana. (NEGREIROS, 2006, p.53-61).

Como se vê, com a promulgação da Constituição de 1988, acarretou um novo processo de reconhecimento da dignidade da pessoa humana, e de valorização da pessoa humana, e, é indubitável que reflete na maneira como é interpretado todo o ordenamento jurídico, assim como, o Código Civil de 2002.

Com esse novo pensamento, inserido no Código Civil de 2002, de valorização da pessoa humana, as suas relações contratuais também passaram a ser vistas sob a ótica interpretativa da Constituição Federal de 1988. E, a fim de assegurar ao sujeito o mínimo para viver com dignidade, já que, a todos é garantida uma vida digna, as suas relações contratuais, mais precisamente no tocante as relações laborais, também passaram a ser interpretadas sob a égide da função social do contrato, da dignidade humana e da não-discriminação, como princípios fundamentais, a serem analisados.

4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana está consubstanciado na Carta Magna de 1988, art. 1º, inciso III¹⁴, como fundamento sustentáculo da República Federativa e do Estado Democrático de Direito, assim, consagrado como foi no rol do artigo primeiro é incontestável a importância e o valor deste princípio na sociedade.

Consagra Dirley da Cunha Júnior (2012, p.86) que “a *dignidade da pessoa humana* assume relevo como *valor supremo* de toda sociedade para o qual se reconduzem todos os direitos fundamentais da pessoa humana. É um princípio construído pela história”.

Nesse sentido, Marcelo Novelino Camargo (2006, p.45) afirma que:

A consagração expressa da dignidade da pessoa humana nas Constituições de diversos países, bem como sua elevação à categoria de “valor supremo” do ordenamento jurídico, são alguns dos traços mais marcantes do constitucionalismo do segundo pós-guerra. Apesar de reconhecida anteriormente, por *jusnaturalistas* e *positivistas* ao se referirem a direitos humanos, esta noção começou a se destacar no plano normativo constitucional, após o fim da Segunda Guerra Mundial [...]. É neste cenário, matizado pelo surgimento de um novo alinhamento doutrinário denominado “pós-positivismo” (ou “neopositivismo”) que a *dignidade da pessoa humana* desponta como núcleo central do constitucionalismo de valores, do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais.

¹⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]III - a dignidade da pessoa humana.

Como se vê, foi no período pós-guerra que o princípio da dignidade da pessoa humana consagrou-se nos ordenamentos jurídicos mundiais, citando-se como exemplo, as Constituições Italiana, Portuguesa, Alemã e Espanhola, e, em diversos documentos de alcances internacionais, principalmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos (BARROSO, 2011, p.251).

A despeito da consagração do referido princípio na Declaração Universal dos Direitos Humanos, extrai-se o mesmo no art. 1º ao estabelecer que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, do mesmo modo, no seu art. 23, parágrafo 3º, cuja redação dispõe que “toda pessoa que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana”.

Impende ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa tem grande relevância na esfera do Direito Privado, sendo este um viés da unificação dos direitos da personalidade, nesse sentir, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p.98) afirma que:

Por isso, impende lembrar, neste ponto, que o Direito Civil não pode, de forma alguma, distanciar-se da legalidade constitucional, impondo-se a estrita obediência às premissas fundamentais postas na Lei Fundamental, pois consistem nos valores mais relevantes da ordem jurídica brasileira. Nessa trilha de raciocínio, destaca-se que o mais precioso valor da ordem jurídica brasileiro, erigido como fundamental pela Constituição de 1988 é a *dignidade humana*. Assim, como consectário, impõe reconhecer a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas pela a pessoa e para a sua realização existencial, devendo garantir um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade.

Registre-se que, conforme salienta Barroso (2011, p.253) “a doutrina civilista, por sua vez, extrai do princípio da dignidade da pessoa humana os denominados *direitos da personalidade*, reconhecidos a todos os seres humanos e oponíveis aos demais indivíduos e ao Estado”.

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana traz uma nova roupagem ao Direito Civil hodierno, de modo que o seu reconhecimento impõe que na interpretação e aplicação das normas, é imprescindível que, prioritariamente, seja assegurada a vida humana. Nesta ótica, o direito civilista revela-se elementar na concretização da valorização da pessoa humana e na busca de uma sociedade mais justa e solidária, o que para tanto torna-se essencial à afirmação da dignidade da pessoa humana (FARIAS E ROSENVALD, 2008, p.99-107).

Percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, como valor supremo constitucional, propaga-se por todo o ordenamento jurídico, de modo que qualquer relação,

deverá observar a dignidade da pessoa, garantindo a todos os indivíduos uma vida verdadeiramente digna.

Não foi em vão que o referido princípio foi alçado à hierarquia da Constituição, como fundamento precípua da República Federativa e do Estado Democrático de Direito, ao lado de outros valores e objetivos constitucionais supremos, quais sejam, valorização social do trabalho, a fim de conceber uma sociedade mais humana, justa e solidária, desprendida de preconceitos de qualquer natureza.

Nesse sentido, Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p.137) conclui que:

Enfim, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana se desdobra em inúmeros outros princípios e regras constitucionais, conformando um arcabouço de valores e finalidades a ser realizadas pelo Estado e pela sociedade civil, como forma de concretizar a multiplicidade de direitos fundamentais, expressos ou implícitos, da Carta Magna brasileira e, por conseguinte, da normatividade infraconstitucional derivada.

A dignidade da pessoa humana é um princípio cujo valor se expressa com a sua incorporação ao patrimônio da humanidade, cuja essência se expressa com a incorporação de valores emanados de outros direitos fundamentais, que se consubstanciam como valores em busca de concretizar a existência digna (SOARES, 2010, p.143).

Destarte, como em qualquer relação, não seria diferente nas relações empregatícias, em que a dignidade do trabalhador deve ser observada como um preceito fundamental e basilar, a fim de assegurar ao obreiro condições mínimas de subsistência. Ora, percebe-se que o dever do empregador de assegurar ao obreiro uma vida digna com condições mínimas de subsistência é o fundamento primeiro do princípio da dignidade da pessoa humana, restando incontestado sobre a incidência e o dever de observância do referido princípio nas relações trabalhistas.

Pelo exposto, o princípio da dignidade da pessoa humana é um norte constitucional balizador de todo ordenamento jurídico, sendo, portanto, fundamental ao Direito do Trabalho e suas relações trabalhistas, por esta razão, pretende-se analisar a estabilidade conferida ao portador de doenças graves em razão de estigma ou preconceito, à luz do referido princípio, sem olvidar dos demais princípios descritos na Carta Magna, além dos princípios peculiares norteadores do Direito do Trabalho, bem como de outras normas infraconstitucionais, especificamente àquelas insculpidas no Código Civil, uma vez que integram o sistema de proteção aos direitos e garantias dos trabalhadores, precisamente, no tocante ao direito a estabilidade, sendo este, objeto do presente estudo.

4.2 PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO

A República Federativa do Brasil tem como objetivo fundamental, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme preceitua o art. 3º, inciso IV¹⁵, da Carta Magna brasileira, mais além, garantiu no seu rol dos direitos e garantias fundamentais, precisamente, no caput do art. 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, o que demonstra que o legislador constituinte se preocupou em positivar igualdade de tratamento, o que pressupõe ausência de discriminação.

Ademais, A legislação infraconstitucional também prevê o princípio da não-discriminação, conforme se observa do art. 1º, da Lei nº 9.029 de 1995, que estabelece que “fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade [...]”.

Como se vê, a garantia da não-discriminação está contemplada no texto constitucional e na legislação infraconstitucional, destarte, é possível observar a importância que o referido princípio tem no Direito Positivo.

Ainda, é imperioso ressaltar que o princípio da não-discriminação também foi consagrado pelos documentos internacionais, citando-se como exemplo, a Convenção nº 111 de 1958 da Organização Internacional do Trabalho, que traz consigo, precisamente em seu art. 1º, a delimitação conceitual de discriminação, *in verbis*:

Art. 1 — 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Ainda, a despeito da conceituação da discriminação, segundo Maria Helena Diniz (1998, p.191) “na *linguagem jurídica* em geral, indica [...] tratamento preferencial de alguém, prejudicando outrem”.

¹⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Feitas essas premissas, é imperioso salientar que o princípio da não-discriminação é imprescindível para o Direito do Trabalho, haja vista que é elementar para garantir uma maior proteção ao empregado contra os abusos do empregador, podendo ser observado uma efetiva concretização do princípio quando da busca de uma igualdade entre ambos.

A propósito, é imperioso destacar o que assevera Rodolfo Pamplona (2000, p.369):

[...] como o preconceito (e a discriminação) grassa fortemente na nossa multiforme sociedade, é lógico que isto não poderia deixar de ocorrer na seara da relação de emprego, onde o poder e o tratamento diferenciado podem se tornar tragicamente complexos.

Corroborando com o entendimento, preceitua Pinho Pedreira (2001, p.402) que “a proibição de discriminações arbitrárias, isto é, para as quais não existam causas objetivas, constitui princípio do Direito do Trabalho, como consequência de outro seu, fundamental, o da igualdade de tratamento dos iguais em identidade de circunstâncias”.

Nota-se que o princípio da não-discriminação pode ser considerado como uma decorrência do princípio da igualdade, que assegura tratamento igual aos iguais, e tratamento desigual aos desiguais na medida das suas desigualdades, desse modo, resta incontestado que o referido princípio veda tratamento diferenciado às pessoas que se encontram em situações pariformes.

A discriminação no âmbito trabalhista pode ser caracterizada pela diferenciação dada a um empregado, de modo que, nega-se tratamento igual deste em relação aos demais quando da contratação ou da manutenção e conservação do vínculo empregatício, sem qualquer fundamento, caracterizando-se, desse modo, conduta discriminatória do empregador (PATRICIA BERTOLIN, 1988, p.1064).

Nesse sentido, Thereza Cristina Gosdal (2003, p.804) afirma que:

Os dispositivos constitucionais e legais anteriormente elencados impõem limite ao poder diretivo do empregador. O empregador pode contratar com quem deseja dentre aqueles que se apresentam para a vaga oferecida, mas não pode contratar ou deixar de contratar com base em critérios discriminatórios. Da mesma forma, não pode deixar de promover ou dar oportunidades na empresa, ou fundar o despedimento em critérios discriminatórios. Ao contratar, ou deixar de contratar com fundamento em critérios discriminatórios o empregador estará, em verdade, praticando abuso de direito).

Ademais, alguns doutrinadores, como Arnaldo Süssekind, consideram que existem três tipos de discriminação proibidas pela Constituição, quais sejam, a direta, a indireta e, a oculta. Assim, por discriminação direta extrai-se que é qualquer ato ou comportamento que produza efeitos maléficis ao trabalhador discriminado em razão do sexo ou gênero, ao passo que, a discriminação indireta restará configurada quando da uma norma que seria, em princípio, aplicada a todos os trabalhadores, não é aplicada para um ou alguns trabalhadores sem motivo

plausível que justifique tal diferenciação. Por fim, por discriminação oculta pode ser compreendida quando o motivo, não obstante exista e seja o determinante, é camuflado por outro motivo, restando, assim, caracterizada a seqüela discriminatória. Por sua vez, a CLT trouxe a proibição das discriminações arbitrárias, sendo configuradas como aquelas imotivadas e infundadas (2008, p.24-25).

Na mesma linha de pensamento, Alice Monteiro de Barros (2012, p.893) ilustre que:

A discriminação manifesta-se de forma **direta, indireta e oculta** em vários segmentos da sociedade, inclusive no trabalho. A **primeira** é conceituada como o ato por meio do qual se atribui ao empregado um tratamento desigual, com efeitos prejudiciais, fundados em razão proibidas (raça, sexo, estado civil, idade ou outra característica enumerada na lei), enquanto a **discriminação indireta** traduz um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeito diverso sobre determinados grupos. Já a **discriminação oculta**, prevista no direito francês, se funda em motivo proibido mas não confessado. [...] A discriminação oculta vem disfarçada sob a forma de outro motivo e o verdadeiro é ocultado, daí sua intenção de discriminar. (grifos do autor).

Outrossim, perscrutando ainda mais o estudo acerca da discriminação, nota-se que existem inúmeras razões que sustentam essa prática marginalizada. Perceba-se que a discriminação pode ter sua procedência arraigada no ódio, no sentimento de superioridade, na antipatia ou preconceito, ainda, pode advir da ignorância, do temor e intolerância.

Por todo exposto, é irrefutável que a discriminação causa grandes prejuízos para o empregado, por esta razão, o legislador constituinte e o infraconstitucional positivou no Sistema Jurídico como um todo a proibição de práticas discriminatórias nas relações laborais, o que significa dizer que é vedado ao empregador contratar ou deixar de contratar, bem como dispensar o empregado baseando-se em critérios discriminativos. Nesse sentido, torna-se concludente que o referido princípio está umbilicalmente ligado ao instituto da estabilidade no empregado, sendo assim uma limitação ao poder de dispensa do empregador, uma vez que a legislação proíbe dispensas arbitrárias. Neste toada, é eloquente que a despedida discriminatória é, de fato, uma despedida arbitrária.

4.3 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

A função social dos contratos nasceu da ideia de função social da propriedade, dessarte, mister se faz traçar alguns comentários acerca deste instituto.

A respeito da evolução da propriedade, bem esclarece os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p.256-257) para quem:

Neste caldo cultural tão diversificado, não escapa que a história da propriedade é a história da liberdade.[...]Os direitos de propriedade surgem no instante em que os recursos se tornam escassos. Desde os primórdios, o indivíduo sempre procurou satisfazer as suas necessidades vitais por intermédio da apropriação de bens. Inicialmente, o homem pertencia à terra, com o tempo a terra passou a pertencer ao homem, em um processo que inicia com a busca por bens de consumo imediato; com o tempo, o domínio de coisas móveis, até perfazer-se a noção de propriedade, progressivamente complexa e plural. O verbo *ter* marca indelevelmente o direito subjetivo de propriedade, sendo inerente a qualquer ser humano o anseio pela segurança propiciada pela aquisição de bens. A relação entre propriedade e liberdade coincide com o surgimento do Estado, que protege a propriedade como um direito, da mesma forma que tutela o indivíduo contra o arbítrio do Estado.

A propriedade sofreu inúmeras transformações ao longo dos tempos, de modo que à medida que a civilização evoluía, a propriedade também evoluía e ganhava outras proporções. No direito romano, a propriedade era individualista, possuía apenas um dono e ao proprietário era garantido o exercício dos amplos poderes. Na era medieval, há uma ruptura do conceito individualista da propriedade, em que é dado a esta um caráter de coletividade, de maneira que um mesmo bem podia ter vários proprietários, assim, há um titular que confere o domínio útil da sua propriedade a outrem em troca de regalias, constituindo, desse modo, uma propriedade paralela. Entretanto, com o capitalismo, a propriedade torna a ter uma concepção individualista, mas com uma particularidade, os poderes que ela confere são enaltecidos, tornado-se até mesmo descomedidos e excessivos, o que significa dizer que ao seu exercício não eram impostas limitações (ORLANDO GOMES, 2009, p.115-116).

Na conjuntura de um capitalismo socializante atual, a propriedade reveste-se com caráter individual, mas não sustenta e nem carrega consigo as características de outrora, a propósito, bem sintetiza Caio Mário (2013, p.69-70):

A verdade é que a propriedade individual vigente em nossos dias, exprimindo-se embora em termos clássicos e usando a mesma terminologia, não conserva, todavia, conteúdo idêntico aos de suas origens históricas. É certo que se reconhece ao *dominus* o poder sobre a coisa. É exato que o domínio enfeixa os mesmos atributos originários – *ius utendi, fruendi et abutendi*. Mas é inegável também que essas faculdades suportam evidentes restrições legais, tão frequentes e severas, que se vislumbra a criação de novas noções. São restrições e limitações tendentes a coibir abusos e tendo em vista impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação. (destaque do autor)

Ainda, na perfeita lição do referido autor, a limitação dos exercícios do direito de propriedade pode ser embasada em algumas teorias tendencialistas, ora em um processo de harmonização da propriedade, ora filiada a um paternalismo do direito moderno, ora em razão de uma tendência a socialização da propriedade e do próprio direito, há quem também preconize pela sua publicização, por último, há quem entenda que a limitação do exercício do direito está

arraigado no desempenho de uma função social, assim sendo, a propriedade deve ser utilizada de forma limitada, impondo ao proprietário o cumprimento de certas obrigações, a fim que seja garantida e satisfeita a sua função social, por esta razão, para estes a propriedade é uma instituição e não um direito (2013, p.70-71).

A respeito de ser a propriedade uma instituição ou um direito, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013, p.261) afirmam que:

O significado da propriedade muda de acordo com a mudança que se verifica nos propósitos que a sociedade (ou as suas classes dominantes) tenha perante a instituição. Por isso, talvez seja pertinente definir a natureza jurídica da propriedade como a de uma instituição social, o que ora pode se constituir a partir do direito positivo e noutro momento pode servir de base para a criação das leis.

A respeito da noção da função social, é cediço que é um princípio intrínseco a todo e qualquer direito subjetivo, em que no contexto do liberalismo era definido como um poder garantido ao indivíduo para satisfazer seus interesses individuais, exaltando-se um caráter egoístico. Ocorre que, o fim que emana a ordem jurídica é destinada a concretização do bem comum, bem-estar social, e o direito subjetivo deveria ser direcionado a essa finalidade. Em razão desse caráter individualista que preponderava na sociedade, fez-se necessária a incorporação do princípio da função social no sistema jurídico. Diante deste contexto, a autonomia privada foi censurada face à necessidade de compatibilização do interesse individual com os anseios sociais, o que significa dizer que a satisfação de um interesse individual pressupõe a satisfação primeira de determinados interesses da coletividade. Destarte, o direito subjetivo deve ser entendido como um poder inerente ao indivíduo com o escopo de concretizar interesses maiores e mais relevantes ante o corpo social. Perceba-se que há uma relativização do liberalismo, as liberdades individuais ficam mitigadas em razão de condicionamentos de interesses coletivos, época em que há notadamente a transição de um Estado Liberal extremamente absolutista para um Estado Social, e, por conseguinte, uma mudança de paradigma, impondo a intervenção do Estado como sendo indispensável à satisfação dos interesses sociais (FARIAS E ROSENVALD, 2013, p.307-313).

Pois bem, nesse diapasão, percebe-se que o caráter absolutista da propriedade no Estado Liberal perde e fica enfraquecido diante das novas concepções e ideais do Estado Social, diante desta nova conjuntura, Humberto Theodoro Júnior (2008, p.99-100):

É, pois, abusivo e conseqüentemente ilícito, o exercício do direito de propriedade de modo incompatível com suas naturais finalidades tanto econômicas como sociais. O caráter absoluto e egoístico da primitiva concepção do domínio foi substituído por um enfoque jurídico que o insere no contexto social onde se sobressai a exigência do seu uso para o bem comum.

Nesse sentido, ainda a respeito da noção de função social, Farias e Rosenvald (2013, p.314) concluem que:

A locução *função social* traduz o comportamento regular do proprietário, exigindo que ele atue numa dimensão na qual realize interesses sociais, sem a eliminação do direito privado do bem que lhe assegure as faculdades de uso, gozo e disposição. Vale dizer, a propriedade mantém-se privada e livremente transmissível, porém detendo finalidade que se concilie com as metas do organismo social. Em termos concretos, haverá função social da propriedade quando o Estado delimitar marcos regulatórios institucionais que tutelem a livre iniciativa, legitimando-a ao mesmo tempo. (destaque do autor)

De mais a isso, hodiernamente, a Carta Magna de 1988, traz expressamente em seu texto a garantia ao direito de propriedade, mas estabelece uma condição ao seu exercício, sendo imprescindível que o proprietário exerça o *dominus* atendendo a sua função social, como se infere do art. 5º, incisos XXII e XXIII, que estabelecem que “é garantido o direito de propriedade” e, “a propriedade atenderá a sua função social”, respectivamente.

Mais além, a Constituição também trouxe o princípio da função social da propriedade como um dos princípios sustentáculos da ordem econômica, mais precisamente, elencado no art. 170, inciso III, *in verbis*:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]III – função social da propriedade.

Perceba-se que a função social se integra na estrutura do direito de propriedade, uma vez que a função social limita esse direito de propriedade, no sentido de que o proprietário só pode exercer os poderes inerentes a este direito na medida em que esteja atendendo essa função social, desse modo, Arnaldo Rizzardo (2013, p.176) esclarece que “de modo geral, vai preponderando, cada vez mais, a finalidade social da propriedade, que se sobrepõe ao direito incondicional e ilimitado[...]”.

Em outras palavras, à luz da interpretação dos referidos dispositivos, é imperioso ilustrar a perfeita lição de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013, p.314):

é fundamental ressaltar que a tutela constitucional da propriedade, alinhavada no art. 5º, inciso XXII, é imediatamente seguida pelo inciso XXIII, disciplinando que “a propriedade atenderá a sua função social”. Esta ordem de inserção de princípios não é acidental, e sim intencional. Inexiste incompatibilidade entre a propriedade e a função social, mas uma obrigatória relação de complementaridade, como princípios da mesma hierarquia. [...]A proposital ênfase à dimensão axiológica da propriedade é novamente evidenciada no art. 170, incisos II e III, da Constituição Federal. A ordem econômica é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, com a imprescindível conciliação da propriedade com a sua função social.

Feitas essas premissas acerca da evolução da propriedade e da função social, é possível perceber que a função social incide em outras propriedades, bem como em outras relações jurídicas, assim sendo, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013, p.344) afirmam que:

Ora, se no estágio fluido da pós-modernidade a propriedade é ampliada em diversas propriedades, a função social também se avoluma, ultrapassando o estágio primário do direito das coisas, incidindo atualmente em toda e qualquer relação jurídica.

Na mesma linha de pensamento, afirma Caio Mário (2013, p.72):

[...] verifica-se que se esboça com toda nitidez uma tendência que se concretiza em doutrina atual, distanciando as noções hodiernas dos conceitos clássicos e salientando notória linha de evolução para um regime dominial invencivelmente diverso do que foi no passado. Em meio a tais tendências, o direito moderno conhece um novo tipo dominial, o da *propriedade empresarial*. (destaque do autor)

Nesta ótica, é imperioso destacar que, tendo em vista a existência de uma propriedade empresarial, indubitável é que a empresa também deve atender as exigências e limitações da função social, nesse sentir, afirma Rodrigo Wasem Galia (2013, p.215) que “com efeito, se toda propriedade no Brasil necessita cumprir uma função social, a empresa também necessita e seria encarada como função social dos bens de produção”.

Nesse sentir, a função social da propriedade é realizada quando da sua incidência sobre a propriedade dos bens de produção, o que significa dizer, em outras palavras, que sobre os bens de produção incide a função social da empresa, destarte, em decorrência do referido princípio há uma imposição ao proprietário da empresa ou àquele que detém os poderes advindos da propriedade de exercer a função social de maneira que beneficie a todos, utilizando-se de prestações e comportamentos tanto positivos quanto negativos (GRAU, 2012, p.237-245).

De acordo com Galia (2013, p.215):

[...]à propriedade produtiva, como à empresa, tem sido reconhecida uma função social, o capital e o trabalho têm que se completar e não gerar conflito, além do mais, a propriedade dotada de função social é justificada pelos seus fins, seus serviços, sua função. Somente dessa forma a empresa estaria exercendo a sua função social de forma completa, na garantia de pleno emprego, alicerçada nos valores da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana.

Conforme dito alhures, a Constituição Federal de 1988 traz como princípio basilar da ordem econômica, a busca do pleno emprego, a fim de assegurar a todos uma vida digna, conforme os ditames da justiça social, com primazia na valorização do trabalho humano e livre iniciativa, preceitos que estão expressos no art. 170, caput, e inciso VIII.

O trabalho é indispensável à subsistência humana, não há que se falar em existência digna sem o trabalho. É preeminente que o trabalho dignifica o indivíduo, e os rendimentos

provenientes do labor são fundamentais para a satisfação das suas necessidades vitais. Ademais, o desenvolvimento e valorização do trabalho humano pressupõe o desenvolvimento da nação. Por esta razão, o texto constitucional assegura a todos existência digna, o pleno emprego, a valorização do trabalho, e a livre iniciativa, posto que tais preceitos são indispensáveis ao desenvolvimento da ordem econômica do país, de modo que uma vez manifesta a existência de condições escassas e sem perspectivas de trabalho e emprego, restará configurado um país estagnado, procrastinado, atrasado, subdesenvolvido e sem perspectiva de crescimento, restando mais do que comprovado que o trabalho é pressuposto essencial para o progresso (GALIA, 2013, p.208-209).

Como se vê, em razão da importância do trabalho para o desenvolvimento social e econômico, bem como para assegurar uma vida digna ao trabalhador, parte hipossuficiente da relação, é que se fez necessário uma proteção maior dessa relação contratual, de maneira que o Código Civil de 2002, previu expressamente que o contrato também atenderá a sua função social, o que significa dizer o contrato deverá atender a uma finalidade social, conforme se demonstrará.

Precipualemente, necessário se faz uma análise acerca da socialização do contrato, logo, torna-se relevante a compreensão dos autores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2012, p.83-84):

A socialização da ideia de contrato não é ideia nova. A partir do momento em que o Estado passou a adotar uma postura mais intervencionista, abandonando o ultrapassado papel de mero expectador da ambiência econômica, a *função social do contrato* ganhou novos contornos mais específicos. [...]o contrato é figura que acompanha as mudanças de matizes da propriedade, experimentando inegável interferência deste direito. Ora, se constataremos o inafastável conteúdo político da propriedade, erigida à condição de direito fundamental na Carta da República, é forçoso convir que as modificações no seu trato ideológico refletir-se-iam na seara contratual. A partir do momento em que se começou a perceber que a propriedade somente mereceria tutela se atendesse a uma determinada finalidade social abandonou-se o antigo modelo *oitocentista* de concepção desse direito, que cederia lugar a uma doutrina mais afinada aos anseios da sociedade atual. com isso, socializando-se a noção de propriedade, o contrato, naturalmente, experimentaria o mesmo fenômeno[...].

Nesta ótica, afirma Humberto Martins Theodoro Júnior (2008, p.100):

Enfim, embora não seja tão nítida a tão grande como a função social da propriedade, é inegável que também o contrato produz efeitos ou reflexos sobre terceiros que lhe conferem, por isso, uma função social, como aliás, prevê o art. 421 do atual Código Civil Brasileiro.

Como se vê, apenas após a decadência do Estado Liberal, fundado em um absolutismo e individualismo extremos e pautado numa autonomia de vontade desmesurada, é que foi possível atribuir uma nova roupagem aos contratos, posto que a disseminação do Estado Social, menos absolutista e mais intervencionista, fundado na busca do bem-estar social, é que

se possibilitou a socialização dos contratos, logo, a partir deste contexto, o contrato deve estar atrelado a uma função social, o que significa dizer que ao contrato deve ser dado sempre um fim social, atendendo os interesses da coletividade.

Segundo Paulo Nader (2009, p.61) “na gestão de seus interesses, as pessoas gozam do *direito de contratar* e de *não contratar*. A vontade é livre para contrair obrigações de variadas espécies e sob as condições que desejar, sem imposição da lei”, destarte, diante deste contexto, resta indubitável que a interpretação do referido autor se faz à luz do princípio da autonomia da vontade.

Ainda, para o referido autor (2009, p.22-24) o princípio da autonomia da vontade “[...] consiste na faculdade de contratar *quando, como e com quem quiser*[...]”, contudo, “à medida que se toma consciência da função social do contrato e do equilíbrio econômico a ser preservado nas relações, o princípio da autonomia da vontade perde a sua força”.

Como se vê, o princípio da autonomia da vontade está intimamente ligado à liberdade de contratar, de modo que concede ao contratante a faculdade de contratar com quem quiser e como quiser, ocorre que, conforme dito anteriormente, com a superação do modelo liberal individualista face a uma visão social, em que há necessidade de uma intervenção estatal a fim de garantir a tutela dos hipossuficientes das relações contratuais, a autonomia da vontade e a liberdade contratual figuram-se relativizadas, restando, dessarte, descaracterizado o caráter absoluto dos referidos princípios.

Neste tocante, assinala, por sua vez, Eugênio Kruschewsky (2009, p.16):

A autonomia da vontade de contratar não é princípio absoluto – como nada, aliás, na doutrina jurídica -, submetendo-se, sempre, a supremacia da ordem pública e ao que a sociedade entende como bons costumes, atendendo, portanto, a uma função social.

Não obstante o princípio da função social determine que o contrato deve atender a uma finalidade social, e, por sua vez, relativize os princípios da autonomia da vontade privada e da liberdade de contratar, não significa que estes princípios não tenham sejam reconhecidos no ordenamento jurídico, ao revés, conforme bem ilustra Kruschewsky (2009, p.18) “a liberdade de contratar é reconhecida, mas seu exercício está condicionado à função social do contrato[...]”.

Na mesma linha de pensamento, Caio Mário *apud* Gonçalves (2013, p.25) afirma que:

A função social do contrato serve precipuamente para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que esta limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar[...].

Portanto, a funcionalização estabelece que o contrato seja exercido em conformidade com os interesses sociais, a fim de manter um equilíbrio entre as partes contratantes, uma vez que estas, em algumas situações encontram-se economicamente desequilibradas, vale dizer, na relação contratual há sempre uma parte economicamente vulnerável, ocorrendo, destarte, a exploração desta pela parte economicamente privilegiada. Por esta razão, é indispensável que a ordem econômica esteja atrelada aos preceitos da justiça social, assim, estar-se-á realizando a sua função social. A observância do princípio da função social no contrato não é uma faculdade, a contrario sensu, é uma imposição que independe da vontade das partes (LÔBO, 2011, p.67-69).

Em razão da importância e relevância da funcionalização do contrato, o Código Civil, a fim de garantir a proteção infraconstitucional da função social trouxe expressamente esse princípio no seu agrupamento de normas, por esta razão, será feita uma análise acerca da evolução dos contratos no ordenamento cível pátrio.

4.3.1 A evolução dos contratos no Código Civil Brasileiro

Segundo Teresa Negreiros (2006, p.231):

A função social do contrato, é, neste passo, resultado do novo fundamento da sua força obrigatória, que se deslocou da vontade para a lei. A força vinculante do contrato, porque fundada na lei, passa a estar funcionalizada à realização das finalidades traçadas pela ordem jurídica, e não mais pode ser interpretada como apenas um instrumento de satisfação dos interesses dos contratantes individualmente considerados.

4.3.1.1 O contrato na vigência do código de 1916

O Código Civil de 1916 não se preocupou com a funcionalização da propriedade, e dos contratos.

De acordo com Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2012, p.88):

Não por simples razão histórica, o Código Civil de 1916 ignorou a função social do contrato e da propriedade. Quando da elaboração do seu projeto (1899) – fruto do empenho de CLÓVIS BEVILÁQUA, com inegável influência do esforço dos juristas que o antecederam, com destaque para TEIXEIRA DE FREITASN – vivia-se em uma sociedade de economia rudimentar, pós-escravocrata, e recém ingressa na República. Todos esses fatores, agregados ao poderio reacionário e à força política dos senhores de terra, apontavam no sentido oposto ao da socialização da propriedade, e por consequência, do contrato. [...]Embora não possamos negar a sua grandeza técnica, sem cometermos grave injustiça, o fato é que o codificador de

1916 absorveu, demasiadamente os valores individualistas, patriarcais e conservadores da sociedade de então.

Destarte, durante a vigência do Código Civil de 1916, os contratos tinham como principal fundamento o princípio da autonomia da vontade, em que sofreu grandes influências dos Códigos Francês e Alemão.

A propósito, bem sintetiza Carlos Roberto Gonçalves (2013, p.24):

A ideia de um contrato com predominância da *autonomia da vontade*, em que as partes discutem livremente as suas condições em situações de igualdade, deve-se aos conceitos traçados para o contrato nos Códigos Francês e Alemão. (destaque do autor)

O Código Civil de Napoleão, como primeira codificação da modernidade, entendia que o contrato era um mecanismo que se prestava apenas à circulação da propriedade, como mero instrumento de circulação de riquezas às classes burguesas e proprietárias. À época, a liberdade de contratar e a propriedade eram absolutas e plenas, em que se garantia ao proprietário o exercício dos amplos poderes, desse modo, a liberdade e a propriedade andavam em conjunto, de mãos dadas, como nós indissociáveis. Surgiram as primeiras manifestações do individualismo, e foi no Sistema Francês que o caráter individualista do contrato atingiu seu auge. O Código Alemão surgiu quase um século depois do obsoleto Código Napoleônico, não obstante ainda ser um código burguês, com predominância capitalista, trouxe algumas mudanças. Nesta seara, o contrato passa a ser geral e a autonomia da vontade prepondera de forma exacerbada, tendo a livre manifestação de vontade como seu baluarte (VENOSA, 2011, p.372-373)

Ainda, para o referido autor, o Código Civil de 1916 tratava o contrato como sendo um produto exclusivo da vontade dos contratantes, em que se preponderava a autonomia da vontade, e os contratos, chamados paritários, possibilitava que as partes discutissem suas cláusulas minuciosamente para que, em consenso, pudessem concretizar o negócio. Nos contratos paritários, as partes encontravam-se em pé de igualdade, e eram pautados na livre manifestação de suas vontades, a fim de alcançar a finalidade almejada (VENOSA, 2011, p.375-376).

Sobre o tema, relevante é o entendimento do autor Carlos Roberto Gonçalves para quem o auge do princípio da autonomia da vontade se deu com a Revolução Francesa (2013, p.41):

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Tem as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. [...]Esse princípio teve o seu apogeu após a Revolução Francesa, com

predominância do individualismo e a pregação da liberdade em todos os campos, inclusive contratual.

Registre-se que a autonomia da vontade era pautada na livre iniciativa das partes, em que estas tinham ampla liberdade de contratar, de modo que, a elas era facultado contratar como, quando e com quem quisessem, sendo assim, com o passar do tempo, o liberalismo e individualismo dos contratos ganhou maiores proporções, principalmente após o advento do Estado Liberal.

É este o entendimento de Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.72) para quem:

Essa liberdade de contratar, por sua vez, manifesta-se no plano pessoal, ou seja, na liberdade de *escolher a pessoa com a qual contratar*. Nota-se, com isso, que, com o advento do liberalismo, mormente após a prorrogação das ideias iluministas, esse princípio ganhou ainda mais visibilidade.

Para Theodoro Júnior, diante de um cenário liberal, em que o Estado possuía uma postura ausenteísta, o contrato era visto como instrumento de circulação de bens, pelo qual a vontade dos contratantes reinava absoluta (2008, p.1)

Ocorre que, com o passar do tempo, a intervenção do Estado nas relações jurídicas tornou-se extremamente necessária, pois o uso descomunal da liberdade contratual ocasionou um grande desequilíbrio na economia e, conseqüentemente, desigualdade entre as partes contratantes. Por esta razão, conforme bem assevera Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.73) “[...]o *individualismo liberal* cederia lugar para o *intervencionismo do Estado*[...]”.

Ainda, para os retromencionados autores (2012, p.83-89):

A partir do momento em que o Estado passou a adotar uma postura mais intervencionista, abandonando o ultrapassado papel de mero expectador da ambiência econômica, a *função social do contrato* ganhou contornos mais específicos. [...]E foi somente a partir do primeiro quarto do século XX, como já vimos, que o Estado Liberal cederia lugar ao Estado Social, refletindo-se esse processo político na ordem jurídica mundial.

A propósito, Theodoro Junior afirma que, com o advento do Estado Social o liberalismo contratual exacerbado foi enfraquecido em razão do desenvolvimento de instrumentos intervencionistas, de maneira que, enquanto no Estado Liberal preconizava-se a liberdade e a livre iniciativa entre as partes, a socialização do estado impõe que os contratos se submetam ao crivo do Estado. Diante deste contexto, percebe-se que a autonomia da vontade não tem mais a mesma dimensão de outrora, de modo que, o individualismo egoístico e o liberalismo exacerbado dos contratos perde relevância face a um preceito fundamental da nova concepção do Estado, qual seja, a busca pelo bem-estar social (2008, p.1-6)

Como se vê, diante das novas necessidades e preocupações com o desequilíbrio social e econômico, fez-se necessário uma maior intervenção do Estado na seara contratual, a fim de proteger a parte mais vulnerável e hipossuficiente da relação obrigacional. Partindo dessa premissa, com o advento do Estado Social, além da necessidade de um intervencionismo estatal acentuado nas relações contratuais, bem como o nascimento do princípio da função social, resta incontestado que a autonomia da vontade sofreu evidentes limitações, principalmente após a promulgação do Novo Código Civil, conforme se demonstrará.

4.3.1.2 O contrato na vigência do Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 trouxe ideias louváveis no que tange ao comportamento das partes na relação contratual, dentre elas, a mais importante inovação destaca-se pela necessidade de o contrato se adequar à sua função social, conforme explicitamente enunciado no art. 421, que dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Observa-se que, diferentemente do Código de 1916, o Código atual positivou a função social do contrato, dando a este instituto caráter normativo, dotado de força vinculante. Destarte, o Direito Contratual passa a ter uma nova roupagem, qual seja, a necessidade de atribuir aos contratos uma finalidade social.

Nesse sentido, Paulo Lôbo (2011, p.70) salienta que:

No Código Civil de 2002 a função social surge relacionada à “liberdade de contratar”, como seu limite fundamental. São dois princípios antagônicos que exigem aplicação harmônica. No Código, a função social não é simples limite externo ou negativo, mas também limite positivo e de determinação do conteúdo da liberdade de contratar.

Por sua vez, Theodoro Júnior (2008, p38) traçando suas considerações acerca do dispositivo supramencionado, ilustra que:

[...]proclamou-se, em termos genéricos, o compromisso de todo o direito dos contratos com a ideologia constitucional de submeter a ordem econômica aos critérios sociais, mediante a harmonização da liberdade individual (autonomia da vontade) com os interesses da coletividade (função social).

O Código Civil vigente insere o contrato como mais um elemento de eficácia social, embasando na ideia de que este deve ser cumprido em benefício da sociedade e não apenas do contratante, de maneira que, o descumprimento da obrigação contratual, não prejudica apenas

o indivíduo isolado, mas os efeitos do descumprimento afetam toda a comunidade (VENOSA, 2011, p.377).

Ressalte-se que o princípio da autonomia da vontade, por diversas vezes, deixou de prevalecer, em virtude deste novo princípio (da função social do contrato), entretanto não deixou de aparecer, a propósito, Theodoro Júnior afirma que “[...]a autonomia privada não desapareceu e continua sendo a base de sustentação do instituto jurídico. Limitado, porém, é o poder individual que dela agora deflui, pela agregação das ideias de *justiça e solidariedade social*[...]”.

Álvaro Villaça Azevedo (2005, p.34) salienta que:

O novo Código Civil não ficou à margem dessa indispensável necessidade de integrar o contrato na sociedade, como meio de realizar os fins sociais, pois determinou que a liberdade contratual (embora se refira equivocadamente à liberdade de contratar) deve ser “exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Este dispositivo (art. 421) alarga, ainda mais, a capacidade do juiz de proteger o mais fraco [...].

Gagliano e Pamplona Filho, consideram que o legislador estabeleceu dois critérios para caracterizar o princípio da função social, um critério finalístico ou teleológico e outro critério limitativo (2012, p.92):

Sob o primeiro enfoque, toda a atividade negocial, fruto da autonomia da vontade, encontra a sua razão de ser, o seu escopo existencial, na sua *função social*.[...]Já sob o segundo aspecto, temos que essa liberdade negocial deverá encontrar justo limite no interesse social e nos valores superiores de dignificação da pessoa humana. Qualquer avanço para além dessa fronteira poderá caracterizar abuso, judicialmente atacável. Neste ponto sim, andou bem o legislador, ao impor limite à liberdade de contratar, em prol do interesse social.

Podemos perceber que a transição de um Estado liberal para um Estado social, com a intervenção estatal nas relações contratuais, trouxe o princípio da função social a fim de proteger a parte vulnerável, assim, limitou a liberdade de contratar e a autonomia da vontade a fim de coibir abusos e promover o efetivo equilíbrio dos contratos.

Desse modo, é possível perceber que a função social do contrato incide em todas as relações contratuais existentes, e vem ganhando notoriedade nas relações contratuais trabalhistas, assim, Sílvio Venosa (2011, p.378) afirma que “o contrato, torna-se, hoje, portanto, um mecanismo funcional e instrumental da sociedade em geral e da empresa”, o que demonstra ser relevante e imprescindível a observância da função social dos contratos na seara trabalhista.

Nesse sentido, o princípio da função social, como uma das inovações mais relevantes, surgido com o fulcro no bem-estar social, incide na esfera contratual, principalmente no âmbito contratual trabalhista, em que propõe que o contrato deve ter uma aplicação social, isto é,

atender aos interesses sociais, com o fito de evitar que a liberdade de contratar e dispensar sejam exercidas de forma abusiva, garantindo, assim, o equilíbrio necessário entre as partes.

5 ANÁLISE CRÍTICA DA SÚMULA 443 DO TST

Antes de fazer uma análise crítica à súmula supra, é necessário lembrar a importância dos princípios para o ordenamento jurídico, uma vez que a crítica a ser feita será embasada numa vertente principiológica. Desse modo, é imperioso lembrar a evolução do Direito, a fim de demonstrar a carga normativa, a força vinculante, e o grau axiológico reconhecidos aos princípios após a sua inserção no ordenamento jurídico.

O Direito não é um fato, é um valor que se amolda de acordo com a evolução e os anseios da sociedade, isto é, à medida que o homem evolui, o Direito evolui e o homem se torna um sujeito de direitos. Destarte, o Direito, tendo em vista a sua existência milenar, sofreu profundas transformações ao longo da história, desde os antepassados mais remotos até a contemporaneidade, percorrendo por todos os caminhos da humanidade.

Nesse sentido, conforme já esposado no capítulo 2, item 2.1, o Direito trilhou e ultrapassou as eras do jusnaturalismo jurídico, em que a norma só seria válida e, portanto, eficaz, se fosse justa, trazendo sua concepção de justiça embasada em um Direito Natural, além de percorrer o positivismo jurídico que surge em meio a um regime estatal liberal, em que o direito é visto como um conjunto puro de normas dissociado do valor e da moral, e o estado uma figura coadjuvante, inerte na concretização dos direitos, o que demonstrava ser um sistema fadado ao fracasso.

Destarte, o sistema liberal entrou em declínio quando se notou que o absentismo do Estado impossibilitava a efetivação dos direitos da sociedade, de modo que os direitos necessitavam do intervencionismo do Estado para serem assegurados. Assim, surge o Estado Social, que visa à proteção de direitos e valores anteriormente menosprezados, com o fim maior assegurar dignidade a pessoa humana. Neste momento histórico, abre-se espaço para a inserção de um novo modelo de ciência jurídica, o neoconstitucionalismo.

A respeito, importante se faz lembrar as lições do ilustre Ricardo Maurício (2010, p.126):

Desse modo, o neoconstitucionalismo, como manifestação do pós-positivismo jurídico, abarca um conjunto amplo de mudanças ocorridas no Estado Democrático de Direito e no Direito Constitucional, reaproximando as Constituições do substrato ético dos valores sociais e abrindo espaço para o reconhecimento da força normativa da Constituição e de uma nova interpretação constitucional de base principiológica.

A partir do neoconstitucionalismo, o sistema fechado de regras do positivismo cede espaço para os princípios, e a um novo modelo interpretativo do direito, pautado nos valores, costumes, e princípios gerais.

Não obstante a sociedade e o Direito encontrem-se em constante evolução, hodiernamente, após o declínio do positivismo e surgimento do neoconstitucionalismo, o Direito tem suas raízes fincadas em um Estado Constitucional, um Estado Democrático de Direito, momento em que a Constituição se posiciona como a norma mais elevada do ordenamento condicionando a validade das demais normas dos microsistemas jurídicos à sua hierarquia.

Ademais, conforme exposto no capítulo 2, item 2.2, com a inserção dos princípios no direito, e a sua elevação ao patamar constitucional, aos princípios foi reconhecida a força normativa e o caráter vinculante, assim, deixaram de ser considerados fontes subsidiárias ou secundárias, tendo em vista que serviam apenas como supressores de omissões legislativas, para serem reconhecidos como diretrizes ao aplicador e intérprete do direito.

Desse modo, percebe-se que na conjuntura atual, os princípios não possuem apenas a finalidade de atuar nas omissões ou lacunas das leis, mais além, os princípios possuem também função interpretativa e informadora, de modo que a primeira é um critério de orientação aos intérpretes e aplicadores do direito, e a segunda é que funciona como inspiração ao legislador e fundamento para as normas jurídicas, conforme minuciosamente explicitado no capítulo 2, item 2.3.

Ainda, outra grande inovação do neoconstitucionalismo e do Estado Constitucional de Direito foi que aos princípios foi reconhecido papel importante na hermenêutica jurídica, servindo como diretrizes ao intérprete do direito quando necessária à interpretação do alcance e sentido das normas, a fim de solucionar de forma eficaz o conflito, haja vista que nem sempre a regra terá todas as respostas necessárias à solução, assim, é preciso que o juiz assuma uma posição ativa para que diante do caso concreto analise e tome a decisão que for mais justa e adequada, conforme apontado no capítulo 2, item 2.2.

Portanto, a partir do neoconstitucionalismo e do novo Estado Constitucional do Direito, a Constituição Federal trouxe positivados direitos e princípios anteriormente desprezados, assim, garantiu no rol dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, como fundamento basilar do Direito; bem como trouxe o direito à saúde, o que pode ser concebido como um direito à vida; proclamou que a todos é garantido o direito ao trabalho, o que demonstra a valorização social do trabalho; além de garantir maior proteção aos direitos humanos, trazendo mecanismos à sua efetiva concretização. Enfim, trouxe em seu texto constitucional princípios, reconhecendo, desse modo, a sua base principiológica.

Conforme dito anteriormente, a *Lex Mater* trouxe insculpido no seu corpo normativo, o direito à vida, consubstanciado no direito à saúde, e o direito ao trabalho, sendo incontestável a existência um liame entre ambos, nesse sentido, extrai-se que , segundo Dirley da Cunha Júnior (2009, p.657-658):

O direito à vida é o direito legítimo de defender a própria existência e de existir com dignidade, a salvo de qualquer violação, tortura ou tratamento desumano ou degradante. [...]Sendo, por isso mesmo, o mais fundamental de todos os direitos, condição *sine qua non* para o exercício dos demais.

A Constituição Federal prevê expressamente no caput do art. 6º, precisamente no rol dos direitos sociais, o reconhecimento do direito à vida, uma vez que traz a previsão da garantia à saúde, assim como reconheço o direito ao trabalho, ambos como direitos fundamentais.

Entretanto, em que pese esses dois direitos fundamentais sociais estejam expressos no ordenamento jurídico pátrio, mais precisamente, na Lei Máxima de todo o sistema jurídico, é preciso que eles sejam devidamente efetivados e concretizados, o que significa dizer que não basta que esses direitos façam parte do corpo normativo, são necessários instrumentos que assegurem a sua eficácia e aplicabilidade.

Conforme minudentemente apreciado no capítulo 4, itens 4.1, 4.2 e 4.3, a referida Carta traz também esparsos em seu texto constitucional os princípios da dignidade da pessoa humana, art.1º, inciso III, com o fundamento de que a todos deve ser assegurado uma vida digna; o princípio da não-discriminação, previsto no art. 3º, inciso IV, que assegura que é objetivo fundamental deste país promover o bem estar social sem preconceito ou qualquer forma de discriminação; e, por último, o princípio da função social, no art. 5º, inciso XXIII.

Ainda, é possível observar que a Constituição Federal de 1988 também previu uma regra contra dispensa arbitrária do empregador, garantindo em seu art. 7º, inciso I, que são direitos dos trabalhadores a “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Como se vê, consoante o entendimento já ultrapassado no capítulo 3, a fim de garantir maior proteção ao trabalhador contra as arbitrariedades do empregador é que o Constituinte Originário impôs limitações ao poder do empregador, vedando expressamente a dispensa imotivada, pelo que criou um óbice à despedida de empregados sem motivo justo e fundamentado, bem como, introduziu no seu texto princípios, dotados de caráter normativo e força vinculante, que em razão da sua relevância devem ser observados como limitações a

esse direito potestativo do empregador, a fim de garantir a todos os trabalhadores condições verdadeiramente humanas.

Neste diapasão, não obstante todos esses direitos sejam garantidos pela Constituição Federal, é incontestável que ainda existem desigualdades exacerbadas, de modo que nem todos possuem uma vida digna, tampouco a todos é garantida a inserção no mercado de trabalho, assim, inconteste também é que o país se alastra em um cenário de preconceito e discriminação desregrada.

É cediço que o trabalho tem vasta importância social, porque é através do trabalho que o homem de maneira digna pode garantir a sua subsistência. Mais ainda, a todos os cidadãos é garantido o direito ao trabalho, sendo este um direito social previsto no rol de direitos e garantias fundamentais, conforme se observa da redação do art. 6º da Constituição Federal.

Nota-se que o Direito do Trabalho surge com o escopo de melhorar as condições de vida do ser humano, com o propósito de proteger a classe trabalhadora e nivelar as desigualdades, por esta razão o direito dos trabalhadores é inserido no rol dos direitos sociais.

Ainda, conforme também esposado no capítulo 3, de forma esboçada a Constituição Federal de 1988 e a Consolidação das Leis Trabalhistas trouxeram a previsão da estabilidade provisória nos seus textos normativos, como sendo um direito garantido a alguns empregados, considerados partes hipossuficientes e vulneráveis da relação, contra os abusos e arbitrariedades do empregador.

Ocorre que, existem algumas situações, como é o caso do portador do vírus HIV e do portador de doenças graves, que o legislador foi omissivo, de modo que, não trouxe a previsão da garantia da estabilidade a essa classe tanto quanto vulnerável, e que carece de mesma proteção.

Em outras palavras, a Consolidação das Leis Trabalhistas, e o ordenamento jurídico como um todo não trazem em seu compêndio de normas proteção ao empregado portador de doenças graves, destarte, há uma omissão legislativa no tocante a extensão da estabilidade provisória aos empregados acometidos de doenças graves.

Entretanto, consoante à estabilidade que é garantida ao portador da AIDS, a estabilidade do portador de doenças graves é garantida e também está pacificada pelos Tribunais Pátrios, conforme se demonstrará.

A garantia da estabilidade do portador de doenças graves, como para o portador de HIV, também tem embasamento no direito à vida, ao trabalho, na dignidade da pessoa humana, na não-discriminação e na vedação a dispensa arbitrária, inculpidos, respectivamente, nos arts. 6º, no rol dos direitos sociais; 1º, inciso III; 5º; 3º, inciso IV; e, 7º, inciso I, que serão melhor esposados.

Nesse sentido, a estabilidade do portador de doenças graves deve ser analisada à luz das referidas normas e princípios, bem como dos precedentes dos Tribunais Pátrios.

A respeito, assim proclamou o Benemérito Tribunal Superior do Trabalho, através da Resolução 185/2012, em setembro de 2012:

Súmula nº 443 do TST. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego. - **Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.**

Nota-se que o Tribunal Superior do Trabalho consolida o entendimento de que ao empregador portador de doenças graves que suscite estigma ou preconceito é assegurado a garantia provisória no emprego, sendo incontestável que a dispensa é inválida quando eivada por atos discriminatórios, restando manifesto o seu direito a reintegração e restituição do vínculo empregatício.

Conforme dito alhures, a Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso I, veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa, o que significa dizer que à luz interpretativa deste dispositivo é possível extrair uma limitação ao direito potestativo do empregador de resilir unilateralmente o contrato a qualquer tempo e por sua própria vontade.

Desse modo, malgrado não exista previsão na legislação da estabilidade do portador de doenças graves, é possível utilizar-se da analogia do dispositivo supra para limitar o poder do empregador também nos casos de dispensa contra o portador de doenças graves, destarte, em sendo o empregado dispensado por ser portador de doença grave presumir-se-á, de logo, o caráter discriminatório da sua dispensa, configurando-se, por conseguinte, uma violação ao referido dispositivo por ser esta uma dispensa arbitrária.

Nesse sentido, são emblemáticas as jurisprudências dos Tribunais:

Ementa: RECURSO DE REVISTA. RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DISPENSA. EMPREGADA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. CÂNCER. DISCRIMINAÇÃO. Embora a dispensa sem justa causa seja direito potestativo do empregador, em algumas circunstâncias pode-se configurar o abuso desse direito, principalmente quando o empregado é acometido de doença

grave. No caso dos autos, o Regional registrou que houve dispensa abusiva, uma vez que se deu por discriminação (tanto assim, que foi mantida a reintegração ao emprego). Também consignou que o motivo foi desqualificante para a empregada, já que a doença a incapacitaria de colaborar com o desenvolvimento da empresa, o que acarretou profunda angústia na trabalhadora. A situação fática descrita autoriza a conclusão de que os requisitos para concessão da indenização foram preenchidos (dor moral, nexos de causalidade entre a ação e o dano, e culpa da empregadora). Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. Processo: RR - 235400-84.2009.5.02.0070 Data de Julgamento: 08/05/2013, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/05/2013.

RECURSO DE REVISTA - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - EMPREGADO PORTADOR DE CARDIOPATIA GRAVE - RISCO DE MORTE SÚBITA - REINTEGRAÇÃO. Muito embora não exista, no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego de empregado portador de cardiopatia grave, a reintegração em face de dispensa arbitrária e discriminatória, devido à ausência de motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, não afronta o art. 5º, II, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido. - (RR - 18900- 65.2003.5.15.0072, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, DEJT 06/08/2010).

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. NULIDADE DA DISPENSA POR ATO DISCRIMINATÓRIO DO EMPREGADOR. O Tribunal Regional determinou a reintegração da Reclamante, considerando discriminatória a sua dispensa, por ser portadora de doença grave. A Reclamada, no recurso de revista, não logrou êxito em demonstrar ofensa a preceito de lei federal ou constitucional, tampouco divergência jurisprudencial válida e específica. **DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA.** O Tribunal Regional, acertadamente, dirimiu a controvérsia à luz dos arts. 3º, IV, e 7º, XXXI, da Constituição Federal, da Lei nº 9.029/95 e da Convenção nº 159 da OIT, considerando discriminatória a dispensa da Reclamante ocorrida logo após a comunicação ao empregador de sua doença. Nesse contexto, não houve violação dos arts. 5º, X, da Constituição Federal e 159 do Código Civil de 1916, mas sim observância dos referidos dispositivos, na medida em que o Tribunal "a quo" aplicou-os à hipótese, tendo em vista que, conforme situação fática delineada no acórdão revisando, não resta dúvida do dano moral causado à Autora pela dispensa discriminatória.[...] Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. 3º IV 7º XXXI Constituição Federal 9.0295º X Constituição Federal 159 Código Civil de 1916 896CLT 1983.0488.212468.541. (1573200352002502 1573200-35.2002.5.02.0900, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 01/10/2008, 1ª Turma,, Data de Publicação: DJ 10/10/2008.) (grifo nosso)

Como se vê, o entendimento consolidado é no sentido de que, em sendo demonstrada que a dispensa do empregado se deu em razão da doença que o acomete, há uma presunção de que esta dispensa foi discriminatória, garantindo ao empregado discriminado o seu reingresso no âmbito laboral.

Ocorre que, a súmula em referência, traz em seu texto uma lacuna jurídica, tendo em vista que apenas estabeleceu que “presume-se discriminatória a despedida do empregado portador de vírus HIV ou de **outra doença grave que suscite estigma ou preconceito**”. (grifo nosso)

Perceba-se que, o preceito supracitado não discrimina quais são as doenças graves que estariam abarcadas por esta garantia, à exceção do portador do vírus do HIV, destarte,

também não delimita o que seriam doenças graves capazes de suscitar estigma ou preconceito, restando incontestavelmente demonstrada uma lacuna jurídica.

Ademais, é cediço que a própria Legislação Trabalhista não previu em seu texto a estabilidade do portador de doenças graves, sendo indubitável que não há qualquer previsão no seu rol normativo no tocante a essas doenças.

Outrossim, não há uma lei específica que estabeleça um rol das doenças que seriam consideradas graves, ao revés, existem inúmeras doenças graves que tem sua regulamentação fragmentada em vários instrumentos do ordenamento jurídico, o que dificulta a utilização da regência supletiva para a delimitação de quais seriam especificadamente as doenças que gerariam ao empregado o direito a estabilidade.

A legislação brasileira estabelece um rol de doenças graves, que permite aos indivíduos enfermos usufruir direitos e garantias especiais, conforme será demonstrado.

A lei nº 7.713 de 1998, que alterou a lei do imposto de renda, prevê no seu art. 6º, inciso XIV¹⁶, a isenção do imposto de renda sobre os proventos recebidos em virtude de aposentadoria das pessoas portadoras de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;

Ainda, a Lei nº 8.112 de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, traz a previsão no art. 186, parágrafo 1º¹⁷ um rol de doenças também consideradas graves para fins de efeitos de

¹⁶ Lei. 7.713/98. Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguinte rendimentos percebidos por pessoas físicas: [...]XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;

¹⁷ § 1º Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.

aposentadoria por invalidez do servidor público, quais sejam, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.

Ademais, a Portaria Interministerial MPAS/MS nº 2.998, de 23 de agosto de 2001, estabelece no art. 1º doenças consideradas graves que excluem a exigência de carência para a concessão de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, quais sejam, tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante), síndrome da deficiência imunológica adquirida – Aids, contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada, e hepatopatia grave.

Ademais, além da ausência de previsão legal das doenças graves, há também ausência de um conceito jurídico e determinado sobre o que seriam doenças graves que suscitem estigma ou preconceito. Não há delimitação do conceito de estigma e preconceito na lei.

A despeito do conceito de estigma, Carlos Roberto Bacila (2008, p.24-25) entende que:

estigma é um sinal ou marca que alguém possui, que recebe um significado depreciativo. No início era uma marca oficial gravada a fogo nas costas ou no rosto das pessoas. Entretanto, não se trata somente de atributos físicos, mas também de imagem social que se faz de alguém [...] O estigma adquiriu duas dimensões: uma objetiva (um sinal, um uso, a cor da pele, **a doença**, a nacionalidade, a embriaguez, a pobreza, a religião, o sexo, a opção sexual, a deficiência física ou mental etc.) e outra subjetiva (a atribuição ruim ou negativa que se faz a estes estados, podendo-se citar o seguinte exemplo: se é deficiente físico é ruim ou inferior ou pior etc.).

Os estigmas ou preconceitos trazem consequências degradantes, como a exclusão das relações sócias, e a manutenção dos indivíduos considerados normais em detrimento dos indivíduos estigmatizados e que recebem tratamento desumano (BACILA, 2008, p.28-29).

Pois bem, não obstante esteja sedimentado em doutrina o conceito de estigma e preconceito, não há ainda uma delimitação acerca do que seriam as doenças graves capazes de suscitar estigma ou preconceito, isto é, não há na Consolidação das Leis Trabalhistas, e nem no ordenamento legisferante, previsão destas especificações, não há qualquer referência legal sobre o assunto. Não há previsão que sirva como norte a estabilidade do portador de doenças graves e nem menção ao rol de doenças que seriam taxadas como graves capazes de ensejar a

estabilidade. Esse afã subjetivo de doenças graves gera uma instabilidade jurídica enorme, tendo em vista, o critério discricionário do magistrado como delimitador desses casos.

Nesse sentido, a lacuna jurídica suscita alguns questionamentos, dentre eles, quais seriam as doenças graves que ensejariam a qualificação neste tipo de dispensa? O que seria o estigma ou preconceito decorrente de doença grave que ensejasse esta dispensa considerada inválida? Editar uma súmula cuja matéria não esteja prevista em lei viola a legalidade?

O princípio constitucional da legalidade está previsto no art. 5º, inciso II, que enuncia que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Segundo Cassio Mesquita Barros (2008, p.32) “o princípio da legalidade está umbilicalmente ligado à ideia de Estado de Direito, e visa garantir um mínimo de segurança aos cidadãos em face do Estado, cerceando o espaço do arbítrio”.

A discussão que se faz à luz da legalidade, é que o referido princípio expressa que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude lei, e uma vez que esse princípio tem como espoco a garantia mínima de segurança jurídica. Desse modo, questiona-se: a edição da Súmula 443, que criou hipótese de estabilidade para o empregado portador de vírus HIV ou de outra doença sem expressa previsão da estabilidade na lei, viola a legalidade? O Tribunal Pátrio poderia tê-lo feito?

Perceba-se que o princípio da legalidade expressa que somente a lei pode criar obrigações para os indivíduos, isto é, o indivíduo não estará obrigado a fazer alguma coisa se não houver previsão na lei, do mesmo modo, não deixará de fazê-lo se assim a lei dispuser, em outras palavras, a legalidade impõe ao indivíduo uma submissão e um respeito às leis.

A submissão dos indivíduos às leis remonta o formalismo do Estado liberal, em que predominava a era positivista do Direito. O Direito era extremamente positivista, dissociado dos valores, não cedendo espaço à inserção dos princípios, de maneira que, para os positivistas, os princípios possuíam caráter meramente subsidiário, de aplicabilidade secundária e apenas em casos de omissões legislativas, destarte, somente a lei em seu sentido mais estrito poderia criar mandamentos legítimos, o que demonstrava um Estado estritamente legalista, em que o juiz não poderia ficar aquém a lei, não poderia ir além da lei, deveria ficar adstrito aos ditames legais, conforme demonstrado no capítulo 2, item 2.1.

Ocorre que, conforme também já apontado no mesmo capítulo, o Estado estritamente legalista foi entrando em crise, uma vez que à submissão ao poderio das leis gerava um antagonismo jurídico, haja vista que se a legalidade expressava que o indivíduo e o Estado-Juiz deveriam

ficar adstritos aos preceitos legais previstos, a falta de previsão de certas condutas, comportamentos ou proibições, geraria a presunção, ainda que relativa, de que aquilo que não está previsto, estaria, por si só, permitido. Desse modo, o Direito passou a perceber que as normas não teriam todas as respostas, e que o Direito firmado em concepções meramente legalistas geraria um retrocesso. Não obstante os positivistas acreditarem que a predominância das leis era suficiente para regular condutas e comportamentos, sem a necessária intervenção do Estado na concretização dos seus preceitos, isso caiu por terra quando se percebeu que a inércia do Estado foi definitivamente prejudicial à concretização dos direitos, e, em compasso, crucial para o declínio do Estado liberal, haja vista que o Estado passou de coadjuvante a protagonista, intervindo efetivamente na consagração dos direitos e garantias da coletividade, outrora desprezados.

Nesse sentido, importante a lição de Mendes, Coelho, Branco (2008, p.158):

Apesar dessa sobrevalorização da lei, de resto compreensível no contexto da luta pela implementação do Estado liberal burguês [...] como toda forma histórica, também esse modelo de Estado de Direito, em dado momento, começou a dar sinais de esgotamento, cedendo lugar ao chamado Estado *constitucional*, assim denominado porque em seu âmbito a Constituição, outrora um documento meramente simbólico e desprovido de força normativa, veio a se *materializar* e tornar-se *operativa*, passando inclusive a controlar a própria validade das leis e, nos casos *diffceis*, servir como fórmula de busca de soluções circunstancialmente adequadas.

O Estado Constitucional do Direito, surge em decorrência da crise legalista do Estado liberal e, por conseguinte, o marco histórico da transição a um Estado do bem-estar social, surgindo assim um novo modelo de direito, o chamado neoconstitucionalismo. É nesse momento histórico, que o Direito deixa de ser obsoleto e retrógrado pautado em um sistema fechado de regras, e insere em seu contexto a Constituição como a norma mais elevada do ordenamento jurídico. A partir deste cenário, o ordenamento passa a inserir valores que antes não eram considerados, de modo que reconhece a normatividade e o caráter primário dos princípios, adota um novo modelo de Direito pautado nos valores, nos costumes, e na sua base principiológica, e partir disso, traz um novo modelo de interpretação, cedendo espaço ao Estado-Juiz na construção do Direito.

A respeito dessa mudança de paradigma, em que é permitido a intervenção do Juiz na criação do Direito, Dirley da Cunha Jr. (2008, p.183) afirma que:

A criação judicial do Direito, como consequência da expansão e do crescimento do Judiciário, e da *nova* interpretação constitucional, afigura-se como uma autêntica revolta contra o “formalismo” que imperava nos Estados de inspiração liberal, época em que a atividade do juiz cingia-se tão-somente a declarar mecanicamente o direito [...]. E isso era natural, uma vez que, no Estado Liberal, o Direito dependia essencialmente do legislador. Todavia, no Estado Social moderno, da sociedade de massas, o Direito não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o

juiz. Daí uma constatação óbvia: não há monopólio legislativo na formulação do Direito. Se não se reconhecesse ao juiz também essa função de criar o direito, não poderia ele cumprir sua missão, que é a de compor os conflitos.

Nota-se que diante deste cenário do Estado Constitucional social, em que se insere os princípios como alicerces de todo o ordenamento jurídico, e garante uma nova interpretação do Direito permitindo ao magistrado uma posição ativa na construção de um novo Direito, não significa que o juiz deixa de ser imparcial, apartado das leis, ao contrário, a imparcialidade do juiz deve permanecer intacta, devendo estar sempre vinculado aos preceitos legais constitucionais, e o seu ativismo judicial expressando-se apenas em um aumento de possibilidades de escolhas e decisões. A expansão dos direitos fundamentais com o advento do novo Estado Constitucional foi um dos fatores que permitiu a criação do Direito pelo Judiciário, haja vista que são os fundamentos precípuos da Carta Constitucional. Nesse sentido, o Judiciário tem decisivo papel na interpretação e realização desses direitos fundamentais sociais, de modo que é no âmbito da interpretação e concretização desses direitos que o papel concedido ao juiz como sujeito ativo da criação do Direito deve ser elevado (CUNHA JR., 2008, p.187).

O novo modelo de interpretação do Estado Constitucional trouxe outras inovações ao Direito, destarte, imperioso é o entendimento de Freire Soares (2010, p.137) que assevera que “um dos aspectos marcantes da interpretação do direito pós-moderno diz respeito à progressiva adoção das cláusulas gerais, como receptáculos normativos de princípios constitucionais”.

Neste diapasão, é importante mencionar o conceito trazido por Didier Jr. (2010, p.33) para quem a cláusula geral configura-se como espécie de texto normativo composto de termos vagos e indeterminados, mas que acentua o poder criativo do juiz, de modo que foi a partir delas que o juiz passou a interferir de maneira mais acentuada na construção do Direito.

Como se vê as cláusulas gerais são normas que enunciam conceitos vagos e indeterminados, não trazem em seu texto normativo uma solução jurídica, e dão uma margem interpretativa maior ao magistrado, devendo o juiz, através do poder de criação que lhe foi concedido, delimitar o seu conceito no processo interpretativo.

É esse o entendimento de Freire Soares (2010, P.139-140):

Decerto, o grande problema gerado pelas cláusulas gerais reside na sua formulação semanticamente imprecisa, ao veicular os chamados conceitos jurídicos indeterminados. [...] Os conceitos legais indeterminados estão presentes em vários ramos do Direito, sendo traduzidos por vocábulos vagos, imprecisos e genéricos. Eles entregam ao intérprete a missão de atuar no preenchimento do seu conteúdo, a fim de que se extraia da norma jurídica o seu real significado por um dado caso concreto. Ao juiz vai caber a responsabilidade de, influenciar por valores sociais,

transformá-los em conceitos legais determinados, preenchendo a indeterminação propositada da lei.

Como se vê, há uma relativização do princípio da legalidade, haja vista que admite-se no ordenamento jurídico vigente a adoção de outros preceitos normativos, como os precedentes judiciais, e até mesmo as cláusulas gerais, que conforme dito alhures, são espécies de textos normativos que, malgrado seu conteúdo vago e indeterminado, emanam diretrizes ao juiz no exercício sua hermenêutica jurídica, já com relação aos precedentes normativos, Didier Jr. (2011, p.385) considera que “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”

Ora, sendo o precedente uma decisão judicial, chega-se a conclusão de que o precedente é uma criação do magistrado, que consiste numa decisão concedida pelo juiz à luz de um caso concreto e, ao final termina por criar uma norma jurídica, do mesmo modo, é o caso das jurisprudências dos Tribunais Pátrios que ganham relevo diante dos precedentes judiciais.

Nesse sentido, é escoreita a lição de Didier Jr. (2011, p.391):

a atividade criativa se mostra presente também nos casos em que o magistrado se depara com conceitos vagos (conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais), atualmente tão comuns nos textos legais. Há, pois, na atividade jurisdicional muito mais que uma mera técnica de interpretação e aplicação do Direito. Há aí verdadeiramente uma técnica de criação do Direito, o que garante á jurisprudência a condição de *fonte* do Direito.

Não obstante a relativização da legalidade, é cediço que as leis geram uma maior segurança jurídica na concretização dos direitos, haja vista que a previsão de uma proibição ou imposição de comportamento, bem como a existência da previsão de uma garantia ou direito expressos no ordenamento, impõe ao Judiciário a decidir conforme a legalidade, entretanto, não se pode negar que permitir ao magistrado uma posição ativa na criação do Direito foi relevante para aniquilar o antagonismo positivista, quem emperrava a operacionalidade do Direito.

Desse modo, o poder concedido ao Estado-Juiz possibilitou a expansão do Judiciário, de modo que foi permitido ao juiz interpretar, integrar, transformar e criar o Direito. Ocorre que, não obstante essa transformação social, que ocasionou a expansão do Judiciário, não se pode olvidar que há um verdadeiro descrédito na capacidade do Estado-juiz em efetivar as normas constitucionais fundamentais. A liberalidade do juiz no exercício da sua exegese pode conduzir a um Estado totalitário, inundado em decisões arbitrárias, injustas, figurando-se em um Judiciário tirânico (SOARES, 2010, p.189-190).

Diante do contexto de um Judiciário desalmado torna-se imperioso repensar a segurança jurídica, uma vez que o princípio não resguarda respeito apenas a situações pretéritas, isto é, não se deve respeito apenas às leis, ao revés, é preciso extrair deste princípio o dever de respeitar os precedentes judiciais, bem como o dever dos Tribunais pátrios de uniformizar as jurisprudências, a fim de evitar decisões dessemelhantes diante de casos que se assemelham (DIDIER JR., 2011, p.397-398).

Nesse contexto, Didier Jr. (2011, p.398) assevera ainda que:

O respeito aos precedentes garante ao jurisdicionado a segurança de que a conduta por ele adotada com base na jurisprudência já consolidada não será juridicamente qualificada de modo distinto do que se vem fazendo; a uniformidade da jurisprudência garante ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta presente, na medida em que resolve as divergências existentes acerca da tese jurídica aplicável a situações de fato semelhantes.

Perceba-se que o juiz, em que pese tenha o poder de criação do Direito, no exercício da sua exegese não pode utilizar da sua liberalidade para interpretações discricionárias e arbitrárias, desse modo, em nome da segurança jurídica, é preciso que o magistrado interprete, julgue e decida com equidade e justiça.

É este o entendimento de Cunha Jr., (2008, p.192), para quem:

A legitimidade democrática da criação judicial do Direito reside, sem dúvida, na consistência de das decisões do Poder Judiciário, que devem ser racionalmente fundamentadas [...], afim de que se possa assegurar à sociedade que essas decisões não resultam de caprichos ou idiossincrasias dos juízes, mas sim de seus esforços em se manterem fiéis ao sentimento de equidade e justiça da comunidade.

Assim, não se pode olvidar que o avanço do Estado Constitucional do Direito também se deu em razão da legitimidade democrática da criação do Direito ao Judiciário, o que significa dizer que o Judiciário ganhou papéis antes concedidos apenas ao legislador, deixou de ser apenas aplicador, para ir mais além, tornando-se um hermeneuta e criador do Direito, contudo, o magistrado não pode se valer desse poder para decidir de forma injusta, utilizando-se apenas da sua discricionariedade, ao contrário, deve interpretar o direito de acordo os preceitos das normas e das leis.

Em outras palavras, a relativização da legalidade não a expurga do ordenamento jurídico, não significa que não deve ser observada, ao contrário, é um princípio que foi relativizado porque o juiz deixa de ser apenas a “boca que pronuncia a lei”, e passa a ter atribuições maiores, intervindo na criação da ordem jurídica, de modo que é permitido ao juiz inovar o Direito, através de suas decisões que consagram-se como precedentes judiciais, assim, vale ressaltar, ao inovar e criar o Direito ele não está livre, deve estar adstrito aos preceitos normativos.

Neste compasso, imperioso salientar a perfeita lição de Soares (2010, p.141):

[...] não se deve admitir a concepção de discricionariedade como a liberdade livre de amarras da lei, tendo em vista a evolução da doutrina pátria no sentido de somente concebê-la dentro dos limites normativos, mormente principiológicos, do ordenamento jurídico.

Por todo exposto, malgrado o princípio da segurança jurídica imponha o dever de respeito aos precedentes e as decisões dos Tribunais embasadas na equidade e na justiça, percebe-se que nem sempre isso é possível. Em algumas situações o magistrado, ao exercer a sua exegese, não o faz da maneira mais correta e equitativa, o que o faz tomar decisões com grande nível de insegurança jurídica. Assim o fez o Tribunal Superior do Trabalho ao editar a súmula 443.

De acordo com a redação da supramencionada súmula, presume-se discriminatória a dispensa do empregado portador de doenças graves portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito, de modo que, configurada a dispensa, o ato é inválido, e é garantido ao empregado a reintegração no emprego.

A crítica à súmula não se trata de desconsiderar a estabilidade do portador de doenças graves, ao contrário, a edição da referida súmula foi de extrema relevância para a proteção dos empregados acometidos de enfermidades crônicas, tendo em vista que, considerar essa dispensa como discriminatória, e, em compasso, garantir a reintegração do vínculo empregatício, bem como a sua estabilidade no emprego foi de suma importância, uma vez que evita que os empregados portadores de doenças estigmatizadas sofram a dispensa em virtude das enfermidades que os acometem, impedindo que sejam dispensados arbitrariamente.

No entanto, malgrado a escorreita e perfeita lição da súmula em garantir a estabilidade do portador de doenças graves, é incontestável a necessidade de delimitação das doenças graves que sustentam a garantia da estabilidade no emprego, tendo em vista que a falta de delimitação emperra a operacionalidade jurídica, uma vez que o conceito aberto e indeterminado da norma permite ao magistrado tomar decisões arbitrárias, revestidas de injustiça.

Ora, conforme minuciosamente esposado, o magistrado assume uma posição ativa no Direito, cabendo a ele interpretar e aplicar o Direito, bem como participar da sua construção. Desse modo, como o magistrado não é um ser absoluto, em algumas situações, está fadado a cometer falhas. Entretanto, cometer uma falha no Direito pode ocasionar grandes prejuízos a sociedade.

Nesse sentido, há uma necessidade de delimitar o conceito de doenças graves que suscitem estigma ou preconceito, a fim de garantir ao magistrado a aplicabilidade do Direito em consonância com a justiça, não permitindo que decida à luz de interpretações discricionárias, e permita uma maior proteção ao empregado enfermo, uma vez que, delimitar quais as doenças graves que ensejem a garantia da estabilidade garante a efetiva concretização do seu Direito, por isso a necessidade de suprimir essa lacuna jurídica, e transformar um conceito ora abstrato e indeterminado, em um conceito aberto e determinado, garantindo, assim, maior segurança no âmbito jurídico.

Outrossim, é incontestável que a finalidade precípua da delimitação das doenças graves é tutelar de maneira mais efetiva o direito a estabilidade do empregado acometido pela doença, uma vez que sendo este a parte mais vulnerável e hipossuficiente da relação, carece de ampla proteção.

Ademais, haja vista a necessidade de maior proteção ao trabalhador enfermo, também é inconteste que a necessidade de delimitação das doenças graves, tem embasamento nos princípios constitucionais e infraconstitucionais do Direito, assim como a garantia à estabilidade, haja vista que, não obstante a inexistência de lei que a consagre, há a Constituição, Lei Maior do ordenamento que a concretiza, assim como os princípios trabalhistas, impondo ao aplicador do Direito o encargo da perfeita adequação aos preceitos constitucionais e legais.

Desse modo, importante se faz mencionar o entendimento de Coutinho (2004, p.36-37):

[...] não há porque se alegar a insuficiência de norma para considerar que a estabilidade ainda tenha a sua natureza jurídica incólume no sistema jurídico brasileiro [...]. O jurista não pode perder o hábito de aplicar as fontes do Direito, quais sejam princípios gerais de Direito ou específicos do Direito do Trabalho, pois é exata função da Hermenêutica jurídica sanar por meios lógicos, legitimados pela própria legislação, dúvidas na efetividade de comandos aparentemente desconexos.

Conforme esposado no capítulo 2, item 2.2, os princípios possuem um alto grau axiológico, de modo que consubstanciam valores, costumes e anseios sociais, dotados de força normativa e carga vinculante, devendo, assim, serem efetivamente concretizados no mundo jurídico.

Os princípios também tem papel importante na Hermenêutica jurídica, emanam diretrizes norteadoras ao intérprete e aplicador do Direito quando necessária a interpretação do alcance e sentido da norma.

Assim, os princípios revelam-se fundamentais e incorporam o Direito, por esta razão, há que se concluir que os princípios sempre desempenharão um papel de grande relevância e

importância para o ordenamento jurídico, isto é, é imprescindível a existência, aplicabilidade e efetividade dos princípios no ordenamento, de maneira que um ordenamento dissociado de princípios é o mesmo que um ser humano sem ar, não há expectativa de sobrevivência, por isso é impossível renegá-los.

É cediço que os princípios constitucionais fundamentais, como princípios gerais, se aplicam ao Direito do Trabalho, conforme dispõe o art. 8º da CLT.

Nesse sentido, preceitua Goes *apud* Galia (2013, p.209):

Destarte, a incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, e, em especial nas relações de emprego, justifica-se pelo fato de que objeto da relação de emprego é o trabalho e não o trabalhador, porém, resta impossível se desmembrar tais figuras, razão pela qual o trabalhador detém a proteção dos direitos fundamentais como cidadão e, sobretudo, como trabalhador. [...] Nesse sentido, é cristalina a inserção dos direitos fundamentais especialmente nas relações de emprego, uma vez que, além da natureza dessa relação jurídica ensejar tal penetração, há evidentemente uma necessidade de se propiciar autonomia às pessoas submetidas a um “poder privado” e de se assegurar um mínimo de dignidade para a parte hipossuficiente da relação, qual seja, o trabalhador.

Desse modo, a Constituição prevê no seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

A dignidade da pessoa humana é um dos alicerces, senão o mais importante, de todo o ordenamento jurídico.

A respeito, relevante é a lição de Soares (2010, p.146):

A dignidade da pessoa humana figura como o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos fundamentais, porquanto a busca pela realização de uma vida digna direciona o intérprete do direito à necessária concretização daqueles valores essenciais a uma existência digna.

Nota-se que a dignidade da pessoa humana é erigida à categoria de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, impondo a observância da necessária estima que todas as pessoas merecem enquanto seres humanos.

A Constituição Federal também prevê no art. 170 que a ordem jurídica deve assegurar a todos uma vida digna, conforme os ditames da justiça social, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, devendo observar a busca do pleno emprego.

Destarte, o trabalho é um meio de sobrevivência, e fundamental para o desenvolvimento humano, sócio e econômico da coletividade, assim, a proteção constitucional ao trabalho garante uma vida digna aos trabalhadores e sua inclusão social. A tutela Constitucional do trabalho é impermeável a condições de trabalho medíocres e sem perspectiva de estabilidade, uma vez que ferem violentamente o princípio da dignidade da pessoa humana, face a sua

violação, é indubitável que a estabilidade deve receber ampla proteção, impondo ao empregador o dever de garantir aos empregados um tratamento digno, e o respeito aos seus direitos fundamentais. Portanto, é incontestável que a valorização do trabalho efetiva a dignidade da pessoa humana. (GALIA, 2013, p.207-211).

Assim, perfeita é a conclusão de Soares (2010, p.146):

Eis a razão pela qual a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo afirmada pela jurisprudência pátria, na condição de fundamento do Estado Democrático de Direito, como referencial axiológico e teleológico que ilumina a interpretação de toda a normatividade jurídica constitucional e infraconstitucional do sistema jurídico brasileiro. Desse modo, as demais normas da Constituição e do resto da ordem jurídica hão de ser interpretadas em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. O sistema constitucional encontra coerência substancial partindo da dignidade da pessoa humana e a ela retornando, nela fundando a sua unidade material. Entre as múltiplas possibilidades de sentido de certo texto normativo, deve-se priorizar a que torne o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana mais eficaz, ao mesmo tempo em que cada norma jurídica se encontra mais bem fundamentada e legitimada quanto mais endossá-lo diante de um caso concreto.

Ademais, umbilicalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana está o princípio da não-discriminação, previsto no art. 3º, inciso IV da Carta Magna.

Nesse sentido, Silva Neto (2011, p.46) afirma que:

É eloquente a determinação constitucional acerca da proscrição às práticas discriminatórias fortuitas, conforme a dicção do art. 3º, IV, da CF/88: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Logo, o princípio fundamental do art. 1º, III (dignidade da pessoa humana), aliado ao objetivo fundamental descrito no art. 3º, IV, da CF/88, é absolutamente obstativo de práticas discriminatórias ilegítimas [...].

É este também o entendimento de Soares (2009, p.229) que afirma que "a busca de uma vida digna expressa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, no exercício da liberdade de ser, pensar e criar do ser humano.

Em que pese à inexistência de lei que determine a estabilidade do portador de doenças graves, é plenamente possível impor a limitação ao poder do empregador em virtude dos preceitos constitucionais, que vedam a discriminação ilegítima.

No âmbito trabalhista, a discriminação ocorre quando se nega ao trabalhador tratamento isonômico ao demais trabalhadores em razão da cor da pele, gênero, origem, idade, deficiência, entre outras situações, podendo ocorrer tanto no momento da sua contratação, durante o vínculo empregatício, e até mesmo no momento de sua dispensa (BERTOLIN, 2011, p.46).

Assim, diante deste cenário devastado em preconceitos e discriminações é importante proteger o empregado portador de doenças graves, uma vez que são corriqueiramente discriminados no ambiente laboral, e isso não é uma novidade, haja vista que as doenças existem desde os primórdios da humanidade, conforme ilustra Alice Monteiro de Barros (2012, p.936) que “as enfermidades afligem o homem desde as épocas mais remotas, e os maiores problemas de saúde estão relacionados com a vida em comunidade. Doenças endêmicas e epidêmicas estiveram presentes em todas as fases da existência humana”.

Diante deste cenário, não se sabe o motivo de preconceito e discriminação tão exacerbados, não se sabe se é em razão do temor que a doença pode causar ou a ignorância sobre aquilo que é desconhecido, até mesmo intolerância em virtude das limitações que a doença pode ocasionar, para Barros (2012, p.936) “a desinformação sobre a doença é, provavelmente, a principal causa dos preconceitos”.

Dessarte, é irrefutável que a discriminação e o preconceito tomam conta do cenário social, não seria diferente no ambiente de trabalho, por isso necessário se faz garantir uma proteção ampla ao portador de doenças graves, sendo este considerado parte vulnerável da relação, não pode ficar a mercê das arbitrariedades do empregador. Nesse sentido, resta demonstrado que esse princípio encontra liames com o direito a estabilidade do portador de doenças graves, uma vez que a estabilidade limita o poder de dispensa do empregador, vedando-se as dispensas imotivadas, assim, a dispensa discriminatória é ilegítima, ilegal, porquanto arbitrária.

Pelo exposto, Silva Neto (2011, p.50) conclui que:

Deveras, normas-princípios que são, tais enunciados constitucionais devem ser concretizados, máxime tendo em vista que se impõe atualmente ao juiz o encargo concretizados dos princípios constitucionais. [...] Pode até não haver lei, mas há constituição. E, como visto, a Constituição de 1988, por seus princípios constitucionais, foi enfática ao determinar a proibição de práticas discriminatórias ilegítimas e dirigidas contra trabalhadores [...].

Por esta razão, o intérprete e aplicador do direito no exercício da sua exegese deve observar também esse princípio fundamental.

Ademais, é imperioso que seja observado também a função social do contrato, previsto no art. 421 do Código Civil, que estabelece que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Segundo Gonçalves (2010, p.25) a função social do contrato é um dos pilares da teoria contratual, decorre do princípio da função social da propriedade, e a finalidade de promover a

lídima justiça, mitigando as desigualdades e o desequilíbrio entre os contratantes. Desse modo, esse princípio deve ser observado pelo intérprete e aplicado aos contratos, limitando a autonomia da vontade das partes e a liberdade de contratar.

Conforme mencionado no capítulo 4, item 4.3, o contrato de trabalho teve origem no Direito Civil, em especial no segmento regulatório das obrigações. Com isso, se faz necessário destacar a importante relação deste ramo do direito com a área jus trabalhista, pois, ainda hoje, o Direito Civil se relaciona com a seara trabalha, ainda que subsidiariamente, tendo em vista que este carrega importantes institutos, regras e princípios, que são seguidos e preservados pelo Direito do Trabalho.

Com a formação do contrato de emprego, começam a surgir efeitos conexos, de modo que o trabalhador presta serviços ao empregador mediante um contrato, assim, através do contrato surgem efeitos interligados.

O Conselho da Justiça Federal, na III Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília em dez/2004, editou o Enunciado 23:

Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana".

De acordo com a cláusula geral da função social do trabalho, os interesses individuais dos contratantes devem ser exercidos em conformidade com os interesses sociais, partindo do pressuposto de que o contrato repercute no âmbito social, daí por que "não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas" (NEGREIROS, 2006, p. 208).

Essa funcionalização das cláusulas gerais decorre da circunstância de serem formuladas "sob a forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir", com "caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz" (NERY JÚNIOR, 2003, p. 408).

Logo, na aplicação das cláusulas gerais, o juiz não tem solução preestabelecida na lei, cabendo-lhe encontrar a solução adequada considerando a funcionalidade que o instituto jurídico deve desempenhar em cada caso. Assim, "quando a norma não prevê a consequência, dando ao juiz a oportunidade de criar a solução, dá-se ocasião de aplicação da cláusula geral:

a conseqüência não estava prevista na norma e foi criada pelo juiz para o caso concreto" (NERY JÚNIOR, 2003, p. 408).

Nesse aspecto, a função social do contrato insere-se dentro da perspectiva da funcionalização do direito. Esse caráter instrumental da cláusula do art. 421 do CC/02 possui a virtualidade de garantir a humanização das relações jurídicas, submetendo a ordem civil a novas transformações e garantindo a estabilidade das relações contratuais, sensível ao ambiente social em que produz seus efeitos. Isso porque a função social do contrato é fazer com que se transforme em instrumento da construção da dignidade do homem, de modo que não esteja apenas a serviço dos contratantes, mas também da sociedade. Na perspectiva do art. 421, sendo a liberdade de contratar exercida em razão e nos limites da função social, decorre daí que a função básica do contrato é a "realização da utilidade e da justiça do próprio contrato" (AFONSO DA SILVA, 2013, p.138).

Assim, Wald *apud* Gagliano e Pamplona filho (2012, p.94) assevera que:

A atribuição de uma função social ao contrato é decisão oportuna ao legislador que, em tese, não altera o respectivo regime jurídico, pois já se repelia o abuso de direito, com base na interpretação do art. 160 do CC/1916 e na norma constitucional de 1988. Efetivamente, a partir do momento em que o direito constitucional brasileiro considerou que a propriedade tinha uma função social (art. 5º, XXIII), conceituando-a amplamente, ou seja, no sentido de abranger todos os bens, o mesmo princípio haveria de ser aplicado aos contratos. Assim, em termos gerais, pode-se considerar que o novo Código explicitou uma norma constitucional, ratificando o entendimento implícito da legislação anterior e da construção jurisprudencial.

Desse modo, Gagliano e Pamplona filho (2012, p.94) concluem que:

Diante dessa lúcida colocação, observamos apenas que, ao consagrar expressamente esse princípio, o legislador trouxe mais segurança à atividade jurisprudencial, considerando-se que muitos juízes recalcitravam em reconhecer norma que não estivesse estampada no corpo da lei codificada.

Peelo exposto, no âmbito do contrato de trabalho a cláusula do art. 421 do CC/02 também deve constituir-se como instrumento para a garantia de efetividade dos direitos, reinterpretando normas jurídicas que eliminam, reduzem ou mitigam o sistema jurídico de proteção ao trabalhador, nesse sentido, na jurisprudência são encontrados alguns precedentes que apontam a adequada funcionalização da cláusula geral da função social do contrato.

Além dos princípios gerais constitucionais, existem dois princípios peculiares do Direito do Trabalho, o princípio da proteção e o princípio da continuidade da relação de emprego.

É possível observar o princípio da proteção elencado nos arts. 6º a 11º da Constituição Federal, e em diversas normas da Consolidação das Leis Trabalhistas, haja vista a sua expansão da proteção fincados em diversos dispositivos desse microssistema jurídico.

Conforme minuciosamente esposado no capítulo 1, item 1.6, o princípio da proteção se relaciona com a fragilidade do trabalho na relação de emprego, haja vista que é a parte vulnerável, hipossuficiente e economicamente desprivilegiada, desse modo, esse princípio surge para tutelar de maneira efetiva os direitos e garantias do trabalhador, protegendo-o contra os abusos do empregador, dirimindo o desequilíbrio existente na relação jurídica, e minorando os efeitos da sua fragilidade frente ao empregador.

É cediço que o desequilíbrio das relações contratuais gera profundas injustiças, restando prejudicada sempre a parte mais frágil, considerando assim o trabalhador.

Ademais, conforme demonstrado nos itens, 1.6.1, 1.6.2, 1.6.3, o princípio da proteção se subdivide em três subprincípios, *in dubio pro operário*, que enuncia que na existência de duas ou mais interpretações acerca de uma mesma norma, a mais favorável ao empregador deve ser aplicada, mas, vale dizer, apenas em casos de dúvida acerca do alcance e sentido da norma, em compasso, há o princípio da prevalência da norma mais favorável, por este princípio, na existência de mais de uma norma a ser aplicada a uma mesma situação, o magistrado deve decidir pela que for mais favorável ao trabalhador, ainda, há o princípio da condição mais benéfica, em que se configura quando o juiz se depara com conflitos entre mais de um cláusula normativa que estabeleçam condições de trabalho ou vantagens ao trabalhador, devendo aplicar a que for lhe for mais benéfica.

Esse princípio tem importante conexão para o estudo ora proposto, tendo em vista a relevância do caráter protetivo enunciado pelo referido princípio, que tem por finalidade precípua a proteção máxima ao trabalhador, impondo a sua observação pelo intérprete e aplicado do direito a decidir sempre pela norma mais favorável ao trabalhador. Desse modo, o magistrado não pode decidir sob a égide de uma lacuna jurídica, de modo que o empregado poderá ser desfavorecido face a essa omissão, sofrendo sérios prejuízos na efetivação e concretização dos seus direitos.

Ademais, outro princípio basilar do Direito do Trabalho e que tem íntima relação com a proteção ao trabalhador é da continuidade da relação de emprego, por este princípio deve ser assegurado ao empregado maior proteção à sua permanência no emprego, o que demonstra uma íntima ligação com o instituto da estabilidade.

O trabalhador retira do trabalho o seu sustento, é fonte de subsistência do trabalhador, e a fim de garantir maior proteção ao empregado, garantindo a sua manutenção no emprego, é que o princípio da continuidade da relação de emprego do insculpido no rol da legislação

trabalhista, assim, a estabilidade está umbilicalmente ligada a este princípio, haja vista que a estabilidade garante ao empregado estável a sua manutenção no emprego, preservando, assim, o vínculo empregatício. ´

6 CONCLUSÃO

A transição do Estado Liberal para o Estado do Bem-Estar Social foi crucial para a inserção de um novo modelo jurídico. O antagonismo do positivismo cedeu espaço para um novo Estado Constitucional de Direito, denominado neoconstitucionalismo. O neoconstitucionalismo causa uma verdadeira ruptura dos preceitos positivistas, e traz novos paradigmas.

O neoconstitucionalismo é contrário à inércia estatal do positivismo, uma vez que o absentismo do Estado gerava inúmeros prejuízos à sociedade, e principalmente a classe de minorias, a partir da necessidade do Estado para efetivar e concretizar os direitos e garantias mínimas, fez-se necessário conceder ao Estado-juiz o poder de intervir na construção do Direito.

O advento do novo Estado Constitucional fincou suas raízes com a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a finalidade precípua de concretizar os direitos e garantias fundamentais da coletividade outrora desprezados, assim, garantiu-se um novo modelo de Direito pautado em comportamentos humanos, anseios sociais, conceitos de justiça, moral, costumes, e, principalmente, nos valores fundamentais inerentes a sociedade.

Desse modo, o Direito deixa de ser apenas um plexo puro de regras positivadas, e, passa a inserir princípios e outros preceitos normativos, ocasionando em um novo modelo da exegese jurídica.

A inserção dos princípios e outros preceitos normativos na Carta Magna ensejou uma atuação maior do Poder Judiciário, uma vez que o Juiz deixa de ser a boca que proclama a vontade da lei, e passa a ter atribuições maiores, isto é, ao juiz é permitida uma atuação ativa na criação do Direito.

Além disso, após a inserção dos princípios no ordenamento jurídico foi reconhecida a sua força normativa.

Os princípios, antes fontes meramente secundárias, só podiam ser aplicados quando da existência de uma omissão jurídica, ou seja, como elemento integrador da lacuna jurídica, caracterizando o seu caráter supletivo. Entretanto, o reconhecimento da normatividade dos princípios ocasionou um sobressalto na sua atuação dentro do ordenamento jurídico. Os princípios deixam de ser fontes meramente secundárias do direito e, passam a ser

reconhecidos como fontes primárias do Direito, de maneira que orientam o intérprete e aplicador do Direito no exercício da sua Hermenêutica Jurídica, sendo a sua aplicabilidade obrigatória. Assim, aos princípios não foi conferido apenas o caráter de mero supressor das omissões legislativas, a eles foi também atribuído uma função interpretativa e informadora, configurando-se como orientadores aos intérpretes do Direito no exercício da sua exegese e também como norteadores à criação das normas jurídicas.

Os princípios têm fundamental relevância e aplicabilidade no âmbito trabalhista, como forma de garantir e efetivar a tutela do trabalhador hipossuficiente na relação de trabalho, porquanto é necessário o seu respeito.

A todos é garantido o direito à vida, destarte, vida é um direito fundamental do indivíduo, assim como o trabalho, que é fonte alimentar e de subsistência do ser humano, desse modo, torna-se indubitável que sem trabalho não há vida. Assim, o trabalho mostra-se indispensável à vida do ser humano, porquanto é através dele que o homem adquire condições de garantir a sua subsistência.

A fim de assegurar maior proteção ao empregado, a Constituição Federal previu no seu texto normativo a proibição contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, limitando o poder do empregador de rescisão unilateral do contrato, a fim de preservar a manutenção do vínculo empregatício, haja vista que o trabalho é um direito fundamental social do homem, seu meio de sustento, imprescindível a garantia de uma vida digna.

Ademais, a Consolidação das Leis Trabalhistas, em vistas de garantir maior proteção aos empregados contra arbitrariedades do empregador positivou expressamente a garantia da estabilidade provisória no emprego, figurando-se como uma limitação ao poder do empregador de despedir o empregado de maneira imotivada, diante da existência de uma situação prevista em lei, que impõe a manutenção do vínculo empregatício durante determinado período.

Existem outras estabilidades que não estão previstas em lei, mas que estão sendo garantidas e consolidadas pelos Tribunais Pátrios, como é o caso dos portadores de HIV e de outras doenças graves.

Em virtude de um novo modelo interpretativo e da permissão que foi concedida ao Estado-Juiz para atuar como sujeito ativo na construção do Direito, foi admitido a incorporação no ordenamento jurídico de novos preceitos normativos fundados nas reiteradas decisões dos Tribunais Pátrios.

O ordenamento, antes composto apenas de regras, hodiernamente, é composto de princípios com caráter de norma jurídica, e outros preceitos normativos, como é o caso das decisões judiciais.

A permissão desses novos preceitos normativos e a atribuição conferida ao magistrado de assumir uma posição mais ativista na construção do Direito relativizou a legalidade.

A legalidade enuncia que ninguém vai fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, o que demonstra o caráter absolutista das leis sobre o ordenamento jurídico, mas, com a nova roupagem do sistema jurídico os preceitos legais perdem força no ordenamento jurídico, uma vez que cedem espaço a aplicação de outros instrumentos normativos.

Assim, malgrado a inexistência de lei que positive a garantia da estabilidade do portador de doenças graves, o Tribunal Superior do Trabalho vem garantindo o direito a estabilidade do portador de doenças graves, com vistas à proteção a esta classe tanto quanto vulnerável, devido à sua condição de hipossuficiência na relação de trabalho.

Não existem dúvidas acerca da necessidade de garantir a estabilidade no emprego dos empregados enfermos, que sofrem diariamente preconceitos em razão das doenças que os acometem, e que necessitam de ampla proteção para ver os seus direitos resguardados.

Apesar do nobre escopo de combate à dispensa discriminatória e da proteção conferida ao empregado portador de doenças, a Súmula 443 do TST trouxe consigo uma lacuna jurídica, um conceito jurídico indeterminado, abrindo caminhos a insegurança, injustiças e arbitrariedades.

Não obstante a escorreita lição da súmula ao vedar a dispensa discriminatória, e garantir a reintegração e a estabilidade no emprego do portador de doenças graves, ficou-se inerte quanto a delimitação das doenças graves que suscitam estigma e preconceito e ensejam tal garantia, ampliando a liberalidade do juiz de decidir de maneira discricionária e arbitrária.

Não se pode permitir que o excessivo poder conferido ao juiz transforme o Poder Judiciário em tirânico, do mesmo modo que não se pode retirar do Judiciário o poder que lhe foi conferido, tornando-o invisível, haja vista que é imprescindível um Judiciário ativo na formação do Direito, a fim de garantir maior efetivação das normas constitucionais.

Do mesmo modo, a relativização da legalidade, não significa que a atividade legislativa deva ser engessada, ao revés, o juiz deve interpretar e aplicar o direito adstrito às amarras da lei.

Deve, pois, haver um equilíbrio, um consenso entre a atividade legislativa e a atividade judiciária.

Nesse sentido, não deve imperar a atividade legislativa, para não permitir um retrocesso ao antagonismo positivista, e ao mesmo tempo o advento de ex novo modelo de Direito, ao passo que também não deve prevalecer a atuação ampla e excessiva do Judiciário, tornando-se, assim, totalitário.

Na seara trabalhista, tanto a atividade legislativa como o judiciário tem importância, e o equilíbrio é fundamental para a progressão e efetivação dos direitos dos trabalhadores.

No caso em questão, o legislativo quedou-se inerte na garantia da estabilidade do portador de doenças graves, e, em contrapartida, ainda que indiretamente, permitiu a ampla atuação do judiciário.

Contudo, muitas vezes o judiciário transcende os limites da sua atuação, ou então fica inerte. Assim, o judiciário atuou de maneira nobre ao garantir a estabilidade ao portador de doenças graves, mas foi inerte ao não delimitar as doenças graves que suscitem tal garantia.

Não obstante existam leis esparsas no ordenamento jurídico que definam algumas doenças graves, não se pode conceber que são suficientes para permitir ao magistrado uma decisão justa e equânime.

Assim, ao mesmo tempo que os princípios servem de norte ao intérprete e aplicador do direito para suprimir as omissões legislativas, também funcionam como limites a atuação do magistrado, uma vez que a obrigatoriedade da observância e aplicabilidade dos princípios constitucionais e infraconstitucionais, limita a sua esfera de subjetividade ao tomar suas decisões.

A lacuna jurídica da súmula gera insegurança jurídica, abre portas para decisões arbitrárias e injustas, de modo que é facultado ao juiz decidir à luz do caso concreto, o que pode acarretar em decisões dessemelhantes diante de casos análogos.

Além disso, a aplicabilidade e efetividade da estabilidade do empregado portador de doenças graves perde força em razão da lacuna jurídica, haja vista que a falta de delimitação das doenças graves, deixa o empregado enfermo, e inegavelmente vulnerável, a mercê da subjetividade do juiz.

A respeito, pode-se citar como exemplo, a depressão. É cediço que não há previsão legal acerca da proteção do empregado que sofre desse mal, mas é uma doença que está ganhando grandes proporções na sociedade, e principalmente no âmbito laboral.

A súmula 443 do TST não delimita o rol de doenças graves, à exceção do portador de HIV, portanto, não prevê que a dispensa do empregado acometido da depressão é também discriminatória.

Destarte, a falta de delimitação permite que os magistrados decidam de formas antagônicas, mesmo diante de casos semelhantes.

O empregado é parte hipossuficiente e vulnerável da relação, e merece ampla proteção para ver garantidos os seus direitos. A necessidade de proteção ao empregado foi elevada à hierarquia da Constituição através dos seus princípios constitucionais, de modo que os direitos dos trabalhadores encontram-se expressamente previstos em seu rol dos direitos sociais fundamentais.

A dignidade da pessoa humana é erigida à categoria de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, impondo a observância da necessária estima que todas as pessoas merecem enquanto seres humanos.

Desse modo, a proteção ao trabalhador acometido por alguma doença grave encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que este princípio enuncia que à pessoa humana deve ser assegurada a dignidade, e o trabalho, em sendo um meio de subsistência do empregado, é um pressuposto fundamental a garantia de uma vida digna.

A proteção ao trabalhador também encontra respaldo no princípio da não-discriminação, uma vez que a fragilidade do empregado nas relações laborais permite que seja alvo de preconceitos, por isso é vedada a dispensa discriminatória e a garantia de reintegração no emprego do empregado vítima do ato discriminatório. A tutela ao empregado portador de doenças graves é também um mecanismo de erradicar as desigualdades e abusos advindos de práticas preconceituosas, haja vista que diante de um Estado Democrático de Direito não pode haver espaço para tratamento desigual e discriminatório.

Ainda, a proteção ao trabalhador também é embasado na função social dos contratos, que tem por escopo promover a justiça entre as partes contratantes, mitigando as desigualdades e o desequilíbrio, a fim de não permitir que o empregado sofra abusos do empregador, porquanto é indubitável o seu caráter protetivo.

Por último, os princípios da proteção e da continuidade da relação de emprego são relevantes para garantir uma tutela ampla ao empregado, haja vista que, o primeiro como o próprio nome ilustra, é a expressão máxima da proteção ao trabalhador, garantindo que a este seja sempre aplicável as normas e condições mais benéficas, ao passo que o segundo expressa a necessidade de conservação e manutenção do emprego, de modo que ao emprego seja dado a maior durabilidade possível.

Assim, fica demonstrado que o empregado portador de doenças graves necessita de ampla proteção do Judiciário, e não pode ficar a mercê da subjetividade dos seus magistrados, destarte, é possível conceber os princípios não apenas como integradores, informadores ou vetores interpretativos ao aplicador do direito, são também efetivas limitações a subjetividade do Juiz.

O juiz deve realizar o justo, mas nem sempre o justo é possível de ser realizado, principalmente diante das obscuridades do Judiciário.

O comando da súmula tem origem no restrito colegiado dos Tribunais que, a despeito de seu reconhecido saber jurídico, muitas vezes perde a aplicabilidade e eficácia diante de suas obscuridades e omissões.

Em outras palavras, em que pese tenha virado lugar comum o Judiciário inovar no mundo jurídico com a criação de comandos gerais e abstratos de caráter imperativo por meio de Súmulas, nem sempre se pode compactuar com tal expediente.

Tendo em vista a necessidade de proteção desses direitos dos trabalhadores, como verdadeiros direitos fundamentais, é que se vê necessário suprimir essa lacuna jurídica, de modo que as condições sociais mínimas do ser humano, e do empregado devem ser preservadas e garantidas, e isso não seria possível sem existência de uma tutela máxima dos seus direitos.

Por todo exposto, à luz dos princípios que enunciam como expressão máxima a necessidade de tutela do empregado, chega-se a conclusão que em razão da fragilidade do empregado portador de doenças graves no âmbito laboral, é indispensável a delimitação dessas doenças graves, a fim de que seus direitos e garantias fundamentais sejam efetivamente concretizados, haja vista que não se pode desproteger a quem deveria salvaguardar.

Eis, assim, o desafio posto para o intérprete e aplicador do Direito, delimitar o sentido e alcance da sua própria obscuridade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teria dos princípios: da definição à aplicação**. 10 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: um estudo sobre os preconceitos**. 2 ed. amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8 ed. São Paulo: Editora LTr, 2012.

BARROS, Cassio Mesquita. Discriminação. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho: O Direito e o processo do trabalho em transformação e outros estudos**. São Paulo: Editora LTr, ano XVI, n. 16, 2008, p. 21-34.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. A discriminação às pessoas com deficiência nas relações de trabalho. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Orgs.). **Edições especiais Revistas dos Tribunais 100 anos: Coleção doutrinas essenciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. IV, 2011, p. 1063-1082.

BEZERRA, Raquel Tiago. Da estabilidade no emprego. *In*: TEIXEIRA, Carmélia Amorim (Coord.). **Diké – Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC/ Universidade Estadual de Santa Cruz, Departamento de Ciências Jurídicas**. Ilhéus: UESC, ano VI, 2004, p. 201-209.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CAIRO JR., José. **Curso de direito do trabalho**. 3 ed. rev.amp.atual. Salvador: Editora Juspodvim, 2009.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 36 ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho**. 5ª ed. revista, ampliada e atualizada. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2011.

_____. **Direito do trabalho**. 3 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010.

COUTINHO, Sérgio. Garantia de Emprego e estabilidade em caso de discriminação. **Ciência Jurídica do Trabalho**. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica Ltda, ano VII, v. 47, set./out. 2004, p. 26-38.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Interpretação Constitucional e a criação judicial do direito: contributo para a construção de uma doutrina da efetividade dos direitos fundamentais. **Revista Baiana de Direito**. Salvador: Editora Jus Podivm, nº 1, jan./jun. 2008, p. 181-200.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3o ed. Rev. amp. e atual., Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2012.

_____. Princípios do Direito do Trabalho. **Revista LTr: Legislação do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, ano 59, nº 04, abr. 1995, p. 471-482.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada, e antecipação dos efeitos da tutela**. 6o ed. v. 2, Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e processo de conhecimento**. V. 1, 12o ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. V. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Salvador: Editora Juspodivm, v.5, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 7o ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

FERREIRA FILHO, José Augusto. Princípios do direito do trabalho a continuidade do contrato de trabalho. *In*: PASSOS, Carlos Eduardo Lima (Coord.). **Diké – Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC/ Universidade Estadual de Santa Cruz, Departamento de Ciências Jurídicas**. Ilhéus: UESC, 2003, p. 255-267

GALIA, Rodrigo Wasem. Pleno emprego, estabilidade e direito do trabalho: a função social da empresa como hermenêutica na busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais. *In*: ZAVASCKI, Liane Tabarelli; BÜHRING, Marcia Andrea; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). **Diálogos constitucionais de direito público e privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, n. 2, 2013, p. 207-218.

GOMES, Orlando. **Direitos reais** *In*: BRITO, Edvaldo (Coord.). 19 ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOSDAL, Thereza Cristina. Antecedentes Criminais e discriminação no trabalho. **Revista LTr: Legislação do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, ano 67, nº 7, jul. 2003, p. 804-814.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da constituição de 1988**. 19 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos contratos civis**. 2ª ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo: Editora LTr, 1994.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Constitucionalização do direito civil. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freide de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords.). **Direito civil**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MEIRELES, Helly Lopes. **Curso de direito administrativo**. 39 ed. atual por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. 35 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 4ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, v. 3.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NUNES, Rizzato. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Orientação sexual e discriminação no emprego. *In*: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (coord.). **Presente e futuro das relações de trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2000, p.355-370.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito do trabalho**. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

PEDREIRA, Pinho. A discriminação indireta. **Revista LTr: Legislação do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, ano 65, nº 04, abr. 2001, p. 402-406.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 4, 2013.

PERES, Antonio Galvão. Estabilidade por acidente do trabalho – apontamentos. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, ano 69, nº 10, out. 2005, p. 1234-1245.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2007.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: Editora LTr, 1978.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RUPRECHT, Alfredo J. **Princípios do direito do trabalho**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: Editora LTr, 1995.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da Silva. O Estado atual dos princípios do direito do trabalho. **Revista da Academia Nacional de Direito do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, ano XIII, n. 12, 2005, p. 34-41.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **O nodo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Discriminação racial nas relações de trabalho. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Orgs.). **Edições especiais Revistas dos Tribunais 100 anos: Coleção doutrinas essenciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. IV, 2011, p. 43-57.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: uma leitura pós-positivista. *In*: JUNIOR, Dirley da Cunha; DANTAS, Miguel Calmon (coords.). **Desafios do constitucionalismo brasileiro**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Os princípios do direito do trabalho. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho: O Direito e o processo do trabalho em transformação e outros estudos**. São Paulo: Editora LTr, ano XVI, n. 16, 2008, p. 17-20.

_____. Os princípios fundamentais do direito do trabalho. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, ano XIII, n. 13, 2006, p. 201-208.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEIXEIRA, João Regis Fassbender. Fim da estabilidade real. **Revista LTr: Legislação do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, ano 59, nº 05, mai. 1995, p. 632-634.

TEIXEIRA, Ana Paula Fernandes. Aids e as relações trabalhistas. Estabilidade para o trabalhador portador do HIV. *In*: PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Orient.). **Novos nomes em direito do trabalho**. v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 11 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, v. 2, 2011.