

JULIANA MONIQUE RIBEIRO DE MORAES

DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DISPENSA IMOTIVADA

JULIANA MONIQUE RIBEIRO DE MORAES

DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DISPENSA IMOTIVADA

Monografia apresentada ao Departamento de Curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis), como requisito para a conclusão de curso.

Orientador: Fernando Antonio Soares de Sá Junior

Assis
2010

FICHA CATALOGRÁFICA

RIBEIRO DE MORAES, Juliana Monique

Direitos Fundamentais e a Dispensa Imotivada/Juliana Monique Ribeiro de Moraes.
Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2010.
55 p.

Orientador: Fernando Antonio Soares de Sá Junior
Monografia de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis –
IMESA.

1. Direitos Fundamentais. 2. Dispensa Imotivada.

CDD: 340
Biblioteca da FEMA

DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DISPENSA IMOTIVADA

JULIANA MONIQUE RIBEIRO DE MORAES

Monografia apresentada ao Departamento de Curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis), como requisito para a conclusão de curso, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: Fernando Antonio Soares de Sá Junior

Analisador: Maria Luisa Faro Magalhães

Assis
2010

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, ao meu tio que muito me ajudou, aos meus avós, pais, amigos e demais parentes que me incentivaram.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, aos familiares e amigos, aos professores pelo aprendizado, ao pessoal da sala e ao meu orientador Fernando Sá por ter me ajudado nesta pesquisa.

“Mas nem sempre se deve esgotar tanto um assunto, que nada se deixe para o leitor fazer. Não se trata de fazer ler, e sim de fazer pensar”. (MONTESQUIEU, Do Espírito das Leis, livro XI, capítulo XX).

RESUMO

O presente trabalho busca analisar poder potestativo da dispensa, frente ao direito fundamental ao trabalho. Analisa ainda a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT que foi encampada pelo governo brasileiro e denunciada logo depois, discutindo a validade da denúncia.

Palavras chaves

Direito Fundamental - Dispensa – Poder Potestativo.

ABSTRACT

The present essay aims the analysis yet the dispensation directive power, facing the work fundamental right. Is tries to analyze of the n. 158 International Labour Organization Convention which was rescinded by the Brazilian government and denounced soon after, discussing the denunciation validity.

Keywords

Fundamental Right - Dispensation – Directive Power.

SUMÁRIO

1. Introdução	11
2. Direitos Humanos e Fundamentais.....	13
2.1 Direitos Humanos	13
2.2 Direitos Fundamentais.....	17
2.3 Diferenças entre Direitos Humanos e Fundamentais	22
3. Dignidade da pessoa humana e proteção ao trabalhador.....	24
4. Relação de Emprego	29
4.1 Breve desenvolvimento histórico	29
4.2 Características.....	30
4.3 Sujeitos.....	30
4.4 Distinção entre relação de trabalho e relação de emprego	31
4.5 As relações de emprego e os direitos fundamentais	32
5. Tratados Internacionais	35
5.1 Processo de formação e interiorização dos tratados internacionais.....	35
5.2 A hierarquia dos tratados internacionais.....	37
5.3 A Organização Internacional do Trabalho	39
5.4 Denúncia dos tratados.....	43
6. Convenção n. 158 – OIT	46
6.1 A dispensa e os direitos fundamentais	49
Considerações finais.....	53
Referências.....	54

1. INTRODUÇÃO

O trabalho tem por objetivo discorrer sobre os direitos fundamentais e a dispensa imotivada.

Coloca o direito ao trabalho como um direito humano e fundamental, visto que os direitos sociais já eram consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e elencados em nossa Constituição como direito fundamental.

Traz a fundamentação de que é através do trabalho que se consegue os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. – art. 3º CF/88), além de condições para uma vida mais digna.

A dispensa imotivada não pode ser aceita, pois em alguns casos o empregador faz uso da sua livre iniciativa sem considerar o valor social do trabalho e nessa tensão entre princípios a solução deve se dar através do critério de ponderação de princípios, fazendo prevalecer no caso concreto a dignidade da pessoa do trabalhador e o valor social do trabalho.

Muitas vezes também o empregador se utiliza de seu poder para despedir um empregado com conduta discriminatória.

Através do trabalho o indivíduo auferir riqueza para que possa viver em sociedade de uma maneira igualitária.

O desemprego vai além da esfera jurídica dos contratantes, atingindo a subsistência do trabalhador e também de seus dependentes.

Claro que não estamos valorizando o trabalho apenas pelo ponto de vista econômico, mas também pelo seu poder de proporcionar uma vida mais digna.

Fazemos uma análise da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho, que em seu art. 4º estipula que não poderá haver a dispensa do trabalhador, a menos que exista uma justificativa relacionada com a sua capacidade ou comportamento, ou ainda necessidades de funcionamento da empresa.

É evidente que existe um desequilíbrio na relação entre empregado e empregador, devendo o Estado proteger o mais frágil na relação, garantindo que seus direitos fundamentais sejam respeitados, já que a empresa tem o dever de cumprir sua função social.

2. DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

2.1 DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos, mais do que um conceito pré-estabelecido, são entendidos, nos dizeres de Lynn Hunt, “um conjunto de convicções sobre como são as pessoas e como elas distinguem o certo e o errado no mundo secular”. (HUNT, 2009, 24-25) O que o torna difícil de ser determinado, já que sua existência depende tanto das emoções quanto da razão, ou seja, para o compreendermos deveremos fazer uma breve análise histórica.

Para Flávia Piovesan os direitos humanos são essencialmente um “*direito de proteção*”, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados”, tendo por objetivo “assegurar a proteção do ser humano, nos planos nacional e internacional, em toda e qualquer circunstância.” (PIOVESAN, 2010, XXXIX)

Os Direitos Humanos têm por escopo criar normas favoráveis aos efetivamente mais fracos, tornando o ser humano sujeito de direito interno e internacional.

É necessário entender a evolução histórica para que se possa compreender o que os direitos humanos significam para nós hoje em dia, até porque a definição de direitos humanos é contínua, acompanha a evolução da sociedade.

Analisando na história dos termos, podemos fixar o momento do surgimento dos direitos humanos. As pessoas do século XVIII não usavam com muita frequência “direitos humanos” e, quando o faziam, geralmente queriam dizer algo diferente do significado que hoje lhe atribuímos. (HUNT, 2009, 20)

As Declarações Americana de 1776 e francesa de 1789 foram escritas em busca de um ideal de igualdade, abrindo um grande espaço para a discussão do tema, germinando, assim, novas práticas culturais em relação ao indivíduo. As consequências não se limitaram apenas aos Estados Unidos e França, transformando, também, a linguagem de todo o mundo repentinamente.

Através dessas declarações foi possível criar novos panoramas políticos. Nos Estados Unidos se ampliou o discurso de direitos universais, o que trouxe grande influência na França.

Apesar do afastamento americano do universalismo na década de 1780, os “direitos do homem” receberam um grande empurrão do exemplo americano. Sem eles, na verdade, os direitos humanos poderiam ter definhado por falta de interesse (HUNT, 2009, 126-127).

Na busca da igualdade entre os seres humanos lutou-se pela abolição da tortura e da punição cruel, autonomia da pessoa, declaração de direitos, liberdade e fim da escravidão, declaração dos direitos das mulheres, da minoria, direitos políticos, e muitos outros direitos inerentes às pessoas.

Nesse contexto é que devemos nos lembrar das Guerras Mundiais que acabaram com a confiança da nação. Voltou-se a discutir os direitos humanos com mais ênfase, afinal, quando os direitos humanos são violados nos sentimos horrorizados diante de tal situação. (HUNT, 2009,25)

Quando a Primeira Guerra Mundial terminou em 1918 seus efeitos se espalharam por todo o mundo, levando os diplomatas a redigirem acordos de paz e fundarem, em 1919, uma Liga das Nações para manter a paz, supervisionar o desarmamento, arbitrar as disputas entre as nações e garantir os direitos das minorias.

No entanto, a Liga fracassou e se mostrou impotente para deter o fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha, não conseguindo impedir o surgimento da Segunda Guerra Mundial.

Em 1945, antes mesmo do fim da guerra, os aliados realizaram em San Francisco uma conferência para aperfeiçoar a Liga das Nações, estabelecendo uma “estrutura básica para um novo corpo internacional, as Nações Unidas”. (HUNT, 2009, 203) Depois de tudo estruturado, a Carta das Nações Unidas foi assinada por cinquenta e um países, enfatizando questões de segurança internacional e o “respeito e cumprimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. Foi criada uma Comissão com o objetivo de esboçar uma carta de direitos humanos. (HUNT, 2009, 204)

A Segunda Guerra Mundial teve efeitos alarmantes e “estabeleceu uma nova referência para a barbárie com os seus quase incompreensíveis 60 milhões de mortos”. (HUNT, 2009, 202)

Nesse momento foi necessário reconstruir o valor da pessoa humana. “Nascia, assim, o movimento de direitos humanos”. (POOLE (org.), 2007, 166)

Foi necessária uma reconstrução de tudo aquilo que as guerras haviam destruído, fazendo com que a proteção do ser humano e seus direitos se tornassem de interesse internacional.

A soberania Estatal passou a ser questionada, surgindo a ideia de que o Estado não detinha o poder absoluto, devendo ter algumas limitações em favor dos direitos humanos.

O Tribunal de Nuremberg, em 1945-1946 trouxe novo impulso ao movimento de internacionalização dos direitos humanos, chamando a atenção das pessoas para as atrocidades até então cometidas, além de estabelecer punições aos governantes, funcionários e militares por crimes “contra a humanidade”, lançando, assim, “os mais decisivos passos para a internacionalização dos direitos humanos”. (HUNT, 2009, 203)

Quando observamos a lacuna na história dos direitos humanos, entre a sua formulação inicial nas revoluções americana e francesa, até chegarmos em 1948 na Declaração Universal das Nações Unidas paramos para pensar no lapso de tempo. Na realidade, com o tempo, continuou-se discutindo a respeito de direitos, mas somente dentro de estruturas específicas. (HUNT, 2009, 177)

Toda essa situação colaborou para que, em 10 dezembro de 1948, fosse votada e sancionada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo ratificada por quarenta e oito países, consolidando 150 anos de luta pelos direitos.

A Declaração Universal não reafirmava apenas as noções de direitos individuais do século XVIII, tais como a igualdade perante a lei, a liberdade de expressão e de religião, o direito de participar do governo, a proteção da propriedade privada e a rejeição da tortura e da punição cruel. Ela também proibia expressamente a escravidão e assegurava o direito ao trabalho, salário, descanso, educação,

liberdade de ir e vir providenciava o sufrágio universal e votação secreta, além de outros direitos elementares, “inaugurando o sistema global de proteção dos direitos humanos, e reconhecendo a igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade. (COMPARATO, 2004, 225)

Entendemos que os direitos humanos devem ser apresentados em declarações para que haja uma afirmação formal e pública que confirme as mudanças que ocorreram na sociedade, tornando as violações a esses direitos inadmissíveis.

A estrutura dos direitos humanos, com seus órgãos internacionais, cortes internacionais e convenções internacionais, não obstante sua lentidão para reagir ou sua incapacidade de atingir seus objetivos principais, continua sendo a estrutura mais adequada para confrontar essas questões. “As cortes e as organizações governamentais, por mais que tenham alcance internacional, serão sempre freadas por considerações geopolíticas”. (HUNT, 2009, 215- 216)

Podemos observar que a cada dia cresce mais a preocupação com a justiça cosmopolita, tendo os direitos humanos o objetivo de defender os mais fracos nas relações, devendo se posicionar em favor daqueles que necessitam de uma maior proteção, como no caso do trabalhador.

Quando passamos a analisar a evolução dos direitos humanos no Brasil, vemos que o grande marco jurídico foi a Constituição de 1988, que acarretou o processo de transição democrática, bem como da institucionalização de direitos humanos no País. (PIOVESAN, 2010, 14)

A Constituição de 1988 “é a primeira Constituição brasileira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos, como princípio fundamental a reger o Estado nas relações internacionais”. (PIOVESAN, 2010, 37)

Com processo de democratização do País e a Constituição Federal de 1988, o Brasil adotou medidas de grande importância a favor da incorporação de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, criando, assim, um sistema especial de proteção.

Os direitos humanos, por serem de toda a humanidade, são necessários e úteis para se recuar as injustiças (VILLEY, 2007, 167) e buscar a manutenção e o

desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito, visando à proteção eficaz do ser humano no plano nacional e internacional. O que se busca é a seguridade de direitos, sendo o Estado obrigado a positivizar esse direito inato da pessoa.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

No mundo antigo, a religião e a filosofia trouxeram algumas das ideias que depois influenciaram diretamente o pensamento jusnaturalista e a concepção de que o ser humano tem como qualidade intrínseca direitos naturais e inalienáveis.

Valores como o da “dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão”. (SARLET, 2009, 38)

No século XVII podemos observar o surgimento da ideia de direitos naturais inalienáveis do homem e da submissão da autoridade aos ditames do direito natural. (SARLET, 2009, 39)

No século XIII, na Inglaterra, foi firmado um importante documento pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses – a *Magna Charta Libertatum* – servindo de referência para alguns direitos tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade. (SARLET, 2009, 41)

Claro que em uma época marcada por desigualdades, onde privilégios eram apenas de algumas castas da sociedade, os direitos fundamentais também o eram. Grande parcela da população era excluída do gozo desses direitos.

A reforma protestante foi de grande importância para a evolução que conduziu ao nascimento dos direitos fundamentais, até chegarmos em 1776, onde tivemos a primeira declaração (Declaração de Direitos do povo da Virgínia), que serviu como marco para a transição dos direitos fundamentais.

Todas as declarações da história foram de grande importância para a evolução dos direitos.

Desde que foram reconhecidos nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais foram se transformando, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto em relação à sua titularidade, eficácia e efetivação. Na relação dos direitos fundamentais com a história, podemos falar na existência de gerações de direitos

(hoje se utiliza o termo “dimensões”), havendo autores que falam até em quinta geração. (SARLET, 2009, 45)

Utiliza-se o termo “dimensão”, pois se sustenta que as gerações de direitos se completam, acompanhando a história da humanidade e também as Constituições modernas.

Conforme a evolução da sociedade outras necessidades e direitos vão surgindo, gerando a necessidade de a Constituição prever esses direitos, para que se tenha uma proteção mais adequada.

A doutrina classifica os direitos fundamentais em “dimensões” de direitos da seguinte forma:

Nos direitos de primeira dimensão, a preocupação era com o direito e a liberdade do homem. Direitos individuais, civis e políticos, que dizem respeito às liberdades. Seus principais documentos históricos são dos séculos XVII, XVIII e XIX, sendo: a) Magna Carta de 1215, assinada pelo rei “João Sem Terra”; b) Paz de Westfália (1648); c) *Habeas Corpus Act* (1679); d) *Bill os Rigths* (1688); e) Declarações americana (1776) e francesa (1789). (LENZA, 2008, 588)

Os direitos de segunda dimensão foram marcados pelas questões sociais, trazendo os direitos de igualdade, econômicos e sociais. Em relação ao momento histórico, temos a Revolução Industrial européia, a partir do século XIX, o “movimento cartista na Inglaterra e a Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social”. Além da Primeira Guerra Mundial, a Constituição de Weimar (1919) e o Tratado de Versalhes (1919 – OIT). (LENZA, 2008, 588)

Os direitos de terceira dimensão foram marcados pela mudança da sociedade em crescente desenvolvimento tecnológico e científico, trazendo a ideia dos direitos da coletividade. Aspecto fraternal. Podemos aqui elencar o direito ambiental e do consumidor. (FERREIRA FILHO, 2009, 294)

Os direitos de quarta dimensão necessitam de uma participação específica da sociedade, para observar aquilo que está acontecendo e trazer para dentro da Constituição Federal, razão pela qual Norberto Bobbio defende que a bioética ou o biodireito seriam os direitos de quarta dimensão. (apud, LENZA, 2008, 589)

Paulo Bonavides traz a ideia dos direitos de quinta geração, que seria o direito à paz, alegando que “a concepção de paz no âmbito da normatividade jurídica configura um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais, sendo a condição indispensável ao progresso de todas as nações”. (BONAVIDES, 2009, 579-580)

Para Konrad Hesse os direitos fundamentais podem ser definidos, em sentido formal, como aquelas posições jurídicas da pessoa, que o Legislador-Constituinte consagrou no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Em sentido material, os direitos fundamentais “são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais”. (apud, SARLET, 2009, 80)

Na Constituição brasileira de 1988 tivemos inserido pela primeira vez a declaração de direitos sociais, já que nas outras Constituições as normas relativas a esses direitos estavam dispersas no âmbito da ordem econômica e social. (PIOVESAN, 2010, 34) Desse modo, podemos afirmar que não há direitos fundamentais sem que os direitos sociais sejam respeitados.

Para a convivência em sociedade devemos nos submeter às normas impostas pelo Estado. Em troca dessa submissão, o Estado oferece direitos e garantias mínimas para essa convivência.

Ao diferenciar os direitos das garantias devemos entender que os

direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os separa, caso violados. (LENZA, 2008, 589)

Direito é diferente de garantia. O direito tem uma natureza meramente declaratória, passando apenas uma declaração da Constituição. A Constituição atribui direitos, sendo a garantia o instrumento utilizado para fazer valer o direito.

Os direitos e garantias fundamentais possuem certas características como: a) historicidade: possuem caráter histórico; b) universalidade: se destinam de modo

indiscriminado e todos os seres humanos; c) limitabilidade: o direito em regra é relativo (não absoluto), como podemos observar no direito de propriedade *versus* desapropriação; d) concorrência: pois podem ser exercidos cumulativamente; e) irrenunciabilidade: não se pode renunciar; f) inalienabilidade: não se pode aliená-los e g) imprescritibilidade: não são atingidos pela prescrição. (LENZA, 2008, 591)

Como já previsto no art. 5º, § 1º da Constituição Federal, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Por fim, ao falarmos de direitos fundamentais, devemos nos lembrar da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que surge como contraponto à ideia de eficácia vertical dos direitos fundamentais, sugerindo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

“Será que o dono do negócio poderá demitir alguém simplesmente porque não está gostando de sua aparência?” (LENZA, 2008, 592)

A vinculação direta dos particulares aos direitos sociais tem sido objeto de polêmica em todo o direito, o que não seria diferente no direito brasileiro.

Por outro lado, poderíamos considerar quase que resolvido o problema se considerarmos os casos dos direitos fundamentais que, em virtude de sua formulação, se dirigem também aos particulares, como por exemplo,

o direito à indenização por dano moral ou material no caso de abuso do direito de livre manifestação de pensamento (art. 5º, IV e V da CF), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CF) e o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, XII, da CF). (SARLET, 2009, 377)

A mesma coisa acontece com os direitos sociais na relação entre empregado e empregador, onde temos como destinatários de direito os particulares. (SARLET, 2009, 377)

Quando partimos para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas constatamos que os direitos de defesa têm por escopo a proteção do indivíduo. É o que podemos observar na relação trabalhista,

onde o empregado é a parte mais fraca e deve ter seus direitos assegurados e protegidos frente ao poder potestativo do empregador.

Para Cláudia Lima Marques o direito privado se tornou mais social e preocupado com os indivíduos mais vulneráveis, “de tal sorte que a Constituição atua simultaneamente como garantia e limite do direito privado”. (apud, SARLET, 2009, 379)

Em relação à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas temos duas correntes de pensamento explicadas por Ingo W. Sarlet. A primeira, defendida pelo alemão Dürig, defende que os direitos fundamentais são direitos de defesa contra o Estado, podendo ser aplicada somente depois de recepcionados pelo direito privado.

A corrente oposta defende uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, sob o argumento de que os direitos fundamentais constituem normas válidas para toda a ordem jurídica, não se podendo aceitar que o “direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional” (SARLET, 2009, 379)

Quando se aplica uma norma de direito privado, está se aplicando a própria Constituição, motivo pelo qual, deve haver uma conciliação dos direitos fundamentais com os princípios fundamentais e basilares do direito privado. (SARLET, 2009, 380)

Na colisão entre os direitos fundamentais, como por exemplo,

o princípio da autonomia da vontade privada e da livre iniciativa de um lado (arts. 1º, IV e 170, *caput*) e o da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 1º, III) de outro, deverá o magistrado buscar uma harmonização à luz da razoabilidade. Não sendo possível a harmonização, o Judiciário terá de avaliar qual dos interesses deverá prevalecer. (LENZA, 2008, 595)

Em nossa opinião, deverá prevalecer o interesse da parte mais fraca, tendo o direito o papel de zelar pelo equilíbrio das relações, garantindo a dignidade da pessoa humana.

2.3 DIFERENÇAS ENTRE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Na Constituição Federal de 1988 podemos observar expressões como: a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inc. IV). (SARLET, 2009, 27)

É de importante relevância que se esclareça a diferença das expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, já que ambos os termos corriqueiramente são utilizados, em explicações, como sinônimos. A distinção entre os termos é de que os “direitos fundamentais” se aplicam aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na Constituição, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, já que dizem respeito às posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, “independentemente de sua violação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos”, revelando caráter supranacional”. (SARLET, 2009, 29)

Em relação à história, os direitos humanos (internacionais) e os direitos fundamentais (constitucionais) consolidam no reconhecimento, pelo direito positivo, uma série de direitos naturais do homem.

Para Otfried Höffe a diferenciação dos conceitos entre direitos humanos e fundamentais está justamente no sentido de que os direitos humanos, antes de serem reconhecidos e positivados nas Constituições, eram “apenas uma espécie de moral jurídica universal”. Assim, para Höffe, os direitos humanos se referem “ao ser humano como tal (...) ao passo que os direitos fundamentais (positivados nas Constituições) concernem às pessoas como membros de um ente público concreto”. (apud, SARLET, 2009, 31)

Os direitos humanos acabam se transformando em direitos fundamentais na medida em que vão se positivando e se incorporando

ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização” (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional. (SARLET, 2009, 32)

Quando reconhecemos diferença dos termos não devemos deixar de considerar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, já que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam, motivo pelo qual podemos dizer que em relação ao conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais, está ocorrendo um processo de harmonização e aproximação, “rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente – embora principalmente –, no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional”. (SARLET, 2009, 33)

Alguns autores destacam a expressão “direitos humanos fundamentais” (SARLET, 2009, 34)

O termo direitos humanos está relacionado ao conjunto de direitos indispensáveis à proteção digna da pessoa, sendo o Estado obrigado a positivá-los.

Diante do exposto, conclui-se que os direitos humanos e os direitos fundamentais traduzem a mesma realidade, mas possuem diferenças. Os direitos fundamentais, convém repetir, são aqueles direitos dentro da ordem jurídica do Estado. São reconhecidos no ordenamento interno do Estado, sendo positivados. Já os direitos humanos são aqueles que representam os direitos fundamentais reconhecidos em um cenário global (internacional), fora da ordem jurídica interna.

3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

Como os princípios são de grande importância em nosso ordenamento jurídico, ao abordarmos o assunto dos direitos fundamentais e a dispensa imotivada, não podemos deixar de destacar alguns princípios, elencados a seguir.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 1º dois princípios de grande importância: a dignidade da pessoa humana (inc.III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inc. IV).

Ingo W. Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana como sendo uma

qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Está, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. (SARLET, 2009, 100 - 101)

A dignidade do ser humano está relacionada com a própria humanidade.

Nas palavras de Rizzato Nunes, “a dignidade é um valor supremo, construído pela razão jurídica, que não pode sofrer arranhões, nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo”. (apud, MORAES E OLIVEIRA, 2010, 3)

No respeito à dignidade humana, os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal, devem ser assegurados.

Da mesma maneira que não podemos imaginar uma pessoa sem saúde tendo sua dignidade assegurada, também, quando falamos em dignidade do trabalhador, imaginamos que os direitos sociais devem ser respeitados.

O Estado deve criar condições que viabilizem uma vida com dignidade, além de proteger os direitos das pessoas.

Quando falamos em valor social do trabalho e da livre iniciativa, podemos pensar, de uma maneira equivocada, que um princípio anularia o outro. Mas não é bem assim.

A livre iniciativa do empregador não se trata de “um poder sobre a pessoa do empregado, senão sobre o objeto do contrato, limitado sempre à observância da dignidade da pessoa trabalhadora” (AVALONE FILHO, 1999, s.p)

Qualquer manifestação do poder potestativo do empregador deverá sempre se adequar ao direito, tendo como limite o respeito à dignidade da pessoa humana. (AVALONE FILHO, 1999, s.p)

Para Amauri M. Nascimento,

o empregador não pode ter um poder absoluto, *erga omnes*, uma autoridade inoponível sobre o empregado, para despedi-lo, sem que alargada de modo indesejável e impróprio a noção de direito potestativo, já por si merecedora de limitações (NASCIMENTO, 2009, 958)

Podemos concluir que o exercício do poder potestativo encontra limite na dignidade e no valor social do trabalho.

Para Ingo W. Sarlet,

os direitos sociais (tanto na sua condição de direitos humanos, quanto com direitos fundamentais constitucionalmente assegurados) já pelo seu forte vínculo (pelo menos em boa parte dos casos) com a dignidade da pessoa humana e o correlato direito (e garantia) a um mínimo existencial, surgiram e foram incorporados ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito constitucional dos direitos fundamentais como direitos referidos, em primeira linha, à pessoa humana individualmente considerada. (SARLET, 2009, 214)

Esclarece ainda que

o direito do trabalho, como direito social ancorado no art. 6º, da CF, fornece um bom exemplo para demonstrar a conexão (mas não equivalência) entre uma dimensão individual e coletiva, visto que se refere tanto à garantia de condições de acesso ao trabalho digno para cada pessoa (papel desempenhado pelos direitos dos trabalhadores dos arts. 7º e seguintes da CF), mas apresenta uma face coletiva (transindividual) inequívoca, com fundamento da obrigação estatal de promover políticas que resultem na criação de vagas no mercado de trabalho. (SARLET, 2009, 218)

O trabalho deve ser protegido não apenas pelo valor econômico, mas também, pelo seu valor social, onde, nas palavras de Petter, “valorizar o trabalho, então, equivale a valorizar a pessoa humana, e o exercício de uma profissão pode e deve conduzir à realização de uma vocação do homem”. (apud, MORAES E OLIVEIRA, 2010, 6)

Para Ferreira Filho,

o desemprego é uma das facetas mais perversas da negação da cidadania. Se não há trabalho elimina-se a possibilidade de acesso aos bens mais básicos da vida (alimentação, moradia, educação e saúde) e pouca relevância terá para o cidadão o direito de votar e ser votado, o direito de se expressar e se locomover. (apud, MORAES E OLIVEIRA, 2010, 13)

Salientando, ainda, que “a oportunidade de trabalho para todos é indispensável para uma ordem econômica atenta para os ditames da justiça social” (apud, MORAES E OLIVEIRA, 2010, 13)

Para Amauri M. Nascimento, a “perda do emprego tem uma dimensão que transcende a esfera jurídica. Atinge a subsistência de uma pessoa, de sua família e de seus dependentes econômicos”. (NASCIMENTO, 2009, 957)

O Estado, portanto, deve proteger o trabalho, assegurando condições mínimas para o desempenho de suas atividades, sendo que neste escopo, a legislação trabalhista vem ao auxílio do preceito constitucional prevendo princípios favoráveis ao tratamento justo e isonômico dos trabalhadores.

Neste sentido, o princípio da proteção é o de maior amplitude e importância no Direito do Trabalho, tendo por objetivo “conferir ao pólo mais fraco da relação laboral – o empregado – uma superioridade jurídica capaz de lhe garantir mecanismos destinados a tutelar os direitos mínimos estampados na legislação laboral vigente”. (SARAIVA, 2004, 29)

Renato Saraiva explica que o princípio da proteção se desmembra em outros três, que são:

Princípio *in dúbio pro operário*: Quando existir duas ou mais interpretações possíveis, o intérprete deve optar pela mais favorável ao trabalhador. (SARAIVA, 2009, 29)

Princípio da aplicação da norma mais favorável: “aplica-se a norma mais favorável ao trabalhador, independente de sua posição na escala hierárquica”. Este princípio atua em três momentos distintos: (SARAIVA, 2009, 29)

1. Aplica-se a norma mais favorável na *elaboração* da regra jurídica, na qual as novas disposições legais devem estabelecer regras mais favoráveis aos trabalhadores, determinação essa que se encontra implícita no caput do art. 7º da Carta maior, que menciona: “... além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.
2. Emprega-se a norma mais favorável na *hierarquização* das regras jurídicas dos dispositivos confrontados, no sentido de que havendo vários dispositivos legais numa escala hierárquica, aplica-se o que for mais favorável ao trabalhador, independente de sua posição na escala.
3. Aplica-se a norma mais favorável na *interpretação* das regras jurídicas, quando antepostas ao intérprete duas ou mais vertentes interpretativas de determinado dispositivo legal”. O art. 620 da CLT exemplifica esse princípio ao dispor que as “condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo”. (SARAIVA, 2009, 29-30)

O princípio da condição mais benéfica determina que as condições mais vantajosas estipuladas no contrato de trabalho do empregado é que devem prevalecer.

Para Nascimento, corresponde, “no direito do trabalho, ao princípio do direito adquirido do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal do Brasil”. (NASCIMENTO, 2009, 388)

Como exemplo da aplicação da condição mais benéfica, podemos mencionar o Enunciado 51, do TST:

“E. 51/TST. As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores após a revogação ou alteração do regulamento”. (SARAIVA, 2004, 30-31)

No princípio da continuidade da relação de emprego, os contratos são, em regra, pactuados por prazo indeterminado, admitindo-se, somente por exceção, o contrato por prazo determinado.

Como exemplo, podemos transcrever o Enunciado 212 do TST:

“E. 212/TST. O ônus de provar o término do contrato do 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”. (SARAIVA, 2004, 31-32)

Por fim, temos o princípio do direito ao emprego ou direito ao trabalho, onde o “Estado tem o dever de promover medidas econômicas destinadas à abertura de frentes de trabalho em dimensão suficiente para absorver a mão-de-obra que ingressa na ordem trabalhista e de impedir o desemprego”. (NASCIMENTO, 2009, 388)

Não devemos nos esquecer também do art. 422 do Código Civil, que traz o princípio da boa-fé nos contratos e

alcança as fases pré e pós-contratual, conferindo ao juiz o poder de interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes. (NASCIMENTO, 2009, 386)

Entendemos, portanto, que em uma relação trabalhista, assim como em todo o direito, quando temos os princípios respeitados e protegidos, temos a efetivação dos direitos que todos possuem.

4. RELAÇÃO DE EMPREGO

4.1 BREVE DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

Quando observamos a história do trabalho vemos que antigamente ele era executado por escravos, tratados com desigualdade, em uma sociedade onde direitos só existiam para poucos (os proprietários de escravos). A limitação dos escravos perante seus proprietários era a característica desse período da história. (NASCIMENTO, 2009, 681)

Na evolução da história trabalhista tivemos a escravidão, a servidão da gleba, as corporações de ofício, que mais tarde foram suprimidas pela Revolução Francesa, por meio da Lei Le Chapelier, que considerava as corporações incompatíveis com o ideal de liberdade do homem, motivo pelo qual foram extintas, nada se colocando em seu lugar. Foi então permitido que os homens regulassem diretamente suas relações de trabalho, sem um organismo intermediário. (NASCIMENTO, 2009, 682)

Com as corporações destruídas e para que os empregadores e empregados pudessem pactuar diretamente seus acordos trabalhistas surgiu o que foi chamado de locação de serviços (primeira forma jurídica de relação trabalhista). (NASCIMENTO, 2009, 682)

“Coube á Revolução Francesa colocar a relação jurídica entre empregado e empregador na categoria da locação de serviços, com o princípio da liberdade contratual e a supressão das corporações de ofício”. (NASCIMENTO, 2009, 683)

Com o decorrer da história podemos observar toda a evolução trabalhista, onde na sociedade pós-industrial com suas modificações no sistema de produção das empresas e o avanço tecnológico “levaram a teoria dos contratos de trabalho a ampliar os seus estreitos limites da unicidade tipológica contratual tradicional”. (NASCIMENTO, 2009, 685)

4.2 CARACTERÍSTICAS

Contrato de emprego é aquele em que o empregado cumpre uma jornada integral de 8 horas diárias e 44 semanais, por tempo indeterminado, ou seja, o empregado é admitido sem previsão do termo final do contrato. (NASCIMENTO, 2009, 685)

Para Godinho Delgado contrato de emprego é

contrato de direito privado, sinalagmático (empregado e empregador assumem suas próprias obrigações), consensual (não formal), celebrado intuitu personae (atividade pessoal do empregado), de trato sucessivo (relação contínua de emprego), oneroso (prestação de trabalho versus parcelas salariais) e dotado de alteridade (assunção de riscos pelo empregador). (apud, s.o.s - sínteses organizadas Saraiva, 2009, 1)

Para Mario de La Cueva

O contrato é o acordo de vontades, e a relação de emprego é conjunto de direitos e obrigações que se desenvolvem na dinâmica do vínculo. Nesse caso, o contrato é a fonte da qual a relação de emprego é o efeito que se consubstancia com a prestação material dos serviços no complexo de direitos e deveres dele emergente. (apud, NASCIMENTO, 2009, 579)

O contrato nada mais é do que uma fonte do vínculo, sendo a relação de emprego fonte de direitos e obrigações. (NASCIMENTO, 2009, 580)

4.3 SUJEITOS

São sujeitos da relação jurídica de emprego o empregado (aquele subordinado que presta serviços) e o empregador (destinatário dos resultados e das atividades do serviço prestado). (NASCIMENTO, 2009, 687-688)

O art. 3º da CLT traz o conceito de empregado como: "... toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário".

O art. 2º da CLT conceitua empregador como: "considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços". Dispõe ainda o art. 1º do mesmo dispositivo legal:

Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

4.4 DISTINÇÃO ENTRE RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO

Para Amauri Mascaro Nascimento, emprego é a “relação jurídica de natureza contratual tendo como sujeitos o empregado e o empregador e como objeto o trabalho subordinado, continuado e assalariado”. (NASCIMENTO, 2009, 687)

Os contratos de trabalho são aqueles em que a legislação trabalhista não é aplicada, por não se enquadrarem nos parâmetros definidos pelos arts. 2º e 3º da CLT. (NASCIMENTO, 2009, 546)

Mauricio Godinho Delgado afirma ser clara a distinção entre relação de trabalho e relação de emprego.

A primeira expressão tem caráter genérico, referindo-se às relações jurídicas caracterizadas “por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano”. Seria, na verdade, toda relação onde há a contratação do trabalho humano.

A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existente no mundo jurídico atual. (DELGADO, 2003, 283-284)

Conceitua, ainda, a relação de emprego como sendo, do “ponto de vista técnico-jurídico, apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas”. (DELGADO, 2003, 283-284)

As relações de emprego deram origem “a um universo orgânico e sistematizado de regras, princípios e institutos jurídicos próprios e específicos, também com larga tendência de expansionismo – o Direito do Trabalho”. (DELGADO, 2003, 284)

Seguindo ainda com os ensinamentos do autor acima citado, temos uma clara explicação de que com a tendência expansionista da relação empregatícia os doutrinadores passaram designar a “espécie mais importante (relação de emprego) pela denominação cabível ao gênero (relação de trabalho)”, utilizando-se, conseqüentemente, as expressões contrato de trabalho ou mesmo Direito do Trabalho, para indicarem “típicas relações, institutos ou normas concernentes à relação de emprego, no sentido específico”.

Afirma que tal tendência hoje está absolutamente consolidada, concluindo que, “muitas vezes, está-se utilizando a expressão relação de trabalho (ou contrato de trabalho) com o objetivo estrito de se referir às figuras técnico-jurídicas da relação empregatícia ou contrato empregatício)” (DELGADO, 2003, 284-285)

Renato Saraiva conceitua relação de trabalho como “qualquer vínculo jurídico por meio do qual uma pessoa natural executa obras ou serviços para outrem, mediante o pagamento de uma contraprestação”, sendo esta, gênero da qual a relação de emprego é espécie. (SARAIVA, 2004, 34)

Diante das explicações acima citadas podemos concluir que a relação de trabalho é uma relação jurídica por meio da qual uma pessoa física se obriga à prestação de serviços a outrem, constituindo-se no gênero do qual a relação de emprego é espécie. “Na medida em que o direito serve a qualificar os fatos (naturais ou humanos), convertendo-os em fatos jurídicos, a relação de emprego cuida de especial qualificação jurídica de relação de trabalho”. (apostila VESTCON, 2009, 18)

A relação de emprego se caracteriza, portanto, pela prestação de serviços por parte do empregado ao empregador, de modo não eventual, subordinado, pessoal e oneroso.

4.5 AS RELAÇÕES DE EMPREGO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando fazemos uma pequena análise na história vemos que o nacionalismo não foi o único movimento de massas a surgir no século XIX. À semelhança dele tivemos o socialismo e o comunismo que se formaram devido uma reação a “limitações visíveis dos direitos individuais constitucionalmente estruturados”. Os primeiros nacionalistas queriam direitos para todos os povos, enquanto os socialistas e os comunistas

queriam assegurar igualdade social e econômica para as classes baixas e não apenas direitos políticos iguais. (HUNT, 2009, 197-198)

Na primeira metade do século XIX os sindicatos eram ilegais na maioria dos países e como os trabalhadores não tinham direito ao voto, os “socialistas se concentraram em revolucionar as novas relações sociais criadas pela industrialização”, pois não podiam esperar ganhar as eleições quando os trabalhadores eram impedidos de votar. Queriam capacitar os trabalhadores para poder “tirar proveito da nova ordem industrial, “socializar” a indústria e substituir a competição pela cooperação”. (HUNT, 2009, 198-199)

Para Charles Fourier, o principal socialista francês das décadas de 1820 e 1830, o discurso dos direitos inalienáveis era uma hipocrisia. “O que poderiam significar os “direitos imprescritíveis do cidadão”, quando o indigente “não tem liberdade de trabalhar” nem a autoridade de exigir emprego?”. Em sua opinião, o direito de trabalhar superava todos os outros direitos. (apud, HUNT, 2009, 199)

O termo “comunista” apareceu pela primeira vez em 1840, dividindo os socialistas.

Socialistas e os comunistas então se dividiram entre os que visavam estabelecer um movimento político parlamentar, com partidos e campanhas para os cargos públicos, e aqueles, como os bolcheviques na Rússia, que insistiam que apenas a ditadura do proletariado e a revolução total transformariam as condições sociais. Os primeiros acreditavam que o estabelecimento gradual do voto para todos os homens abria a perspectiva de que os trabalhadores poderiam atingir os seus objetivos dentro da política parlamentar. O Partido Trabalhista britânico, por exemplo, foi formado em 1900 a partir de uma variedade de sindicatos, partidos e clubes preexistentes para promover os interesses e a eleição de trabalhadores. (HUNT, 2009, 199 - 200)

Em 1918 foi proclamada pelos bolcheviques uma Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, sem incluir, porém, um único direito político ou legal. Tinha como meta

abolir toda a exploração do homem pelo homem, eliminar completamente a divisão da sociedade em classes, esmagar implacavelmente a resistência dos exploradores [e] estabelecer uma organização socialista da sociedade. (HUNT, 2009, 201)

Muitos outros acontecimentos históricos foram de grande importância para a evolução da relação de emprego, como o reconhecimento, a partir da Segunda Guerra Mundial, do valor fundamental da dignidade da pessoa humana, que “passou a ser reconhecido expressamente nas Constituições, de modo especial após ter sido consagrado pela Declaração Universal da ONU de 1948”. (SARLET, 2009, 97)

Tivemos ainda, como já foi dito, depois de um período de mais de vinte anos de regime militar, um processo de democratização no Brasil, até chegarmos à Constituição Federal de 1988, que, nas palavras de Ingo W. Sarlet, “é, acima de tudo, a Constituição da pessoa humana por excelência”. (SARLET, 2009, 107)

Da concepção jusnaturalista remanesce, sem dúvida, a constatação de que uma Constituição que – de forma direta ou indireta – consagra a ideia da dignidade da pessoa humana justamente parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão-somente de sua condição biológica humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado. (SARLET, 2009, 100)

Diante do exposto, podemos observar que os direitos fundamentais influenciaram e ainda influenciam diretamente as relações de emprego, na medida em que tais leis servem de base para a melhoria das relações entre empregado e empregador, e das condições de vida do trabalhador.

5 .TRATADOS INTERNACIONAIS

Para que possamos analisar o modo pelo qual o Direito brasileiro incorpora os instrumentos internacionais de proteção, bem como em que sentido esses instrumentos podem contribuir para a implementação de direitos no Brasil, é necessário que se comece conceituando o termo tratado. (PIOVESAN, 2010, 3)

Conforme definição de Louis Henkin:

O termo 'tratado' é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional. Além do termo 'tratado', diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como também Tratado ou Acordo Internacional. Alguns termos são usados para denotar solenidade (por exemplo, Pacto ou Carta) ou a natureza suplementar do acordo (Protocolo). (apud, PIOVESAN, 2010, 44)

Para José Francisco Rezek, "tratado é o acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos". (apud, SARLET, 2009, 119-120)

5.1 PROCESSO DE FORMAÇÃO E INTERIORIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

De modo genérico, o processo de formação dos tratados tem início como os atos de negociação, conclusão e assinatura, que são da competência do órgão do Poder Executivo. "A assinatura do tratado, por si só, traduz um aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes". (PIOVESAN, 2010, 47) A assinatura do tratado apenas indica que ele é autêntico e definitivo.

Depois da assinatura do tratado pelo Poder Executivo, é necessário que seja apreciado e aprovado pelo Poder Legislativo.

Quando o tratado é aprovado pelo Legislativo, deve, em seguida, ser ratificado pelo Poder Executivo. A ratificação é a confirmação formal por um Estado de que está obrigado ao tratado. "Significa, pois, o aceite definitivo, pelo qual o Estado se obriga

pelo tratado no plano internacional. A ratificação é ato jurídico que irradia necessariamente efeitos no plano internacional”. (PIOVESAN, 2010, 47)

No Brasil, a Constituição de 1988, em seu art. 84, VIII, determina que é da competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Por sua vez, o art. 49, I, do mesmo dispositivo legal prevê ser da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais.

Consagra-se, assim, a colaboração entre Executivo e Legislativo na conclusão de tratados internacionais, que não se aperfeiçoa enquanto a vontade do Poder Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se somar à vontade do Congresso Nacional. Logo, os tratados internacionais demandam, para seu aperfeiçoamento, um ato complexo no qual se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os aprova, mediante decreto legislativo. (...) Assim, celebrado por representante do Poder Executivo, aprovado pelo Congresso Nacional e, por fim, ratificado pelo Presidente da República, passa o tratado a produzir efeitos jurídicos. (PIOVESAN, 2010, 48-49)

Para Pedro Lenza existem duas formas possíveis através das quais se originam um tratado internacional:

a) pela aprovação do texto por uma instância de organização internacional, ou b) pela assinatura de um documento por sujeitos de direito internacional público. De forma simples, normalmente, tem-se: negociação, conclusões e assinatura do tratado. (LENZA, 2008, 384)

Para Louis Henkin,

O poder de celebrar tratados – como é concebido e como de fato se opera – é uma autêntica expressão do constitucionalismo. Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Presidente, mas apenas mediante referendo do legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder. (apud, LENZA, 2008, 386)

De uma maneira resumida podemos entender que para que um tratado, convenção ou ato internacional passe a ter efeitos em nosso ordenamento jurídico é necessário a celebração pelo Presidente da República (art. 84, VIII) e a aprovação do Congresso Nacional (que decide sua viabilidade, conveniência e oportunidade).

“Concordando o Congresso Nacional com a celebração do ato internacional, elabora-se o decreto legislativo, que é o instrumento adequado para referendar e aprovar a decisão do Chefe do executivo, dando-se a este “carta branca” para ratificar a assinatura já depositada, ou, ainda, aderir, se já não o tenha feito”. O texto deve ser promulgado em português, pelo Presidente da República, mediante decreto, em órgão da imprensa oficial. (LENZA, 2008, 384-385)

Os tratados internacionais precisam ser ratificados para que possam irradiar efeitos de plano e assegurar direitos.

Considerando o processo de formação dos tratados e reiterando a concepção de que apresentam força jurídica obrigatória e vinculante, podemos concluir que a “violação de um tratado implica a violação de obrigações assumidas no âmbito internacional. O descumprimento de tais deveres implica, portanto, responsabilização internacional do Estado violador”. (PIOVESAN, 2010, 50-51)

5.2 A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Antigamente, a relação entre Direito Internacional e Direito Interno era

fundamentalmente um interessante problema teórico, que instigava os estudiosos do direito em debates puramente doutrinários; essa relação, hoje, transformou-se em um importante problema prático, primeiramente em face da crescente adoção de tratados, cujo escopo é não mais a relação entre Estados, mas a relação entre Estados e seus próprios cidadãos. (...) A eficácia desses tratados depende essencialmente da incorporação de suas previsões no ordenamento jurídico interno (apud, PIOVESAN, 2010, 51)

Flávia Piovesan propõe a classificação dos direitos previstos na Constituição Federal de 1988 da seguinte maneira:

a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo Texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º); b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição). (PIOVESAN, 2010, 57-58)

A tese hoje adotada pelo Supremo Tribunal Federal é a de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos têm característica de supralegalidade, ou seja, estão abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional. É o que se pode observar no voto do Ministro Gilmar Mendes em julgamento onde se questionava a impossibilidade da prisão civil pela aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, onde a tese da supralegalidade é defendida. (REs 349.703-RS e 466.343-SP)

Outra tese é a adotada por alguns autores, como Flávia Piovesan e também pelo Ministro Celso de Mello (HC 87.585-TO). Defendem que os tratados e convenções de direitos humanos ratificados pelo Brasil, independentemente do quorum de aprovação, equivalem a normas constitucionais, sob a justificativa de uma interpretação sistemática da Constituição, onde devemos interpretar de forma harmônica os §§ 2º e 3º da nossa Constituição.

O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal tem como finalidade viabilizar a incorporação de outros direitos fundamentais que não tenham sido expressamente previstos, passando os direitos constantes em tratados internacionais a integrar o catálogo dos direitos constitucionalmente previstos. (SARLET, 2009, 120)

Flávia Piovesan sustenta que

o direito brasileiro faz opção por um sistema misto disciplinador dos tratados, sistema que se caracteriza por combinar regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, § 2º - apresentam hierarquia constitucional, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional. (PIOVESAN, 2010, 67 – 68)

Ao analisarmos o § 3º do art. 5º da Constituição Federal podemos observar que equivalem à emenda constitucional todos os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Temos então, com a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, duas categorias de tratados de direitos humanos da prática constitucional (os materialmente constitucionais – ratificados antes da EC n. 45 e os material e formalmente constitucionais – equivalentes a emendas constitucionais, que vierem a ser ratificados posteriormente a EC. 45) (BARZOTTO, 2009, s.p)

Entendemos que independentemente da tese adotada para interpretação da hierarquia dos tratados (seja de direitos humanos materialmente constitucionais ou material e formalmente constitucionais) o que deve prevalecer é a interpretação mais razoável e favorável ao ser humano, consagrado no art. 4º, inc. II da nossa Constituição.

O direito fundamental ao trabalho está aberto à integração pelo direito internacional do trabalho, devendo ter privilégio as normas de proteção ao trabalhador. (BARZOTTO, 2009, s.p)

5.3 A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Como vimos até agora, os direitos humanos foram construídos no decorrer da história, e continua “em constante processo de construção e reconstrução”. (PIOVESAN, 2010, 113)

Nas palavras de Flávia Piovesan,

Para que os direitos humanos se internacionalizassem, foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional. Foi ainda necessário redefinir o *status* do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de Direito Internacional. (PIOVESAN, 2010, 115)

E foi ao lado do Direito Humanitário e da Liga das Nações, que observamos a presença da Organização Internacional do Trabalho (*International Labour Office*, agora denominada *International Labour Organization*), que trouxe grande contribuição para o processo de internacionalização dos direitos humanos.

Criada após a Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho tinha por finalidade promover padrões internacionais de condições

de trabalho e bem-estar. Sessenta anos após a sua criação, a Organização já contava com mais de uma centena de Convenções internacionais promulgadas, às quais Estados-partes passavam a aderir, comprometendo-se a assegurar um padrão justo e digno nas condições de trabalho. (PIOVESAN, 2010, 117)

A Organização Internacional do Trabalho foi de grande importância para o processo de internacionalização dos direitos humanos.

Seja para assegurar parâmetros globais mínimos para condições de trabalho no plano mundial, seja ao fixar como objetivos internacionais a manutenção da paz e segurança internacional, seja ainda ao proteger direitos fundamentais em situações de conflito armados, tais institutos se assemelham na medida em que projetam o tema dos direitos humanos na ordem internacional. (PIOVESAN, 2010, 118)

O que se visa através desse instituto é a proteção da coletividade, para que os trabalhadores tenham seus direitos respeitados e protegidos internacionalmente.

Esses institutos romperam com o conceito que se tinha de que o Direito Internacional visava apenas criação de leis para o Estado como único sujeito de Direito Internacional, rompendo, ainda, com a “noção de soberania nacional absoluta, na medida em que admitem intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos” (PIOVESAN, 2010, 119 -120)

“A finalidade do Direito Internacional é universalizar as regras da Justiça Social e adaptar a cooperação entre os Países”. (PRETTI, 2009, 21)

A Organização Internacional do Trabalho é formada por três órgãos sendo eles:

A Conferência ou Assembléia Geral, Conselho de Administração e a Repartição Internacional do Trabalho. A Assembléia Geral é constituída de representantes dos Estados-membros. No mínimo uma vez por ano as sessões são realizadas. Nessas sessões são estabelecidas regras de âmbito das OIT. São nesses momentos que são elaboradas as convenções e recomendações internacionais da OIT. (PRETTI, 2009, 22)

Para Amauri M. Nascimento, “as convenções internacionais da OIT são bilaterais ou multilaterais, segundo os sujeitos estipulantes sejam dois, mais de dois ou diversos países, sendo aprovadas por um plenário internacional”. (NASCIMENTO, 2009, 93)

“A atividade normativa da OIT consta de Convenções, Recomendações e Resoluções. Dependem ou não de ratificação dos Estados soberanos”. (NASCIMENTO, 2009, 95)

As Convenções internacionais são normas jurídicas criadas na Conferência Internacional da OIT, destinadas estipular regras a serem seguidas pelos Estados deliberantes, que as incluem no seu ordenamento interno, desde que atendidas as prescrições da Constituição.

A iniciativa de propor uma convenção internacional pode partir do governo de um Estado-membro da OIT, de uma organização sindical, de uma Conferência Regional etc. Em virtude de acordo, a OIT deve incluir na ordem do dia do Conselho de Administração as questões propostas pela ONU, da qual é um órgão subsidiário.

Geralmente, cabe ao Conselho de Administração preparar os projetos de convenções a serem submetidos a discussão, o que pode ser precedido de estudos por parte de uma comissão técnica que examinará as leis nacionais em vigor sobre questão em foco. As matérias levadas à ordem do dia passam por uma ou duas discussões na Conferência. Se rejeitada, a proposição poderá ser renovada em sessão posterior. Se aprovada, o comitê de redação redige um texto definitivo que é distribuído aos delegados. O *quorum* de votação é de dois terços de votos dos delegados presentes. (NASCIMENTO, 2009, 97)

Os membros da OIT são os Estados. Quando um Estado-membro faz a opção de adotar uma convenção internacional deve ratificá-la. “Os Estados não são obrigados a ratificar as convenções. No entanto, precisam submetê-la às autoridades competentes no prazo de um ano ou, excepcionalmente, em dezoito meses”. O processo de ratificação varia de acordo com as normas constitucionais de cada Estado.

O instrumento de ratificação deve ser comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho (RIT), que transmitirá ao Secretário-Geral da ONU. A partir da ratificação, o Estado deve determinar todas as medidas necessárias ao fiel cumprimento das disposições contidas na convenção. (NASCIMENTO, 2009, 98)

A função executiva da OIT é formada pelo conselho de administração, onde existem representantes dos empregados, dos empregadores e do governo. É função desse órgão determinar a data, local e hora das reuniões da conferência, eleger o diretor

geral da repartição internacional do trabalho e instituir comissões. (PRETTI, 2009, 22)

O conselho de administração se reúne pelo menos três vezes por ano em Genebra, sendo composto por 56 membros, onde 28 são representantes do governo, 14 dos empregados e 14 dos empregadores. (PRETTI, 2009, 22)

A Repartição Internacional do Trabalho (RIT) é a secretaria da OIT, que tem como tarefa a realização da ata e a divulgação das atividades, publicando os termos e regras adotados. (PRETTI, 2009, 22)

Para Zoraide Amaral de Souza a Organização Internacional do Trabalho foi criada em decorrência do movimento de internacionalização do Direito do Trabalho, visando a universalização das ideias relacionadas com o trabalho, em busca de uma “justiça social, onde houvesse uma melhor distribuição de riquezas, o que levaria ao crescimento do próprio homem”. (apud, PRETTI, 2009, 26-28)

Utilizando de suas palavras,

Podemos dizer que unificar regras entre Estados soberanos é tarefa não muito tranquila, principalmente se tomarmos por base que cada um tem a sua própria história e desenvolvimento, sem contar com a soberania.

Neste sentido, a Organização Internacional do Trabalho enfrentou tais adversidades, buscando atingir o maior número de países do mundo com suas ideias de uniformização internacional.

Vale ressaltar que a Organização Internacional do Trabalho, apesar de estar dotada de mecanismos que visam coibir descumprimentos de suas regras, não tem intenção de penalizar qualquer Estado-membro, pois age muito mais tentando conscientizar o maior número possível de seus integrantes de que a solução passa pela colocação em prática de sua finalidade.

Outro problema que deve ser discutido é o fenômeno da globalização, que guarda relação com a tecnologia, a produção, as finanças e o comércio, que atingem de forma desigual e combinada todos os países do mundo.

A função da Organização Internacional do Trabalho, neste contexto deve ser o de mediador, no sentido de não deixar que países mais favorecidos provoquem, em razão do poder econômico, mais pobreza e miséria aos menos favorecidos. (apud, PRETTI, 2009, 26-28)

Concluimos que o objetivo central da Organização Internacional do Trabalho é a busca pela melhoria da relação entre empregado e empregador e a melhoria da condição de vida dos trabalhadores.

5.4 DENÚNCIA DOS TRATADOS

Nas palavras de Nascimento,

Os Estados podem denunciar uma convenção adotada. Findo o prazo de duração da vigência, uma convenção pode ser denunciada por um Estado. Se não o fizer, opera-se a sua prorrogação automática, passando a vigorar por tempo indeterminado. A denúncia é o aviso prévio pelo qual o Estado comunica à OIT a sua disposição de não continuar aplicando as normas contidas na convenção. (NASCIMENTO, 2009, 98)

Segundo Gleibe Pretti, “denúncia é o aviso dado ao Estado que não tem interesse de continuar aplicando uma norma internacional”. (PRETTI, 2009, 23)

Flávia Piovesan defende a tese que a denúncia deveria ter o mesmo procedimento que é aplicado no ato de ratificação. Afirma que se para a ratificação é “necessário um ato complexo, fruto da conjunção de vontades do Executivo e Legislativo, para o ato de denúncia também este deveria ser o procedimento”. A autora propõe a “necessidade do requisito de prévia autorização pelo Legislativo de ato de denúncia de determinado tratado internacional pelo Executivo, o que democratizaria o processo, como assinala o Direito comparado”. No Direito brasileiro, porém, o ato de denúncia continua a constituir ato privativo do Executivo, sem a necessidade de qualquer participação do Legislativo. (PIOVESAN, 2010, 80 – 82)

Celso D. de Albuquerque Mello afirma que a revisão deve ser

no sentido de se restringir a autonomia do Executivo para condução da política externa. Ela deve ser feita no sentido de se exigir a aprovação do Legislativo para a denúncia de tratados relativos aos direitos do homem, às convenções internacionais do trabalho, os que criam organizações internacionais e às convenções de direito humanitário. (...) O controle pelo Legislativo é o meio de se democratizar a política externa e de ela vir a atender os anseios da nação. (apud, PIOVESAN, 2010, 80 – 82)

Tem-se então, que quando um Estado se compromete a aplicar um tratado internacional e depois de todas as fases necessárias para sua ratificação, não quiser mais continuar aplicando as normas internacionais ratificadas, deverá “denunciar” esse tratado.

Lembrando que devemos fazer uma ressalva em relação ao ato de denúncia, onde os tratados de direitos humanos materialmente constitucionais (anteriores a Emenda Constitucional de 2004) são passíveis de denúncia, desde que tenham a participação e parecer do Legislativo. Já os tratados de direitos humanos material e formalmente constitucionais não podem ser denunciados, pois tiveram sua aprovação pela maioria de três quintos dos votos dos membros, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, se equiparando a emenda constitucional.

6.CONVENÇÃO Nº 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Através do Decreto Legislativo n.68, de 17 de setembro de 1992, o governo brasileiro ratificou a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho e expediu o decreto de promulgação, publicado no *Diário Oficial da União*, de 11 de abril de 1996, passando a vigorar a referida Convenção em nosso país.

A referida convenção tratava da despedida arbitrária ao estabelecer que a relação de emprego só teria um término mediante uma justificativa do empregador.

Pouco tempo depois da publicação, o governo brasileiro resolveu denunciá-la, através do Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, motivo pelo qual a referida Convenção deixou de vigorar em território brasileiro.

A convenção n. 158 tem como escopo a proteção do trabalhador, frente ao poder potestativo de empregador, garantindo aos trabalhadores o direito de não serem dispensados por razões injustificadas ou até mesmo discriminatórias.

O que se sustenta é que a denúncia da convenção é inconstitucional, sofrendo o decreto do Presidente da República de vício formal, além do vício material, já que a denúncia "importou em mácula ao princípio da vedação ao retrocesso social". (SOUZA, 2009, s.p)

O inciso I do art. 49 da Constituição Federal dispõe ser de competência exclusiva do Congresso Nacional "*resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional*". Observa-se, então, que o ato de denúncia não teve o parecer final do Congresso Nacional, conforme o exigido.

Em relação à perspectiva formal, ainda tramita perante o Supremo Tribunal Federal a ADI-1625/DF (ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag) e pela Central Única dos Trabalhadores (Cut) que questiona a constitucionalidade do ato de denúncia realizado unilateralmente pelo Presidente da República).

A ADI em questão ainda não foi julgada, devido ao pedido de vista da Ministra Ellen Gracie, em 06.08.2009.

O Ministro Joaquim Barbosa, em sua avaliação, considera que “a Convenção 158 da OIT é, inegavelmente, um tratado de direitos humanos, mais especificamente, um tratado que versa sobre a temática de direitos sociais”. (Barbosa, 2009, 12)

O Ministro explica que a Constituição Federal de 1988

ao versar sobre direitos individuais e direitos sociais no mesmo título (Título II), tratou tais categorias de direitos de maneira una, de modo que é impossível invocar a prevalência de um direito individual sobre um direito social. Nesse sentido, o mesmo tipo de tratamento conferido aos direitos individuais deve ser dado aos direitos sociais. (BARBOSA, 2009, 36)

Joaquim Barbosa deixa bem claro que a Convenção 158 da OIT pode perfeitamente ser considerada um tratado de direitos humanos apto a inserir direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro, já que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) consagrava, em diversos artigos, um grau de proteção mínimo aos trabalhadores.

Nas palavras do Ministro,

Cabe cogitar da aplicação do novo § 3º do art. 5º da Constituição Federal à Convenção 158 da OIT.

O Decreto do executivo que incorporou a dita Convenção ao direito brasileiro data de 1996, antes, portanto, do advento da EC/45, que incluiu o novo § 3º ao art. 5º. Ainda que não se admita a tese de que os tratados de direitos humanos anteriores à EC/45 possuem estatura constitucional, creio ser altamente plausível defender, ao menos, como já fizeram o min. Gilmar Mendes e o min. Sepúlveda Pertence em diferentes oportunidades, que os tratados de direitos humanos possuem estatura supralegal, porém infraconstitucional.

Se se atribui o caráter supralegal aos tratados de direitos humanos e se se reconhece à Convenção 158 da OIT o *status* de tratado de direitos humanos, chega-se facilmente à conclusão de que o Poder Executivo não podia, sem a intervenção do Congresso, denunciar o referido tratado. Isso porque, estar-se-ia permitindo que uma norma de grau hierárquico bastante privilegiado pudesse ser retirada do mundo jurídico sem a intervenção de um órgão legislativo. Mais que isso, estar-se-ia permitindo que o Poder Executivo, por sua vontade exclusiva, reduzisse de maneira arbitrária o nível de proteção de direitos humanos garantido aos indivíduos no ordenamento jurídico nacional. Se já é inviável pensar que seja possível a revogação de um ato com força de lei por ação apenas do Executivo, o fato de estar-se diante de um ato com força supralegal agrava ainda mais a situação.

Todas essas considerações levam a crer que não era possível ao Poder Executivo denunciar unilateralmente a Convenção 158 da OIT, afastando a possibilidade de o Congresso Nacional emitir uma opinião sobre a denúncia. Os arts. 49, I e 84, VIII, da CF/1988, abrangem, também, a necessidade de autorização do Congresso Nacional para os casos de denúncia. A ausência de um pronunciamento parlamentar, no caso, leva à violação dos citados dispositivos. (BARBOSA, 2009, 37-39)

Termina seu voto afirmando que o Presidente da República pode ratificar novamente a Convenção 158 da OIT.

O art. 4º da convenção estabelece que

Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

A dispensa deverá acontecer caso o trabalhador não tenha o perfil da atividade que lhe é confiada, se seu comportamento não se alinhar aos padrões morais e éticos exigidos ao homem médio e por necessidade de funcionamento da empresa (crises econômicas). Em todos os casos o empregador deve “pré-avisar” o empregado da dispensa.

Caso o empregado não concorde com os motivos da dispensa poderá intentar ação trabalhista, conforme arts. 8-10 da convenção, com o objetivo de anular a dispensa e “pleitear a reintegração ou a indenização compensatória, sem prejuízo da multa de 40% sobre o saldo do FGTS (ADCT, art. 10, II c/c Lei n. 8.036/1990, art. 18)”. (Souza, 2009, s.p)

A Convenção n. 158 da OIT não confere ao empregado a estabilidade plena, apenas estabelece que o empregador deve fundamentar a dispensa, limitando, assim, seu poder potestativo.

6.1 A DISPENSA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando temos formada uma relação de emprego imaginamos que em conformidade com o princípio da continuidade desta relação, o contrato terá prazo indeterminado.

Um dos temas que merecem mais atenção no direito do trabalho é a ruptura do contrato individual pelo empregador. “A perda do emprego tem uma dimensão que

transcende a esfera jurídica”, atingindo a subsistência do trabalhador e sua família, além de seus dependentes econômicos. (NASCIMENTO, 2009, 955)

O empregado sempre espera ficar mantido no emprego e que o empregador não faça a dispensa imotivada. E o que é a dispensa?

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, dispensa “é a ruptura do contrato de trabalho por ato unilateral e imediato do empregador, independente da vontade do empregado”. (NASCIMENTO, 2009, 955)

Atualmente, embora não seja admitida a supremacia de um sujeito da relação jurídica sobre o outro, na relação empregatícia temos o que chamamos de poder potestativo ou diretivo do empregador sobre o empregado. (AVALONE FILHO, 1999, s.p)

Devemos nos lembrar de que diante do poder potestativo do empregador decorre limites básicos e intransponíveis, que são os direitos fundamentais de qualquer ser humano. (AVALONE FILHO, 1999, s.p)

Nesta quadra, sublinha-se que o Estado Democrático de Direito, que por definição é “amigo” dos direitos fundamentais, continua comprometido com a proteção efetiva dos direitos fundamentais também nos casos de violações e ameaças de violações oriundas de atores privados, não sendo à toa que a teoria dos deveres de proteção estatais e seus diversos desdobramentos tenham alcançado tanta importância (...). (SARLET, 2010, 21)

Fica evidente que existe um maior ou menor desequilíbrio nas relações entre particulares, devendo o Estado proteger o mais frágil da relação, com o “objetivo de assegurar a manutenção (não meramente formal) do equilíbrio entre as partes”.

Cumpra anotar que embora a autonomia privada e a liberdade contratual não estejam explicitamente previstas no texto constitucional brasileiro, cuida-se de direitos fundamentais implicitamente consagrados e que, a despeito de sua possível e necessária relativização, representam limites importantes para as intervenções na esfera das relações entre particulares, sem que tal circunstância seja tida como um obstáculo à eficácia direta dos direitos fundamentais nesta seara. (SARLET, 2010, 29)

Quando existir a colisão dos direitos fundamentais com o privado, não se pode deixar de considerar os direitos fundamentais envolvidos.

Para Bilbao Ubillos nenhuma lei pode suprimir as liberdades básicas do direito privado, devendo o legislador usar de certo equilíbrio quando existir o conflito de valores, favorecendo o titular dos direitos fundamentais. (BILBAO UBILLOS, 2010, 271 e 291-292)

Quando a autonomia privada e os direitos e deveres contratuais dela derivados, entrarem em conflito com os direitos fundamentais, devem ser examinados obedecendo, sempre, o princípio da proporcionalidade. Os direitos fundamentais interferem na autonomia privada quando as exigências do contrato forem além da finalidade e os limites da operação econômica, que venham a atingir a dignidade da pessoa (PERES GEDIEL, 2010, 154)

Com a evolução da sociedade contemporânea valorizamos cada dia mais a essencialidade do trabalho como núcleo dos direitos fundamentais, buscando a garantia do direito ao trabalho por meio de políticas públicas, oferta de empregos e os direitos dele decorrentes. Devemos, porém, tomar cuidado para que o trabalho não seja valorizado apenas por seu salário (como meio de sobrevivência), mas também como um direito que todo ser humano tem na busca por conquistas e uma vida mais digna. (COUTINHO, 2010, 161)

Na opinião de Aldacy Rachid Coutinho, não podemos esquecer que o emprego, é um fator-chave para combater a exclusão social e

excluir um cidadão do mercado de trabalho (subclasse) pode levá-lo não apenas à privação material, mas à restrição de direitos, de segurança socioeconômica e de auto-estima. Isso porque o desemprego não representa um risco como qualquer outro (doença, acidente de trabalho etc.). (COUTINHO, 2010, 162)

Quando reconhecemos a desigualdade dos sujeitos na relação de emprego vemos que o empregado é a parte hipossuficiente da relação, sendo digno de direitos reconhecidos, assegurados e fundamentais, que as vezes, por conta de crises e políticas de redução de custos são dispensados sem justa causa, ocasionando o

desemprego e prejuízo aos trabalhadores que tanto lutaram por seus direitos na história. (COUTINHO, 2010, 162).

Os fundamentos de fato – desemprego e custo do trabalho – não passam de argumentos retóricos a legitimar as mudanças. O desemprego é fenômeno de causa multifacetária e externo ao direito, o qual se limita a regulamentar a tomada de força de trabalho. A legislação trabalhista nunca foi responsável pela criação ou incremento de postos de trabalho, nem poderia ser pelo seu enxugamento; está a questão ligada diretamente à necessidade do trabalho vivo. O custo, da mesma forma, é uma forma dissimulada de reduzir a pessoa à coisa. (COUTINHO, 2010, 162)

O direito está em constante construção, trazendo novas conquistas e servindo como instrumento de coesão social. Não são inatos, naturais ou inerentes à pessoa, eles são capturados historicamente. Afinal, como asevera Catharine Mackinnon,

de trás de todo derecho está La história de alguien, alguien cuya sangre, si uno lee con atención, escurre entre líneas. El texto no engendra texto, la vida sí. La cuestión, una cuestión de política e historia y por tanto de derecho, es la experiencia de quién sustenta que norma. (apud, COUTINHO, 2010, 163)

Para Aldacy Rachid Coutinho,

o direito do trabalho não é o direito “dos trabalhadores”, mas a regulamentação de uma relação de emprego, o direito do capitalismo, estatuindo regras também em favor do capital, o que por si afasta o “mito do bom direito”. Aliás, se a proteção também não fosse um mito, o fim da relação de emprego não seria expresso juridicamente na forma de um direito potestativo do empregador, que esconde práticas discriminatórias, mas agasalharia a teoria pressuposição ou da causalidade. (COUTINHO, 2010, 164)

Segundo Richard Sennet, o novo capitalismo da empresa flexível alterou a concepção de trabalho, aumentando a insegurança do trabalhador, que a cada dia é obrigado a se “reinventar, para enfrentar um novo ambiente de trabalho. (apud, COUTINHO, 2010, 165)

O trabalhador é sujeito de direitos fundamentais e, como aduz Claudia Lima Marques, eles “não tem origem constitucional, mas é sim direito fundamental do cidadão, direito humano de nova geração”. (apud, COUTINHO, 2010, 167)

Não devemos pensar em favor ou proteção do mais fraco, mas em “reconhecimento de direitos fundamentais do cidadão-trabalhador, fortalecido em um Estado Democrático de Direito”. (COUTINHO, 2010, 167)

Na concepção da Coutinho, “nas relações de emprego sempre estará uma “pessoa humana”, impregnada e carregada de direitos fundamentais que desvelam e afloram sua dignidade (...)” (COUTINHO, 2010, 170)

Por fim, devemos compreender que é necessário que haja a figura do trabalhador e do empregador para que possamos falar em relação de emprego. No momento em que forem iguais, acaba essa divisão, e não podemos falar nesse tipo de relação. (COUTINHO, 2010, 166) Lembrando que as diferenças devem ser preservadas e respeitadas.

Concordamos com José Carlos Vieira de Andrade quando este afirma que o princípio da igualdade não se aplica nas relações privadas, devendo “tolerar-se um certo espaço de espontaneidade e até de arbitrariedade”. (VIEIRA DE ANDRADE, 2010, 244) Mas o poder potestativo do empregador não pode ultrapassar os limites do razoável. Um empregador não poderá demitir alguém simplesmente porque não está gostando de sua aparência ou concordando com suas posições religiosas.

Para Bilbao Ubillos os poderes do empregador constituem uma ameaça potencial aos direitos fundamentais do trabalhador, pelo simples fato do poder que o empregador tem na relação de trabalho, limitando, portanto, o exercício de direito do trabalhador. (BILBAO UBILLOS, 2010, 265-266)

Devemos nos lembrar de que “o caráter tutelar ou protetor do direito do trabalho está articulado em torno da noção de hipossuficiência da pessoa trabalhadora”, que tem seus direitos assegurados na Constituição Federal. (COUTINHO, 2010, 162).

A Constituição é o reflexo daquilo que somos e queremos ser como sociedade, sendo o direito ao trabalho o meio para se construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º CF/88). É através do trabalho que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil podem ser alcançados.

As normas relativas aos direitos fundamentais jamais podem ser revogadas ou restringidas, por se tratarem de cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CF/88). Razão pela

qual o direito ao trabalho deve ser respeitado e protegido contra a dispensa imotivada.

Podemos então concluir que a finalidade dos direitos fundamentais na relação de emprego é a proteção da pessoa humana, na busca de soluções de conflito, tendo por escopo a salvaguarda da liberdade individual e social, protegendo a parte mais fraca da relação, com o devido equilíbrio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na realização deste trabalho tivemos como objetivo contribuir para a percepção e a problematização de alguns aspectos no que diz respeito à relação entre os direitos fundamentais e a dispensa imotivada.

Em que se pese todo o contexto da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho, protegendo o trabalhador da dispensa imotivada por parte do poder potestativo do empregador, queremos salientar que com ou sem a convenção, nossa interpretação é a mesma, no sentido de que toda a dispensa deve ser motivada, para que os direitos do trabalhador sejam assegurados.

O direito ao trabalho é o meio necessário para que se possa garantir o cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, além de ser princípio fundamental, conforme art. 1º da Constituição Federal.

Ao fazermos uma interpretação sistemática, evolutiva e atual da nossa Constituição vemos que ela protege o direito ao trabalho, permitindo um entendimento mais favorável ao trabalhador, exigindo motivos justificados para a dispensa, como forma de dar-se efetividade aos direitos fundamentais. Poderíamos entender que a indenização do art. 7º, inc. I da Constituição Federal seria válida em caso de cessação das atividades do empregador.

O trabalho é um direito fundamental que deve ser assegurado e respeitado, já que não se pode dar à norma constitucional uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser.

Concluimos, portanto, que a proteção ao trabalho é pressuposto para o direito da proteção humana, pois é através do trabalho que o indivíduo consegue a estrutura necessária para viver com dignidade.

REFERÊNCIAS

AVALONE FILHO, Jofir. **A ética, o Direito e os poderes do empregador. Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 32, jun. 1999. Disponível:

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1151>>. Acesso em: 01 ago. 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3^a edição, revista e ampliada – 2^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 2^a ed. – São Paulo: LTr, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves - **Curso de direito constitucional** – 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HUNT, Lynn – **A invenção dos Direitos Humanos, uma história**. Tradução Rosaura Eichenberg. – São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Título original: *Inventing human rights: a history*.

LENZA, Pedro – **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Convenções da OIT** – São Paulo: Atlas, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Second, Baron de – **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. – 3^a ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: *L'esprit des lois*.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 33^a ed. – São Paulo: LTr, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24^a ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11^a ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010.

POOLE, Hilary (org.)- traduzido por Fábio Larsson. **Direitos Humanos: referências essenciais**. –São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2007. Série Direitos Humanos 3.

PRETTI, Gleibe. **Direito Internacional do Trabalho e Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil**. – São Paulo: Ícone, 2009.

Revista LTr Legislação do Trabalho. São Paulo. Ano: 72/2008 e 73/2009.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho para concursos públicos**. – São Paulo: Editora Método, 2004.

SARAIVA, **S.O.S – Sínteses Organizadas** – São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais, uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009.

Vade Mecum/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva – 9 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

VESTCON - **apostila de concursos**. 1ª ed. 2009. Vestcon, 2009.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. – São Paulo: Martins Fontes, 2007