

CRÍTICA À EXTINÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO POR CULPA PATRONAL: PELA BUSCA DO REEQUILÍBRIO DOS BRAÇOS DA BALANÇA.

Oscar Krost

Juiz do Trabalho do TRT da 12ª Região/SC
Membro do Instituto de Pesquisas e
Estudos Avançados da Magistratura e do
Ministério Público do Trabalho - IPEATRA

*“Navega o navegante, embora saiba
que jamais tocará as estrelas que o
guiam.”*

GALEANO (2009, p. 129)

Sumário.

1. Introdução.
2. Relação de emprego. Função social dos contratos. Causas terminativas. Efeitos patrimoniais.
3. Ruptura do contrato por culpa patronal. Normas jurídicas. Indenização suplementar.
4. Conclusões.
5. Referências.

1. Introdução.

A observação de determinado fenômeno, por longo período, ao invés de aguçar a percepção do observador a respeito de suas particularidades, pode conduzi-lo a um resultado diverso, fruto do emprego de um “procedimento padronizado” ou impróprio ao fim pretendido, perpetuando conclusões distanciadas das mais adequadas.

Dita observação alcança maior concretude quando aplicada ao Direito, em especial ao Direito do Trabalho, diante de sua pretensão regulatória sobre uma fração da vida em sociedade eminentemente dinâmica, cuja evolução depende de fatores diversos, alguns dos quais antagônicos, nem sempre claros a todos.

Neste cenário, se apresenta como um desafio ao intérprete atuar como um *alquimista da ambiguidade*, expressão cunhada por AGUIAR (1980, p.57), a fim de desvendar o conteúdo integral das normas.

Partindo de tais premissas, propõe-se no presente estudo, em um primeiro ponto, o exame da relação de emprego, de sua função social e de suas causas de extinção, com ênfase à provocada por culpa do empregador para, em um segundo ponto, apreciar os efeitos daí decorrentes e formular uma proposta hermenêutica pautada no pensamento crítico, de modo a “fazer aparecer o invisível”, segundo MIAILLE (2005, p. 21), reduzindo os efeitos prejudiciais ao trabalhador e buscando “reequilibrar os braços da balança”. Para tanto, serão analisados textos doutrinários e legais, estes inclusive do direito estrangeiro, bem como precedentes judiciais.

2. Relação de emprego. Função social do contrato. Causas terminativas. Efeitos patrimoniais.

O trabalho subordinado, pessoal, livre, por conta alheia e a título oneroso, característico da relação de emprego e objeto central do Direito do

Trabalho, tem sua gênese nos séculos XVIII e XIX, sendo gestado nos ventres do capitalismo e da industrialização.

Por esta nova modalidade jurídica, o empregador *contrata* o empregado, ao contrário das relações predominantes de exploração da mão-de-obra então adotadas, nas quais o senhor *possuía* o escravo ou *dominava* o servo. Como grande diferencial, a autonomia da vontade de ambos os sujeitos, herança da Revolução Francesa, origem dos Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão, de liberdade e políticos.

Contudo, a exploração desmedida do operariado, livre da intervenção do Poder Público, acabou levando poucos ao enriquecimento e muitos à miséria, servindo à acumulação e à concentração de riqueza.

As jornadas duravam cerca de 14h, sendo extensivas às crianças, a partir dos 07 anos, vítimas de violência física se adormecessem no curso do expediente e de descontos salariais caso esquecessem as janelas das fábricas abertas, assobiassem durante o trabalho ou se apresentassem sujas, na forma descrita por HUBERMAN (1981, p. 187-92).

Como meio de resistência, tem início a organização dos trabalhadores por greves e piquetes, nos quais era exigida uma postura ativa do Estado pela imposição de limites ao poder do patronato. Com isso, foram promulgadas as primeiras leis sobre higiene e segurança do trabalho, estabelecendo patamares máximos de duração diária, semanal e anual de serviços.

Sobre o tema, pertinente a observação de MAIOR (2000, p. 60), para quem:

“(...) o direito do trabalho surge, portanto, mais como fruto de uma luta de idéias do que de uma reação instintiva dos trabalhadores pela sobrevivência, podendo-se destacar, também, que o resultado dessa luta, ou seja, a regulação das relações de trabalho, em certa medida, foi uma conquista, mas em outra, uma reação do próprio capital como tática de sobrevivência.”

Nesta fase, em 1848, MARX e ENGELS publicam o Manifesto do Partido Comunista, um dos marcos científicos da doutrina socialista, que anos mais tarde viria a influenciar a Revolução Bolchevique na Rússia, de 1917.

A Igreja Católica, por sua vez, pela encíclica *Rerum Novarum*, de autoria do Papa Leão XIII, em 1891, veio a público defender que o trabalho *“deve ser considerado, na teoria e na prática, não mercadoria, mas um modo de expressão direta da pessoa humana”*, conforme VIANNA (2005, p. 92).

Ocorre, então, uma verdadeira ruptura paradigmática, pela superação de um Estado Liberal, cujo objetivo se limitava a assegurar a liberdade dos indivíduos, em especial a de contratar, para outro, de caráter Social ou de Bem Estar, com aumento do espectro de atuação, pela implantação de políticas públicas de educação, de saúde e de trabalho, a fim de reduzir as desigualdades sociais.

Como resultado deste avanço, os Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão ou de igualdade, positivados pela primeira vez na história nas Constituições Mexicana e Alemã, em 1917 e 1919, respectivamente.

A ideia de regular exercício da autonomia da vontade é reestruturada, deixando de representar puro interesse individual, sendo permeada também pelo senso coletivo, afetando todas as espécies contratuais, especialmente o contrato de trabalho.

Analisando em linhas gerais a evolução do Direito do Trabalho e da relação de emprego, se faz possível constatar a relevância de ambos ao Estado, como produtos da valorização social do trabalho e da dignidade humana, assim como pela função social dos contratos e da propriedade.

Sobre a função social, considera-a DIAS (2007, p. 178-9) como o *“conjunto de direitos e deveres que atingem a atividade a que estão relacionados”*, devendo, no tocante à propriedade privada, gerar *“uma sintonia entre o desfrute individual do bem e o alcance do interesse comum”* e, quanto aos contratos, atender *“aos reclamos da sociedade, não podendo resultar na produção de injustiças.”*

De modo distinto ao que ocorre com os negócios jurídicos de outra natureza, em que a execução se exaure em um único momento, pelo imediato cumprimento dos deveres de ambas as partes, no contrato de trabalho a regra geral é a indefinição no tempo, reforçando a noção de função social, pela prática sucessiva de atos pelo empregado e empregador, se renovando mês a mês, em espécie de *“obrigação duradoura”*, segundo entendimento de AGUIAR JÚNIOR (1991, p. 69-70).

Por conta desta particularidade, foi erigido a Princípio do Direito do Trabalho o da Continuidade da Relação de Emprego, pelo qual se deve *“buscar, não só nas relações contratuais, como nas normas que regulam estas relações, bem como na oneração legal da rescisão, determinações para que o vínculo de emprego seja mantido”*, conforme GENRO (1994, p. 76), o que pode ser constatado pelo conteúdo da própria Constituição, em seu art. 7º, incisos II, III, XXI e XXVII.

Por conta de tais elementos, estabelece o sistema normativo verdadeira presunção de prosseguimento do vínculo laboral por prazo indefinido, sendo os contratos a termo validados somente em casos de exceção, para prestação de serviços cuja natureza/atividade ou transitoriedade justifiquem a limitação no tempo ou, ainda, a título de experiência, conforme disposto no art. 443 da CLT.

Quanto às causas de extinção dos contratos de trabalho a prazo indeterminado, diversos podem ser os critérios adotados para classificá-las, tais como o sujeito responsável pela iniciativa (*patrão x trabalhador*), a via em que operada (*judicial x extrajudicial*) e a existência de justo motivo (*com x sem justa causa*).

Adotado o primeiro deles, tem-se:

I. pelo empregado: pedido de demissão ou prática de falta ensejadora da dispensa por justa causa,

II. pelo empregador: despedida imotivada ou justa causa patronal (esta também conhecida como *“rescisão”* indireta);

III. pelo empregado e pelo empregador: culpa recíproca e
IV. por terceiro da relação contratual: motivo de força maior
ou *factum principis*.

Sobre o tema, importante recordar serem os valores em espécie assegurados aos sujeitos em caso de ruptura do contrato em volume inversamente proporcional a sua responsabilidade pela ocorrência do evento.

Em caso de despedida sem justa causa, considerando a ausência de regulamentação da garantia no emprego anunciada no art. 7º, inciso I, da Constituição e a excepcionalidade com que se reveste a estabilidade no ordenamento brasileiro, deve o patrão arcar com o pagamento de saldo de salários, férias com 1/3, vencidas e proporcionais, 13º salário e aviso-prévio, este proporcional ao tempo de serviço, conforme critérios estabelecidos na Lei nº 12.506/11, com o depósito junto à conta vinculada do trabalhador do acréscimo de 40% sobre o FGTS do pacto, bem como com o fornecimento das guias para habilitação no Programa do Seguro-Desemprego.

Contudo, se o empregado puser fim ao liame sem justo motivo, pedindo demissão, seu direito se limita ao recebimento do saldo de salário, férias com 1/3, vencidas e proporcionais, e 13º salário.

Em ambas as hipóteses, basta a comunicação pelo interessado à parte contrária, informando a intenção de findar o contrato, extrajudicialmente, para que o ato gere efeitos imediatos no mundo jurídico.

No entanto, a questão afeta de modo preocupante o patrimônio do trabalhador, de modo desproporcional, quando versa sobre a justa causa patronal, assim considerada a *“situação fática criada pelo empregador ou seus prepostos, que tona impossível, desrespeitoso ou prejudicial ao empregado a execução do contrato de trabalho”*, para SÜSSEKIND (2004, p. 344).

Isso ocorre, na medida em que o sujeito hipossuficiente da relação se vê obrigado a escolher entre “a cruz e a espada”, devendo optar por (I) *seguir cumprindo suas obrigações profissionais junto a um patrão inadimplente, que não lhe oferece condições dignas de trabalho, e arcar com os prejuízos material e imaterial daí decorrentes*, (II) *pedir demissão e abrir mão do posto de trabalho, lançando-se ao desemprego e renunciando ao aviso-prévio, ao FGTS com acréscimo de 40% e ao Seguro-Desemprego ou, por fim*, (III) *acionar o Judiciário, com o contrato ainda em curso, postular sua ruptura e o pagamento apenas dos haveres que lhe seriam devidos em caso de dispensa imotivada*, correndo os riscos inerentes a qualquer demanda judicial, como o tempo de espera e os custos pecuniários e psíquicos.

Aventada a opção pela propositura de ação trabalhista e admitido o êxito em tal iniciativa, ainda assim, remanescem alguns aspectos pouco tratados pela doutrina e pela jurisprudência, mas cuja gravidade e descompasso com o estágio de desenvolvimento dos Direitos Fundamentais exigem uma análise mais apurada e crítica.

3. Ruptura do contrato por culpa patronal. Normas jurídicas. Indenização suplementar.

Não bastasse a complexidade com que se reveste a matéria envolvendo a extinção do liame de emprego por culpa patronal, há dissenso, inclusive, entre as terminologias utilizadas pela lei e pela doutrina.

De acordo com o art. 483 da CLT, “o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização” nas situações descritas nas alíneas que compõem o dispositivo.

SÜSSEKIND (2004, p. 344) adota a expressão “despedida indireta”, enquanto CATHARINO (1972, p. 782) prefere “demissão justa” (1972, p. 782) e CAMINO (2004, p. 510), “resolução judicial por justa causa do empregador”.

De todos os termos utilizados, aquele que não primou pela melhor técnica foi justamente o eleito pelo Legislador, na medida em que “rescisão” significa a anulação judicial de um contrato, em decorrência de vício ou de defeito, “quando destes resultem lesão a uma das partes contratantes ou de terceiro”, segundo CAMINO (2004, p. 461), para quem resolução representa a extinção do liame pelo implemento de condição ou termo resolutivos, em contratos a prazo determinado ou, ainda, de ato judicial que promove o fim de contrato de trabalhador estável, quando configurada a prática de falta grave, ou de empregado não estável, quando reconhecida a justa causa patronal.

A primeira crítica a ser formulada ao modelo adotado no país, no particular, recai sobre a quebra da isonomia entre os contratantes, ferindo uma ideia mínima de sinalagma contratual.

Enquanto o empregador pode, de imediato e extrajudicialmente, por fim à relação quando considerar praticada pelo empregado uma justa causa, pagando apenas as verbas legalmente asseguradas para esta modalidade, em situação oposita, necessita o trabalhador buscar a tutela do Poder Judiciário, alcançando os efeitos materiais pretendidos apenas após o desfecho do processo, cuja duração raramente se mostra razoável, poucas vezes recebendo algum valor antes do trânsito em julgado.

A segunda observação diz respeito à falta de sancionamento específico do empregador pelas condutas faltosas ensejadoras da extinção contratual, havendo apenas a obrigação de arcar com custos idênticos aos de uma despedida sem justa causa, tendo como estímulos um prazo maior para o pagamento e a redução dos riscos de ter que assumir o pagamento de multas decorrentes da mora, tais como as estabelecidas nos arts. 467 e 477, §8º, da CLT, pela aparente instauração de controvérsia sobre a dívida.

Ora, se cabe ao empreendedor da atividade econômica a assunção de todos os seus riscos (CLT, art. 2º), não há como deixar de considerar o inadimplemento de qualquer obrigação decorrente do contrato como espécie de ato ilícito (Código Civil, art. 186 e 187), culposo (*negligência, imprudência ou imperícia*) ou doloso (*coação do trabalhador a pedir demissão, assédio moral ou sexual e etc.*), causador de evidente dano e merecedor de reparação.

A terceira pontuação se deve ao fato de ser atribuído ao empregado o risco de ver suas pretensões rejeitadas, ainda que confirmada a falta do empregador, em situações em que estas sejam consideradas de menor lesividade, a exemplo de insuficiência de depósitos do FGTS à conta vinculada, principalmente quando “confessa a dívida” junto ao órgão gestor do numerário e financiada a dívida, mesmo sem qualquer ciência ou participação do titular do numerário, frustrando o direito do trabalhador à percepção de diversas parcelas, inclusive o acesso ao Seguro-Desemprego.

A quarta ponderação se refere ao fato de necessariamente o trabalhador receber menos em Juízo do que o devido caso a obrigação fosse cumprida espontaneamente, já que deverá assumir ônus cujo ressarcimento não encontra previsão na CLT, como honorários advocatícios, e, ainda assim, podendo se sujeitar a um parcelamento em até 06 vezes do crédito, ante o teor do art. 745-A do CPC, que vem sendo aplicado ao processo do trabalho por diversos Tribunais Regionais do Trabalho do país.¹

A quinta crítica recai sobre o desatendimento da função social dos contratos e da propriedade, assim como da boa-fé objetiva, consagrados nos arts. 113, 422 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil, em prejuízo de toda a sociedade.

Ao descumprir de modo reiterado e contumaz a legislação trabalhista, o empreendedor da atividade econômica acaba obtendo ganhos indevidos, lesando a coletividade de trabalhadores, o Erário e até mesmo seus concorrentes, incorrendo na conduta tipificada na Lei nº 8.884/94, dando margem à prática conhecida por *dumping social*.²

Diante deste cenário, premente a adoção de uma nova postura pelos Operadores do Direito, na medida em que “a atividade de interpretação e realização dos direitos sociais implica, necessariamente, alto grau de criatividade”, conforme CAPPELLETTI (1993, p. 67).

Para tanto, possível a imediata adoção de uma hermenêutica “responsável”, vinculada aos fins da Constituição e à efetivação dos Direitos Fundamentais, assim definida por GOLDSCHMIDT (2009, p. 173):

¹ Neste sentido, os seguintes precedentes:

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. PARCELAMENTO DO DÉBITO. ART. 745-A, DO CPC. A possibilidade de parcelamento judicial mediante requerimento do executado, na forma prevista no art. 745-A, do CPC, independe da concordância do exequente, importando ato discricionário do juiz da execução, a quem a lei assegura o poder de livre direção do processo. Não há, ademais, incompatibilidade do mecanismo, cujo objetivo foi proporcionar ao executado meios de adimplir o seu débito sem inviabilizar sua subsistência, que impeça sua aplicação no processo do trabalho. Agravo de Petição desprovido. (TRT da 2ª Região, 3ª Turma, Processo nº 0182502-09.2004.5.02.0058-AP, Relatora Juíza Thereza Christina Nahas, Publicado em 04.8.2011)

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. PARCELAMENTO DO DÉBITO. O parcelamento do débito previsto no art. 745-A do CPC é compatível com o processo do trabalho e pode ser determinado pelo juiz da execução, independentemente da concordância do credor, nas situações em que agiliza o andamento da execução. (TRT da 12ª Região, 3ª Câmara, Processo nº 0001172-46.2011.5.12.002-AP, Relatora Desembargadora Federal Lourdes Dreyer, Publicado em 13.10.2011)

² A este respeito, o enunciado nº 04, aprovado na I Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovida pela ANAMATRA na sede do TST, entre os dias 21 e 23 de novembro de 2007: *DUMPING SOCIAL. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido ‘dumping social’, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, ‘d’, e 832, §1º, da CLT.* Disponível em www.anamatra.org.br. Acesso em 09.3.2012.

“E para cumprir tal missão constitucional, não basta apenas alterar as normas processuais para criar um instrumento mais claro, rápido e efetivo; é necessário também exercer o que aqui se denomina ‘hermenêutica responsável’. Trata-se da interpretação do Direito adequada aos reais anseios e desejos sociais. Constitui-se numa interpretação transformadora do Direito, o que o liberta dos seus rigorismos conceituais.

Em última análise, a hermenêutica responsável é aquela que pretende aproximar a Constituição Formal da Constituição Real, ou seja, que instrumentalize a Constituição formal para atingir as reais necessidades do povo.”

Reconhecer a ineficiência dos haveres atribuídos ao empregado por lei em caso de ruptura do contrato por “rescisão” indireta é o primeiro passo na busca de uma recomposição do equilíbrio das coisas, dando margem à possibilidade de serem acrescentadas outras parcelas.

O art. 8º da CLT possibilita ao Juiz recorrer ao Direito Comum como fonte subsidiária do Direito do Trabalho na falta de disposições legais específicas deste, atentando a sua função social e lhe impondo decidir *“sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”*.

No alcance da reparação integral dos prejuízos experimentados pelo trabalhador, ou, como mencionado no art. 483, *caput*, da CLT, da “devida indenização”, aplicável o art. 404, parágrafo único, do Código Civil, que prevê a possibilidade de ser o devedor condenado ao pagamento de indenização suplementar em caso de insuficiência da prevista em lei para cobrir os danos causados pela ruptura contratual em si.

Sobre o tema, defende MAIOR (2011, p. 504):

“Assim, a ‘justa causa do empregador’ confere ao empregado o direito ao recebimento de uma indenização específica pelo dano gerado, representado pelo constrangimento do empregado de ter sido forçado a declarar cessada a relação de emprego e ter sido conduzido obrigatoriamente à via judicial para adquirir os direitos rescisórios essenciais à sua sobrevivência.”

A este respeito, pertinentes os exemplos oriundos do Direito do Trabalho de outros países da América Latina, como Equador e Chile.

O *Código del Trabajo* equatoriano (arts. 173, 187-8 e 191) assegura aos trabalhadores que tiverem os contratos de trabalho extintos por culpa patronal o direito ao recebimento de uma indenização semelhante à da despedida imotivada, inclusive as bonificações, acrescentada da reparação devida aos dirigentes sindicais, quando dispensados, correspondente a um ano de salários.³

³ Art. 173.- Causas para que el trabajador pueda dar por terminado el contrato.- El trabajador podrá dar por terminado el contrato de trabajo, y previo visto bueno, en los casos siguientes:

Já o Código del Trabajo chileno (arts. 160, 163 e 171) equipara os efeitos pecuniários da despedida sem justa causa aos gerados pela ruptura contratual por falta do empregador, elevando a indenização devida ao trabalhador em 50% se decorrente de descumprimento grave de obrigações contratuais e em até 80% quando causada por ato de improbidade patronal, assédio sexual, ofensa física ou verbal, conduta imoral que atinja o trabalhador, ação ou omissão atentatórias à segurança dos trabalhadores e da empresa, assim como ao funcionamento desta.⁴

1. Por injurias graves inferidas por el empleador, sus familiares o representantes al trabajador, su cónyuge, ascendientes o descendientes;

2. Por disminución o por falta de pago o de puntualidad en el abono de la remuneración pactada; y,
3. Por exigir el empleador que el trabajador ejecute una labor distinta de la convenida, salvo en los casos de urgencia previstos en el artículo 52.

Art. 187.- Garantías para dirigentes sindicales.- El empleador no puede despedir intempestivamente ni desahuciar al trabajador miembro de la directiva de la organización de trabajadores. Si lo hiciera, le indemnizará con una cantidad equivalente a la remuneración de un año, sin perjuicio de que siga perteneciendo a la directiva hasta la finalización del período para el cual fue elegido.

(...)

Art. 188.- Indemnización por despido intempestivo.- El empleador que despidiere intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala:

Hasta tres años de servicio, con el valor correspondiente a tres meses de remuneración; y,
De más de tres años, con el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, sin que en ningún caso ese valor exceda de veinte y cinco meses de remuneración.

La fracción de un año se considerará como año completo.

El cálculo de estas indemnizaciones se hará en base a la remuneración que hubiere estado percibiendo el trabajador al momento del despido, sin perjuicio de pagar las bonificaciones a las que se alude en el caso del artículo 185, de este Código.

Si el trabajo fuere a destajo, se fijará la remuneración mensual a base del promedio percibido por el trabajador en el año anterior al despido, o durante el tiempo que haya servido si no llegare a un año.

En el caso del trabajador que hubiere cumplido veinte años, y menos de veinte y cinco años de trabajo, continuada o interrumpidamente, adicionalmente tendrá derecho a la parte proporcional de la jubilación patronal, de acuerdo con las normas de este Código.

Las indemnizaciones por despido, previstas en este artículo, podrán ser mejoradas por mutuo acuerdo entre las partes, mas no por los Tribunales de Conciliación y Arbitraje.

Art. 191.- Indemnizaciones y bonificaciones al trabajador.- Tendrá derecho a las indemnizaciones fijadas en los artículos 187 y 188 y a las bonificaciones establecidas en este capítulo, el trabajador que se separe a consecuencia de una de las causas determinadas en el artículo 173.

Texto completo do Código del Trabajo do Equador disponível em <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/47812/68395/S97ECU01.htm>. Acesso em 27.3.2012.

⁴ Art. 160. El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:

1. Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan:

a) Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones;

b) Conductas de acoso sexual;

c) Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa;

d) Injurias proferidas por el trabajador al empleador, y

e) Conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña.

2. Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.

3. No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; asimismo, la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra.

4. Abandono del trabajo por parte del trabajador, entendiéndose por tal:

a) la salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente, y

b) la negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato.

5. Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos.

6. El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.

7. Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

Art. 163. Si el contrato hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término en conformidad al artículo 161, deberá pagar al trabajador, al momento de la terminación, la indemnización por años de servicio que las partes hayan convenido individual o colectivamente, siempre que ésta fuere de un monto superior a la establecida en el inciso siguiente. A falta de esta estipulación, entendiéndose además por tal la que no cumpla con el requisito señalado en el inciso precedente, el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente a dicho empleador. Esta indemnización tendrá un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración.

La indemnización a que se refiere este artículo será compatible con la sustitutiva del aviso previo que corresponda al trabajador, según lo establecido en el inciso segundo del artículo 161 y en el inciso cuarto del artículo 162 de este Código.

Lo dispuesto en los incisos anteriores no se aplicará en el caso de terminación del contrato de los trabajadores de casa particular, respecto de los cuales regirán las siguientes normas:

a) Tendrán derecho, cualquiera que sea la causa que origine la terminación del contrato, a una indemnización a todo evento que se financiará con un aporte del empleador, equivalente al 4,11% de la remuneración mensual imponible, la que se regirá, en cuanto corresponda, por las disposiciones de los artículos 165 y 166 de este Código, y

b) La obligación de efectuar el aporte tendrá una duración de once años en relación con cada trabajador, plazo que se contará desde el 1º de enero de 1991, o desde la fecha de inicio de la relación laboral, si ésta fuere posterior. El monto de la indemnización quedará determinado por los aportes correspondientes al período respectivo, más la rentabilidad que se haya obtenido de ellos.

Art. 171. Si quien incurriere en las causales de los números 1, 5 o 7 del artículo 160 fuere el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al juzgado respectivo, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la terminación, para que éste ordene el pago de las indemnizaciones establecidas en el inciso cuarto del artículo 162, y en los incisos primero o segundo del artículo 163, según corresponda, aumentada en un cincuenta por ciento en el caso de la causal del número 7; en el caso de las causales de los números 1 y 5, la indemnización podrá ser aumentada hasta en un ochenta por ciento. Tratándose de la aplicación de las causales de las letras a) y b) del número 1 del artículo 160, el trabajador afectado podrá reclamar del empleador, simultáneamente con el ejercicio de la acción que concede el inciso anterior, las otras indemnizaciones a que tenga derecho. Cuando el empleador no hubiera observado el procedimiento establecido en el Título IV del LIBRO II, responderá en conformidad a los incisos primero y segundo precedentes. El trabajador deberá dar los avisos a que se refiere el artículo 162 en la forma y oportunidad allí señalados. Si el Tribunal rechazare el reclamo del trabajador, se entenderá que el contrato ha terminado por renuncia de éste. Si el trabajador hubiese invocado la causal de la letra b) del número 1 del artículo 160, falsamente o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada y el tribunal hubiese declarado su demanda carente de motivo plausible, estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause al afectado. En el evento que la

O exemplo da importância do caráter punitivo-pedagógico na legislação trabalhista do Chile alcança as situações em que não comprovada judicialmente a justa causa atribuída ao empregado, podendo a indenização paga pelo patrão ser elevada de 30% a 100% (art. 168 do mesmo código).⁵

Na definição do *quantum* reparatório ora proposto devem ser sopesados a extensão do dano, segundo o disposto no art. 944 do Código Civil, o grau de reprovação da conduta patronal, a intencionalidade, a reiteração, a duração do contrato, a necessidade do trabalhador de arcar com honorários advocatícios⁶ e o tempo de duração do processo.

Prudente, ainda, de ofício pelo Magistrado, a ciência imediata do Ministério Público do Trabalho para acompanhamento da instrução probatória, diante da elevada probabilidade dos fatos sobre os quais se pautam litígios envolvendo justa causa patronal atingirem interesses coletivos e difusos, sem prejuízo de comunicação à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego para a adoção de medidas pertinentes em sede administrativa.

causal haya sido invocada maliciosamente, además de la indemnización de los perjuicios, quedará sujeto a las otras acciones legales que procedan.

Teor integral do Código del Trabajo do Chile disponível em <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-95516.html>. Acesso em 27.3.2012.

⁵ Art. 168. *El trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161, y que considere que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se haya invocado ninguna causal legal, podrá recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la separación, a fin de que éste así lo declare. En este caso, el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la de los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, aumentada esta última de acuerdo a las siguientes reglas:*

- a) En un treinta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación improcedente del artículo 161;*
- b) En un cincuenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación injustificada de las causales del artículo 159 o no se hubiere invocado ninguna causa legal para dicho término;*
- c) En un ochenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación indebida de las causales del artículo 160.*

Si el empleador hubiese invocado las causales señaladas en los números 1, 5 y 6 del artículo 160 y el despido fuere además declarado carente de motivo plausible por el tribunal, la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, se incrementará en un cien por ciento.

En el caso de las denuncias de acoso sexual, el empleador que haya cumplido con su obligación en los términos que señalan el artículo 153, inciso segundo, y el Título IV del LIBRO II, no estará afecto al recargo de la indemnización a que hubiere lugar, en caso de que el despido sea declarado injusto, indebido o improcedente.

(...).

Texto também disponível em <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-95516.html>. Acesso em 27.3.2012.

⁶ Algumas decisões judiciais já reconhecem o direito dos demandantes à indenização por danos materiais em valor correspondente ao despendido na contratação de advogado particular para patrocínio da causa, tais como os acórdãos oriundos do TRT da 3ª Região, Turma Recursal de Juiz de Fora, nos autos do processo nº 01385-2008-035-03-00-5-RO, tendo por relator o Desembargador Federal do Trabalho Marcelo Lamego Pertence, publicado em 21.7.2010 e TRT da 15ª Região, nos autos do processo nº 0000819-07.2010-5.15.0110-RO, procedimento sumaríssimo, sendo relator o Desembargador Federal do Trabalho Dagoberto Nishina de Azevedo, publicado em 09.3.2012.

Assim, quando acionado o Judiciário na busca da declaração da ocorrência da justa causa patronal e da condenação ao pagamento das verbas daí derivadas, poderá o ex-empregador ser instado pelo Juiz, independente de pedido neste sentido, no próprio ato citatório, a se manifestar em 05 dias sobre as pretensões formuladas, demonstrando robustamente a inoportunidade da conduta faltosa ou de fato com ela incompatível, trazendo aos autos toda a prova documental em seu poder.

Em seguida, será analisada a verossimilhança das alegações do autor e, caso convencido o Julgador de sua veracidade, determinará o depósito judicial das verbas pretensamente devidas (*aviso-prévio, saldo de salário, 13º salário, férias com 1/3 proporcionais e acréscimo de 40% sobre o FGTS*), bem como a comprovação do recolhimento integral do FGTS relativo a todo o contrato.

Tais montantes poderão ser disponibilizados ao empregado quando constatado seu estado de necessidade, dispensada a caução para levantamento do numerário, antes mesmo da prolação da sentença, diante do caráter alimentar das verbas, do valor social do trabalho, da dignidade da pessoa humana, bem como pela função social dos contratos e do direito à razoável duração do processo e do uso dos meios que garantam a celeridade na tramitação, aplicando-se do disposto nos arts. 1º, incisos III e IV, 5º, inciso LXXVIII, e 170, inciso III, da Constituição, arts. 113, 422 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil, art. 765 da CLT, arts. 273, §§6º e 7º, e 475-O, §2º, inciso I, do CPC e art. 4º da Lei nº 10.259/01.

Feitas tais ponderações, instam-se Advogados, Juízes e Membros do Ministério Público a reexaminar a extinção do contrato de trabalho por culpa do empregador, buscando a construção de um caminho à altura dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da Função Social dos Contratos e da Propriedade, de modo a ser alcançado o reequilíbrio dos “braços da balança”.

4. Conclusões.

A relação de emprego, pela própria dinâmica que lhe é inerente, não raras vezes ostenta aspectos que fogem a uma compreensão razoável do Operador do Direito.

Neste cenário, premente a reavaliação do trato até então dispensado à ruptura contratual por culpa do empregador, a fim de evitar o agravamento do desequilíbrio naturalmente existente entre os contratantes, pela condescendência com práticas que promovam a coação do trabalhador a pedir demissão e lhe onerem injustamente, bem como desatendam a função social dos contratos e da propriedade e a boa-fé objetiva, em prejuízo de aos concorrentes, à coletividade de trabalhadores e ao Erário, podendo causar dumping social.

Possível, e até necessário, em vista de tal quadro, a adoção pela intérprete de uma hermenêutica “responsável”, vinculada aos fins da Constituição e à efetivação dos Direitos Fundamentais.

Assim, relevante se faz o reconhecimento do direito do empregado à percepção de uma indenização suplementar, na forma prevista no art. 404, parágrafo único, do Código Civil, assim como a intervenção do Ministério Público do Trabalho e a ciência da Superintendência Regional do Trabalho e

Emprego, sem prejuízo de outras medidas, inclusive de caráter antecipatório, a fim de tornar possível a busca pelo reequilíbrio dos “braços da balança”.

5. Referências.

* AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, Poder e Opressão*. São Paulo: Editora Alfa-omega, 1980.

* AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1991.

* CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

* CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores ?*. Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

* CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972, vol. II.

* DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. *A dispensa discriminatória e os direitos fundamentais do trabalhador*. In: SILVA, Alessandro. et alii (Coord.). *Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 161-88.

* GALEANO, Eduardo. *Espelhos: uma história quase universal*. Tradução Eric Nepomuceno. 2ª Ed. Porto Alegre: LP&M Editores, 2009.

* GENRO, Tarso Fernando. *Direito individual do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora Ltda., 1994.

* GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas: Ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência*. São Paulo: LTr, 2009.

* HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

* MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Tradução Ana Prata. 3ª Ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

* MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego*. São Paulo: LTr Editora Ltda., 2008, vol. II.

* _____. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr Editora Ltda., 2000.

* SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora Ltda., 2005, vol. I.

* SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

* www.anamatra.org.br. Acesso em 12.3.2012.

* <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-95516.html>
Acesso em 27.3.2012.

* <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/47812/68395/S97ECU01.htm>. Acesso em 27.3.2012.