

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. <http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>. Especificamente sobre trabalho decente: <http://www.ilo.org/global/Themes/Decentwork/lang-es/index.htm>.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Relatório Mundial do Emprego**, A Organização, 1994.

OLEA, Manuel Alonso. **El trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.

POCHMANN, Márcio. “**Políticas do trabalho e de garantia de renda no capitalismo em mudança**”. São Paulo, LTr, 1995.

_____. **O emprego na globalização: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu**. São Paulo: Boitempo, 2000. p. 80.

PRADO, Ney. **Economia informal e o direito no Brasil**. São Paulo: LTr, 1991.

SACHS, Ignacy. **Trabalho decente: Ponte entre o “econômico” e o “social”**. Disponível em: Biblioteca Pública da Organização Internacional do Trabalho, http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/hst_pgemp/downloads/sachs_td_ponte.doc, Acesso em: 14/01/2006.

SEBGEBERGER, Philippe Egger Werner. Problemas y políticas del trabajo decente. **Boletim de la Organización Internacional del Trabajo**, n. 151, 2001.

SUPIOT, Alan. **Crítica Del derecho Del trabalho**. Madrid: Ministério de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.

_____. **Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro de Derecho del trabajo** – Informe para la Comisión Europea. Valencia, 1999. Tirant to blanch.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 13.

VELLOSO, Gabriel e FAVA, Marcos Neves. **Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação**. São Paulo: LTr: Anamatra, 2006.

PROTEÇÃO AO TRABALHADOR E AO SEU DIREITO DE AÇÃO: O FUNDAMENTO DE VALOR NA ESPANHA E (POR QUE NÃO?) NO BRASIL

Augusto César Leite de Carvalho*

RESUMO

Trata de estudo sobre a proteção dos trabalhadores brasileiros e espanhóis em dois momentos não raro angustiantes: o de ajuizamento da ação em meio ao vínculo de emprego e o da dissolução do contrato. O confronto entre os dois sistemas jurídico-trabalhistas permite verificar que o aumento da temporalidade dos contratos na Espanha e a prevalência da autonomia coletiva no direito espanhol não impediram que se mantivesse uma proteção maior contra a extinção daqueles contratos que se preservaram por tempo indeterminado. Sobre o ajuizamento da ação durante a vigência do contrato, os trabalhadores europeus se valem da garantia de indenidade como salvaguarda contra alguma retaliação patronal.

Palavras-chave: Direito do trabalho. Espanha. Garantia de indenidade. Dispensa. Causas objetivas. Disciplina.

1 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONTRA A REPRESÁLIA PATRONAL NA ESPANHA E NO BRASIL

O propósito deste escrito é cotejar os sistemas de proteção aos trabalhadores espanhóis e brasileiros em dois momentos normalmente aflitivos do vínculo de emprego: a) a insurgência, antes da cessação do contrato e em razão de algum ilícito trabalhista cometido pelo empregador, perante a Justiça do Trabalho; b) a hora fatídica da dissolução do contrato.

Preterindo-se a ordem cronológica, inicia-se com a abordagem sobre temas correlacionados à proteção do trabalho contra a despedida não justificada, pois se trata de conteúdo familiar aos estudiosos do direito do trabalho no Brasil, para somente ao final referir a proteção ao direito de ação – inédito, em rigor, na jurisprudência brasileira.

* O autor é juiz do trabalho, integrando o TRT da 20ª Região, com sede em Aracaju-SE. É mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará e mestre e doutorando em Direito das Relações Sociais pela Universidade de Castilla la Mancha. Professor Assistente da Universidade Federal de Sergipe. Autor, pela Editora Forense, do livro *Direito Individual do Trabalho*, ed. 2007.

1.1 Temporalidade, proteção contra a despedida arbitrária e indenidade

Um problema que aflige os espanhóis é o nível de temporalidade (quantidade de contratos por tempo determinado) em suas relações de trabalho, que figura entre os mais elevados de toda a Europa¹. Além de outras consequências igualmente ruins, supõe-se que os empregados estariam mais protegidos se todos os contratos fossem de duração indefinida. No Brasil, as críticas são mais dirigidas contra o direito potestativo que os empresários dizem possuir, com base em doutrina tradicional, de despedir os empregados, desde que paguem uma indenização tarifada em lei.

O tema da despedida não justificada é fecundo, mas não pode ser explorado como se fora uma ilha. Se a intenção é investigar o grau do trabalhador ante a ameaça, sempre latente, de ser despedido, interessa ver, em cada um dos sistemas estudados (brasileiro e espanhol), quais os contratos de trabalho que não podem ser dissolvidos sem razões econômicas ou disciplinares e, nesses casos, quais são as verdadeiras e efetivas regras de proteção contra a despedida imotivada.

Em verdade, as questões aqui ventiladas (a temporalidade dos contratos e a proteção contra a despedida injustificada) são conexas e dizem respeito ao princípio ideal de estabilidade, que não pode “ser unicamente contemplado desde o âmbito da despedida, mas também com base na temporalidade, limites esses que vêm assim a constituir-se em um outro pilar fundamental em que repousa a idéia de estabilidade; noção incompreensível se não abriga em seu seio esses dois pilares básicos: a limitação da autonomia da vontade à hora de decidir a duração dos contratos e os limites à faculdade empresarial de pôr fim ao contrato”. (PÉREZ REY, 2004, p. 34).

Portanto, parece importante comparar os esquemas de contratação nos dois países, distinguindo em cada um deles as modalidades do contrato de trabalho, sobretudo os contratos por tempo determinado, vale dizer, aqueles cuja duração não se deixa influenciar pelo princípio da continuidade (ou da estabilidade), segundo o qual o tempo indefinido da atividade econômica deve corresponder ao tempo também indefinido dos contratos de trabalho.

Em seguida, tratar-se-á de esclarecer a proteção assegurada aos trabalhadores espanhóis e brasileiros contratados por tempo indeterminado, daí se deduzindo se o sistema espanhol é mais garantista e em que medida isso pode contribuir para a emancipação do trabalhador.

¹ Pérez Rey observa que, segundo dados compilados pelo CES (Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2002, CES, Madrid, 2003, pp. 277 ss.), a taxa de temporalidade na Espanha esteve, durante o ano 2002, em 31%. Enquanto a Comunidade Européia era formada por quinze Estados-membros, a taxa média entre estes era de 13,4% durante o ano 2000 (neste período, o percentual espanhol foi de 32,1%). PÉREZ REY, Joaquín. Estabilidad en el Empleo. Madrid: Trotta, 2004, p. 19.

Ao fim, um tema enlaçado: a *garantía de indemnidad*, ou seja, a imunização que previne o trabalhador europeu contra a represaria empresarial a partir de quando ele ajuíza uma ação judicial em face de seu empregador. Está implícito que um empregado não pode, durante o vínculo com o seu patrão, ser castigado por haver exercido o direito de obter tutela jurisdicional, sendo interessante notar como o sistema espanhol, em particular, salvaguarda a validade do direito de ação.

1.1.1 Os contratos a termo na Espanha e no Brasil

É truísmo afirmar que o direito do trabalho esteve, em sua origem, inspirado no princípio da continuidade, ao menos quando se defende “uma correlação direta que se estabelecia entre as tarefas permanentes y normais levadas a cabo por uma empresa e a contratação por tempo indeterminado” (BAYLOS, 2004. p. 13).

Tratemos inicialmente da historia da temporalidade na Espanha. Pois bem, antes de a estabilidade ser regida por norma legal, o art. 27 da LCT² deixava ao sabor da autonomia individual a delimitação do tempo do contrato. Em verdade, esses limites eram fruto unicamente de construção jurisprudencial e da normativa setorial (PÉREZ REY, 2004, p. 61).

Desde a edição da Lei de Relações Laborais (Ley 16/1976) até 1984, a legislação laboral espanhola esteve claramente fundada na idéia de que labores permanentes requerem contratação por tempo indeterminado, prevalecendo então o tipo contratual hoje denominado “contrato comum”, assim definido por Vida Soria; Monereo Pérez; Molina Navarrete (2004, p. 396), “Se trata de um contrato de duração indefinida, com jornada completa e normalmente destinado a regular a carreira profissional de um trabalhador, que não mudará, praticamente, de empresa, de profissão, nem de atividade”.

Outras causas contribuíram para a primazia dos contratos sem prazo. A essa já referida correspondência entre atividade permanente e contratação por tempo indefinido, somaram-se, segundo Pérez Rey (2004, p. 49) dois outros fatores econômicos e um mais, tipicamente espanhol y de caráter político:

- ➔ no modelo (fordista/taylorista) de produção estandardizada e em massa, fortemente hierarquizado e de decomposição de tarefas laborais, admitem-se altas doses de sujeição ao poder patronal em troca da garantia de emprego;

² Ley de Contrato de Trabajo, de 26 de janeiro de 1944.

- ➔ nos países mais prósperos, as impressionantes cifras de emprego nos anos cinquenta e sessenta determinaram que a estabilidade não obedecesse tão-somente a razões estruturais da organização empresarial, senão que também a fatores conjunturais, a exemplo da falta de mão-de-obra;
- ➔ na Espanha, a estabilidade no emprego foi fruto de uma logística jurídica em especial, a franquista, que pretendia outorgar no terreno individual uma compensação para a perseguição das liberdades coletivas.

Deixando de lado as relações laborais especiais, os contratos por tempo determinado que tinham validade na Espanha eram os denominados “contratos temporais estruturais”, vale dizer, os contratos a termo que o eram por razões inerente à empresa (necessidades produtivas e de organização): obra ou serviço determinado, contratação de trabalhadores eventuais por circunstâncias da produção e contratos de interinidade (para substituição ou por vaga transitória)(VIDA SORIA; MONEREO PÉREZ; MOLINA NAVARRETE, 2004, p. 395)³. Essa restrição permitia que se mantivesse forte o caráter casual da contratação por tempo determinado⁴, que em rigor derivava do princípio da continuidade, sendo dele uma compreensível relativização: os contratos são estáveis porque também o é a atividade econômica do empresário, sendo extraordinariamente por tempo determinado nos casos de atividade transitória ou serviço de tempo definido.

O Estatuto dos Trabalhadores de 1980 continuou afirmando a regra geral da continuidade (que os espanhóis preferem chamar de princípio da estabilidade), não obstante o Real Decreto Lei (RDL) 18/1976 houvesse inaugurado, incipientemente, uma política que já tratava a contratação a termo como um mecanismo - de impulso ao emprego - alheio a considerações sobre a atividade empresarial a cobrir. (PÉREZ REY, 2004, p. 62).

Sob a influência da Lei 32/1984, que modificou o Estatuto dos Trabalhadores para dar um marco normativo mais preciso à temporalidade dos contratos, houve um visível incremento do emprego temporário⁵ (a partir de 1984). Como recorda Pérez Rey (2004, p. 64), o legislador dizia tratar-se de uma medida excepcional (a reforma do *Estatuto de los Trabajadores*) justificada enquanto subsistissem as circunstâncias daquele momento (em particular, as elevadas taxas de

³ Em igual sentido: Albiol Montesinos, Camps Ruiz, López Gandía e Sala Franco, *Compendio de Derecho del Trabajo*, p. 183.

⁴ O caráter causal atende ao princípio de correspondência objetiva.

⁵ “Emprego temporário” não tem, no texto, o significado técnico (importante no Brasil) de trabalho regido pela Lei 6.019/74, mas sim o de emprego constituído mediante contrato a prazo.

desemprego). O Real Decreto 1989/1984 era a norma chave, pois proclamava a necessidade de flexibilizar ainda mais as regras de contratação temporal.

A reforma de 1994 freou, finalmente, esse culto à temporalidade dos contratos, inaugurando um sistema em que o contrato temporal de fomento ao emprego não se apresentava mais como contrato ordinário, mas sim um contrato específico e reduzido a determinadas coletividades, quais sejam: trabalhadores beneficiários das prestações por desemprego, trabalhadores de idade madura (maiores de 45 anos) e trabalhadores deficientes ou com necessidades especiais. Revoga-se o Real Decreto 1989/1984, mas ainda se permite a prorrogação dos contratos de fomento próximos de seu termo final, além de se manter a autorização ao Governo para recorrer a novas políticas de fomento ao trabalho temporal nos termos introduzidos em 1984. (PÉREZ REY, 2004, p. 66).

O instrumento normativo que, verdadeiramente, fez cessar a política de fomento do emprego temporário foi o Acordo Interprofissional⁶ de 1997. Através da Lei 63/1997, revogou-se a terceira disposição adicional do Estatuto dos Trabalhadores, que propugnava o estabelecimento de programas de fomento destinado apenas a beneficiários de prestações de desemprego (equivalentes ao nosso seguro-desemprego) e se deu nova redação ao art. 17.3 do Estatuto dos Trabalhadores para assegurar-se que as medidas de colocação dos trabalhadores demandantes de emprego “se orientarão prioritariamente a fomentar o emprego estável [...] e a conversão de contratos temporários em contratos por tempo indefinido”.

Atualmente, os contratos a termo (não constitutivos de relações especiais) que sobrevivem na Espanha são aqueles de natureza estrutural (art. 15 do ET: obra o serviço determinado, trabalhadores eventuais e trabalhadores interinos) e os contratos de fomento do emprego para trabalhadores com necessidades especiais (Leis 42/1994 e 50/1998), apenas para eles. Além desses pressupostos de temporalidade assim

⁶ Na Espanha, as organizações sindicais e associações patronais (não há sindicatos de empregadores) mais representativos podem estabelecer, mediante acordos interprofissionais (e também por acordos coletivos), regras vinculantes sobre a estrutura da negociação coletiva e sobre conflitos entre convenções coletivas distintas, podendo igualmente elaborar acordos sobre matérias concretas, com a mesma força normativa (art. 83.2 e art. 83.3 do ET).

previstos no art. 15 do ET, podemos ainda mencionar os contratos formativos (art. 11), ao menos para que seja possível comparar com as regras afins do direito do trabalho brasileiro⁷.

No Brasil, os contratos a prazo também não estavam limitados a uma causa específica até 1967, pois um parágrafo do art. 443 da CLT prescrevia somente o seguinte: “Considera-se como de prazo determinado o contrato do trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento susceptível de previsão aproximada”. Em rigor, o dispositivo apenas informava as fórmulas de temporalidade: poder-se-ia fixar uma data ou termo resolutório (*certus an, certus quando*) ou, em uma segunda fórmula, era possível fazer a remissão a um acontecimento certo mas de data desconhecida (*certus an, incertus quando*).

O Decreto-lei 229, de 28 de fevereiro de 1967, acresceu um parágrafo mais ao art. 443 para estabelecer limites para a contratação temporária, ou seja, instituiu três possíveis causas para a temporalidade: serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação de prazo (a), atividades empresariais de caráter transitório (b) e contratos de prova ou de experiência (c). Adiante e por influência retardatária do ordenamento espanhol, a Lei 9.601/98 permitiu que as convenções coletivas pudessem autorizar a contratação por tempo determinado sem causa específica (d), a pretexto de assim se fomentar a criação de novos empregos.

Não obstante as aparentes semelhanças com a legislação espanhola, há diferenças notáveis entre os conteúdos legais. A inclusão entre os contratos a prazo dos contratos de experiência, pela CLT do Brasil, é a primeira delas: não se justifica sua caracterização como um contrato com termo final prefixado (com um máximo de noventa dias) se, em verdade, trata-se de um contrato sujeito a condição resolutória⁸,

⁷ No Brasil, os estudantes podem atuar como “estagiários”, sem vínculo de emprego (Lei 6494/77), conforme expusemos com maior profundidade em *Direito Individual do Trabalho*, p. 136. Na Espanha, os contratos formativos são constitutivos de emprego e podem apresentar-se como contrato en prácticas (art. 11.1 ET: aquele em virtude do qual um trabalhador com titulação académica recente se obriga, em troca de retribuição, a prestar serviços adequados ao nível de estudos cursados que lhe facilitem, ao mesmo tempo, a prática de seus conhecimentos) e contrato para la formación (art. 11.2 ET: aquele por meio do qual um empresário e um trabalhador se obrigam, respectivamente, a proporcionar e receber a formação teórica e prática necessária para o desempenho adequado de um ofício ou um posto de trabalho qualificado). Cf. Martín Valverde, Rodríguez-Sanudo Gutiérrez e García Murcia, *Derecho del Trabajo*, p. 512.

⁸ Notam Martín Valverde, Rodríguez-Sanudo Gutiérrez e García Murcia, *op. cit.*, p. 499, que “às vezes as condições resolutórias estão previstas em lei. Era o que sucedia antes com o contrato de interinidade por substituição ou o que segue sucedendo com o período de prova”. Vida Soria; Monereo Pérez e Molina Navarrete, *op. cit.*, p. 626, observam que se o contrato estabelece uma condição resolutória, a resolução não é automática, senão que exigirá uma denúncia prévia da parte interessada. Sobre o tema, ver *Direito Individual do Trabalho*, de nossa lavra, Editora Forense, pp. 392, 395.

qual seja, a virtual carência no outro sujeito da relação laboral das condições exigidas para a consolidação definitiva da relação. Se a percepção de que a experiência não foi bem sucedida se dá antes do termo fixado, o empregado, ou o empresário insatisfeito deverá esperar o advento de citado termo final ou, se insistir na ruptura antecipada do contrato, pagará uma indenização por resilição *ante tempus* (arts. 479 e 480 da CLT).

Diferente do que sucede no Brasil, o art. 14.2 do Estatuto dos Trabalhadores espanhol assinala que, durante o período de prova, a resolução do vínculo laboral “poderá produzir-se à instância de qualquer das partes”. Conforme Martín Valverde; Rodríguez-Sanudo Gutiérrez e García Murcia (2004, p. 488), isso significa “que um e outro sujeitos podem desistir da relação sem mais além de comunicar sua decisão ao outro”.

Quanto aos outros casos de contrato a termo previstos na CLT (serviço e atividade econômica transitórios), o art. 15 do Estatuto dos Trabalhadores exige, na Espanha, que “se contrate o trabalhador para a realização de uma obra ou serviço determinados, com autonomia e conteúdo próprios dentro da atividade da empresa e cuja execução, ainda que limitada no tempo, seja em princípio de duração incerta”. A norma é a mesma no Brasil e na Espanha, mas a norma estatutária espanhola é mais explicativa que a brasileira.

Na Espanha, como já visto, o ET enumera ainda a contratação de trabalhadores eventuais e interinos como outras espécies de contrato de emprego por tempo determinado. Sobre os trabalhadores eventuais, pensamos que a palavra eventual possui sentido distinto para os juristas brasileiros, dado que significa o labor que não depende de causa certa ou prevista. Os trabalhadores eventuais não são empregados.

A matéria é regulada, porém, pelas normas brasileiras de direito laboral. A Lei 6.019/74 regula, no Brasil e unindo os conteúdos das alíneas *b* (trabalho eventual) e *c* (trabalho interino) do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, a contratação extraordinária de trabalhadores para os serviços normalmente executados pelos empregados fixos. Em seu primeiro artigo, a citada lei define trabalho temporário como aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender a necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular y permanente ou a aumento extraordinário de serviços.

A Lei 6.019/74 trata de hipótese em que a lei brasileira, em caráter excepcional, admite a intermediação de mão-de-obra, permitindo que o empresário substitua seu empregado por trabalhador recrutado através de empresa de trabalho temporário devidamente registrada no Departamento Nacional de Mão-de-Obra do

Ministério do Trabalho⁹. Não há, nas leis brasileiras e de modo expresso, a faculdade de um empregador contratar, mediante contrato a termo e diretamente, os substitutos interinos de seus empregados.¹⁰

Por outro lado, as empresas de trabalho temporário também podem atuar na Espanha desde 1994 e até de forma mais ampla. A Lei 14/1994 permite que se celebrem contratos intermediados por elas “nos mesmos casos e sob as mesmas condições e requisitos em que a empresa tomadora poderia celebrar, com base no art. 15 do ET, um contrato por tempo determinado”. À diferença do que ocorre no Brasil, a contratação temporária para obra ou serviço determinado pode dar-se por meio de empresas espanholas de trabalho temporário.

Afigura-se inacreditável, por tudo isso, o que aconteceu com o fomento de contratos por tempo determinado no Brasil, visando à ampliação do emprego. Está dito que nos anos 1994 e 1997 marcaram, na Espanha, a volta ao estímulo de empregos estáveis, pois as reformas ocorridas naquele período restringiram os contratos de fomento ao emprego às hipóteses dos trabalhadores com necessidades especiais (deficientes físicos). Sob uma estranha perspectiva de apropriar-se da experiência espanhola (que já seguia caminho inverso), o legislador brasileiro instituiu a possibilidade de convenções coletivas permitirem a celebração de contratos por tempo determinado sem causa específica, desde que os empregadores não substituíssem, por essa via, os empregados permanentes.

Pode-se concluir que os contratos a prazo sem causa específica chegaram ao Brasil quando já se iniciava, na Espanha e por influência de um acordo interprofissional que uniu empresários e trabalhadores, um novo debate, baseado sobretudo em uma preocupação intensa a respeito dos efeitos maléficos da temporalidade dos contratos nos níveis de investimento em recursos humanos (somente os vínculos mais duráveis melhoram a integração dos trabalhadores) e igualmente desastrosos para a Seguridade Social (em razão de uma não prevista rotação de mão-de-obra) . (VIDA SORIA; MONEREO PÉREZ; MOLINA NAVARRETE, 2004, p. 397).

Enquanto se punha a marchar, na Espanha e segundo Valdés Dal-Ré (*apud* Pérez Rey, 2004 p. 68.), “um dos episódios de maior obscenidade social de nossa recente história normativa”, o legislador brasileiro festejava a temporalidade como uma nova e milagrosa política de fomento ao emprego, dizendo-se inspirado, contraditoriamente, na vivência espanhola.

⁹ Sobre o tema: Direito Individual do Trabalho, de nossa lavra, 2004, p. 104.

¹⁰ Sem embargo do que recomenda a Súmula 159 do TST sobre a substituição por outro empregado.

Em resumo, a faculdade de contratar trabalhadores por tempo determinado não está inteiramente disponível no Brasil e, a bem dizer, os níveis de disponibilidade são semelhantes na Espanha e no Brasil.

Talvez se compensem os graus de proteção, com alguma vantagem, aparentemente, para o trabalhador espanhol. Por exemplo, é possível afirmar que somente na Espanha se permite, infortunadamente, a intermediação de empresas de trabalho temporário para todos os casos de contrato a termo previstos no art. 15 do ET. Em contraponto, a proteção, com vínculo de emprego, assegurada a trabalhadores espanhóis em contratos formativos (referimo-nos especialmente ao contrato *en prácticas*) é maior que aquela prevista, no Brasil, para os estudantes estagiários. Além disso, o art. 49.1.c, *in fine*, do ET assegura ao trabalhador espanhol um aviso prévio de pelo menos quinze dias quando o contrato de duração determinada for superior a um ano (regra desconhecida no Brasil)¹¹ e o art. 49.1.c prescreve, *in limine*, uma indenização que é devida mesmo na resolução do contrato por advento de seu termo final.

1.1.2 Proteção contra a despedida injustificada na Espanha e no Brasil

Os ordenamentos jurídicos nacionais se assemelham em vários tópicos gerais, mas é falso imaginar que as semelhanças acontecem em pontos essenciais. O que parece comum está no esquema geral de quase todas as ordens jurídicas ocidentais, sem embargo de as normas mais expressivas, ao menos para que percebamos o grau de proteção em cada um desses sistemas normativos, sejam aquelas que garantem efetividade aos princípios que se apresentam como o verdadeiro móvel de tais pontos de convergência. E essas normas de efetividade são, infelizmente, desiguais.

Sobre essas similitudes, podemos dizer que em ambos os sistemas jurídicos estão previstas a extinção do contrato por cumprimento ou realização do contrato a termo, a rescisão por vontade dos sujeitos em hipóteses legais, a despedida indireta e a caducidade do contrato nos casos de aposentadoria, morte ou incapacidade de seus sujeitos.

Às vezes os pontos de convergência são iguais apenas em aparência. Por exemplo: os juslaboralistas espanhóis e brasileiros se referem à rescisão bilateral ou por mútuo consenso, mas a circunstância de a extinção do contrato por vontade conjunta estar prevista expressamente no Estatuto dos Trabalhadores, na Espanha, talvez seja um indício de que a dependência econômica do trabalhador espanhol seria mesmo menor que aquela atinente ao trabalhador brasileiro. Enquanto na

¹¹ Martín Valverde; Rodríguez-Sanudo Gutiérrez; García Murcia, op. cit., p. 508, afirmam que essa exigência de pre-aviso não se aplica aos contratos de interinidade.

Espanha se regula a matéria (art. 49.1.a ET) e se exaure estudo sobre o “recibo de finiquito”, usado para o empregado quitar prestações nesses casos de rescisão bilateral, tal assunto no Brasil parece ser explorado apenas em âmbito acadêmico.

Não se acredita, na prática, que o empregado brasileiro ajuste com seu empregador uma rescisão contratual que interesse a ambos. Para os espanhóis,

o princípio da indisponibilidade de direitos do art. 3.5 (do ET) não afeta à extinção do contrato por mútuo consenso (STS de 13 de outubro de 1989, Ar/7174, entre várias decisões). O que pode afetar obviamente o princípio de indisponibilidade de direitos é a liquidação de haveres que possa figurar também no *recibo de finiquito*”. (ALBIOL MONTESINOS, CAMPS RUIZ, LÓPEZ GANDÍA E SALA FRANCO, 2000, p. 448).

Uma pergunta é, por conseguinte, inevitável: há mesmo, no sistema jurídico brasileiro, a liberdade de o empresário despedir um empregado sem indicar a causa específica (disciplinar ou mesmo econômica) dessa dispensa? O art. 7º, I, da Constituição brasileira protege a relação de emprego contra a dispensa sem causa (arbitrária ou por motivo disciplinar), mas é regulamentado por dispositivos¹² que universalizam uma contribuição de 8% (FGTS) sobre a remuneração do trabalhador e que permitem ao empresário pagar indenização de valor equivalente a 40% do saldo da conta-vinculada do Fundo de Garantia nos casos de despedida arbitrária ou sem justa causa.

Dáí resulta que a proteção constitucional se realiza de modo contraditório: o empresário possui a faculdade de despedir qualquer empregado, desde que pague a indenização citada. O custo extraordinário do empresário se limita ao desembolso de 40% do FGTS, pois lhe cabe, em qualquer circunstância, recolher a contribuição mensal ao Fundo de Garantia.

Para que se compreendam, contudo, as consideráveis diferenças entre os sistemas brasileiro e espanhol, é necessário que reflitamos, inicialmente, sobre uma premissa de valor e também acerca de uma distinção factual. A premissa de valor é atinente ao princípio da dignidade humana, que justifica sem mais a proteção maior ao empregado – o custo mais elevado da despedida no sistema espanhol não é rotineiro, apenas se revelando quando é infringida a norma que dignifica o trabalho, ou seja, o conteúdo mínimo do contrato. Se não há variável econômica *prima facie*, a distinção deve ser, como proposto, estabelecida no campo axiológico, na pauta de valores que informa cada sistema jurídico.

¹² Art. 7º, III, da CF e art. 10 do ADCT e ainda a Ley 8.036/90.

A distinção na ordem dos fatos é concernente à diferença entre o FGTS brasileiro e o FOGASA espanhol. Em breves pinceladas, podemos dizer que o FGTS se apresenta como uma contribuição regular do empregador e um direito de todos os empregados, para estes se configurando salário diferido. Foi o FGTS instituído no Brasil para conciliar o interesse de reduzir custos trabalhistas (até então o empregador pagava a indenização de antigüidade sem limite de valor, podendo o empregado adquirir estabilidade definitiva após o décimo ano na empresa) com o incremento de uma política de governo voltada a prover, financeiramente, a construção de habitações.

As contas vinculadas do FGTS são individuais e podem sofrer movimentação quando se caracterizam a despedida sem justa causa, a resolução normal de contrato a termo, a força maior, a morte do empregado, a sua aposentadoria, algumas enfermidades, aquisição de casa própria etc. Mas o mais importante: se o empregador não aporta todas as contribuições, ou não recolhe algumas delas, o fundo não paga o valor sonegado ao empregado, salvo quando o seu gestor (a Caixa Econômica Federal) o cobrar, com sucesso, do empregador.

Por seu turno, o FOGASA é um órgão autônomo vinculado ao Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais do governo da Espanha, sendo dotado de personalidade jurídica própria e plena capacidade para exigir o cumprimento de seus fins, em especial a arrecadação de contribuições empresariais destinadas ao pagamento a trabalhadores de importe equivalente a salários não pagos pelos empregadores nos casos em que se dê a falência destes ou se instaure o concurso de credores do empregador, destinando-se esses recursos também ao pagamento pelo FOGASA de indenizações devidas em casos de crise ou reestruturação da empresa (VIDA SORIA; MONEREO PÉREZ; MOLINA NAVARRETE, 2004, p. 579). O fundo paga esse passivo salarial justamente porque o empresário se acha em estado de insolvência provisória ou definitiva, subrogando-se nos direitos e ações (inclusive judiciais) dos trabalhadores.

Portanto, os empresários espanhóis não se valem dos recolhimentos ao FOGASA para se eximir da indenização devida ao empregado dispensado sem justa causa. Eles têm um encargo verdadeiro e elevado quando desatendem ao princípio da continuidade, do qual é vassalo o princípio da justificação da despedida. O empregador não pode resilir unilateralmente o contrato, salvo em período de prova. E o fundamento dessa proibição está na Constituição espanhola, notando Vida, Monereo y Molina (2004, p. 647) que a “limitação da liberdade empresarial [...] em atenção à estabilidade no emprego é justificada pelo Tribunal Constitucional como uma realização da garantia constitucional do direito ao trabalho (STCo 22/1981, 2 julio, f.j. 8)”.

Para os fins deste estudo interessa apenas a extinção do contrato por iniciativa do empregador espanhol, importando consultar, então, as três hipóteses

mais instigantes: a despedida coletiva, a dispensa por causa disciplinar e a extinção por causas objetivas.

1.1.2.1 A despedida coletiva

A dispensa coletiva se configura quando o empregador extingue unilateralmente o contrato em razão de causas supervenientes de caráter econômico, técnico, organizacional ou de produção. Para que se realize, faz-se indispensável a prévia autorização da autoridade laboral competente (sob pena de nulidade da dispensa, conforme art. 124 da Lei de Procedimentos Laborais) e a promoção de consultas aos representantes legais dos trabalhadores (arts. 49.i y 51.2 ET). Quanto aos fundamentos político-jurídicos, cabe repetir as observações de Vida Soria; Monereo Pérez; Molina Navarrete (2004):

Atualmente os fundamentos político-jurídicos da regulação jurídica das dispensas causadas por crises empresariais se resolvem em uma busca de estabelecer um equilíbrio entre os princípios de continuidade e de viabilidade da empresa e os princípios de estabilidade no emprego o de proteção ao trabalhador. [...] Trata-se de um marco jurídico que não se dirige unicamente à regulação de situações ‘patológicas’ empresariais de crise (insolvência, concurso de credores etc.), senão também de um regime que favorece e pondera a própria reorganização empresarial como um ‘interesse protegido.

Segundo o Tribunal Supremo¹³, a dispensa coletiva se integra por três elementos: a existência de causa, a necessidade de redução dos postos de trabalho e a funcionalidade das dispensas. Se são atendidas tais exigências, está a dispensa validamente autorizado pela autoridade competente e foi ela devidamente comunicada aos representantes dos trabalhadores, dá-se a regular extinção dos contratos. Para abrandar os efeitos da despedida coletiva, o art. 51.8 do Estatuto dos Trabalhadores assegura:

Os trabalhadores cujos contratos se extingam em conformidade com o disposto no presente artigo terão direito a uma indenização de vinte dias de salário por ano de serviço, pagando-se *pro rata* os períodos de tempo inferiores a um ano e observando-se o máximo de doze mensalidades.

Cabe dizer que, na prática judicial, tem-se tolerado que se pactuem o aprazamento, a divisão em parcelas e o cálculo da indenização, desde que não se pague valor inferior ao previsto em lei. (VIDA SORIA; MONEREO PÉREZ; MOLINA NAVARRETE, 2004, p. 643).

¹³ Vida Soria; Monereo Pérez; Molina Navarrete, op. cit., p. 632, referem-se à decisão SSTs. 24 abril 1996.

1.1.2.2 A despedida por motivo disciplinar

A dispensa por motivo disciplinar provoca a resolução do contrato quando está embasada em um descumprimento do contrato grave e culpável, pelo trabalhador (art. 54.1 ET). Como observam Vida Soria; Monereo Pérez; Molina Navarrete (2004, p. 647), “a proibição de despedida *ad nutum* (ou *desistimiento sin causa*) é coerente com a regulação da Convenção 158 da OIT (ratificada pela Espanha em 18 de fevereiro de 1985)”.

As infrações ao contrato que geram a resolução deste apresentam-se enumeradas no art. 54.2 do Estatuto dos Trabalhadores¹⁴. Mas, diferentemente do que sucede no Brasil, a despedida deve ser notificada por escrito ao trabalhador, constando o fato que a motiva e a data em que surtirá efeitos na *carta de despido* (art. 55.1 ET).

O efeito resolutório da despedida é imediata, mas o trabalhador pode recorrer ao órgão judicial dentro de vinte dias, operando-se a caducidade de seu direito quando não observa tal prazo. Por seu turno, a autoridade judicial poderá qualificar a despedida como procedente (se o empresário atuou lícitamente)¹⁵, improcedente (quando não esteja comprovado o descumprimento alegado ou não se observe a forma legal¹⁶) ou nula (se resta configurada alguma lesão aos direitos fundamentais e liberdades públicas, em especial por ser discriminatória).

Se a despedida é qualificada como improcedente, o empregador¹⁷ pode optar, em cinco dias, entre a reintegração do trabalhador ou o pagamento de uma indenização¹⁸. Em ambos os casos o empregador deverá pagar ao trabalhador os “salários de tramitação”, ou seja, uma quantia igual à soma dos salários não pagos desde a data da despedida até a notificação da sentença condenatória (ou até que o empregado tenha, comprovadamente, encontrado novo emprego)¹⁹. Ademais, a

¹⁴ As “justas causas” previstas no ET da Espanha são as faltas repetidas e injustificadas ao trabalho, a impontualidade, a indisciplina ou a desobediência, as ofensas verbais ou físicas ao empregador ou a pessoas que trabalham na empresa ou a familiares que com eles convivam, a transgressão à boa-fé contratual, o abuso de confiança no desempenho do trabalho, a diminuição continuada e voluntária no rendimento do trabalho normal ou contratual, a embriaguez habitual ou toxicomania se repercutem negativamente no trabalho, o assédio por razão de origem racial ou étnico, convicção religiosa, deficiência física, idade ou orientação sexual.

¹⁵ Sem direito a indenização paga pelo empregador, mas sim a prestações do que seria, no Brasil, o seguro-desemprego.

¹⁶ A dispensa defeituosa pode ser sanada ou retificada, realizando-se uma nova despedida pelos mesmos motivos dentro do prazo de sete dias a partir da notificação da sentença judicial (art. 110.4 LPL).

¹⁷ Se o trabalhador é representante legal dos trabalhadores a opção será sua (art. 56.4 ET).

¹⁸ Indenização de quarenta e cinco dias de salário por ano de serviço, com pagamento pro rata quanto a períodos menores e observando-se um máximo de quarenta e duas mensalidades (art. 56.1.a ET).

¹⁹ Cf. Vida Soria; Monereo Pérez; Molina Navarrete, op. cit., p. 653, que informam a suavização dessa regra pelo Real Decreto Lei 5/2002: o empregador poderá eximir-se dos salários de tramitação se deposita, nas quarenta e oito horas seguintes à despedida, a indenização correspondente (45 dias...).

sentença deve ser proferida até sessenta dias desde a tramitação da demanda ou o empresário poderá reclamar ao Estado o pagamento dos salários de tramitação na quantia correspondente ao tempo excedente.

A despedida por motivo disciplinar é qualificada como nula quando esteja, em verdade, movida por alguma das causas de discriminação proibidas na Constituição ou em leis, ou ainda quando se produza com violação de direitos fundamentais e liberdades públicas asseguradas ao trabalhador (art. 54.5 ET). Também pode ser assim qualificada quando ocorre em período de suspensão contratual ou em meio ao período de gravidez (art. 55.a y 55.b ET), sempre que a despedida está relacionada com a gravidez ou a suspensão do contrato.(VIDA SORIA; MONEREO PÉREZ; MOLINA NAVARRETE, 2004, p. 654).

Diversamente do que sucede na despedida improcedente²⁰, os salários de tramitação, que são devidos quando a dispensa é qualificada como nula, têm natureza salarial e, coerentemente, a sentença condenatória veicula uma ordem incondicionada de reintegração no emprego, devendo inclusive ser executada de forma provisória, não importando se venha a ser objeto de recurso obreiro ou patronal (art. 113 LPL).

No caso de o empresário não dar cumprimento à ordem reintegratória, o juiz determinará que o empregado continue recebendo seu salário e, se for ele representante dos trabalhadores, que ele continue desenvolvendo as funções inerentes a esse cargo. Concluem Vida Soria; Monereo Pérez; Molina Navarrete (2004, p. 655) que “é esta uma manifestação de execução *in natura* da obrigação de reintegrar o trabalhador que exerce função representativa, configurando-se uma tutela realmente efetiva em termo jurídicos”.

1.1.2.3 A extinção do contrato por causas objetivas

As causas objetivas são aquelas que não implicam descumprimento do contrato pelo trabalhador, porém se embasam em uma incompatibilidade objetiva entre o trabalhador e o seu posto de trabalho (inépcia do empregado, falta de adaptação às modificações técnicas, faltas ao trabalho justificadas mas intermitentes²¹) ou na necessidade de reduzir postos de trabalho por razões técnicas, econômicas ou de

²⁰ Em que a doutrina se inclina por atribuir natureza indenizatória aos salários de tramitação

²¹ Sobre as faltas injustificadas, mas intermitentes, dizem Vida Soria; Monereo Pérez; Molina Navarrete, op. cit., p. 662, que esse preceito traz implícita a faculdade de punir um comportamento fraudulento do trabalhador, articulado a través de faltas de escassa duração mas reiteradas, dada a dificuldade de comprovação pelo empregador e a conveniência de se estabelecer, nesses casos, uma presunção legal.

organização em número inferior ao que ensejaria a dispensa coletiva²² (art. 52, a, b, c, d ET). Quando a empregadora é a administração pública, a insuficiência de consignação orçamentária também se configura causa objetiva para a extinção contratual (art. 52, e ET).

A extinção por causa objetiva se realiza através de uma decisão unilateral. O art. 53 do Estatuto dos Trabalhadores exige uma comunicação escrita ao trabalhador expressando a causa objetiva motivadora da dispensa, além de ser disponibilizada uma indenização²³ de vinte dias por ano de serviço, com pagamento *pro rata* para períodos menores e observando-se um máximo de doze mensalidades. Deve ser concedido um pré-aviso de pelo menos trinta dias (com redução da carga horária em seis horas semanais para a busca de novo emprego), com cópia ao representante dos trabalhadores.

Contra a decisão patronal o empregado pode provocar o Poder Judiciário do mesmo modo como vimos no tocante à despedida por motivo disciplinar (art. 53.3 ET) e ao empresário caberá provar a veracidade da causa que alegou. O prazo para recorrer ao órgão judicial é de vinte dias desde a data da despedida, sem embargo de o empregado poder fazê-lo desde o recebimento do aviso prévio.

Como na dispensa por motivo disciplinar, a despedida por causa objetiva pode ser qualificada como procedente, improcedente ou nula²⁴. Quando se a declara nula, o empregador é condenado da mesma maneira como o seria se o caso fosse de despedida por motivo disciplinar que recebesse tal qualificação (art. 123.2 LPL), é dizer, ordena-se a reintegração imediata do trabalhador e o pagamento dos salários de tramitação, sem que se possam deduzir os correspondentes ao período de aviso prévio²⁵.

1.1.3 Garantia de indenidade

Conforme sobrevisto, o empregado deve ser tutelado quando se encontra ameaçado de despedida não justificada. Mas às vezes a ameaça acontece durante a relação de trabalho – que implica, bem o sabemos, subordinação e, por isso mesmo, uma séria limitação da autonomia da vontade do empregado.

²² Vide Martín Valverde, Rodríguez-Sanudo Gutiérrez e García Murcia, op. cit., p. 714.

²³ Cf. Vida, Monereo e Molina, op. cit., p. 664.

²⁴ Há diferença na casuística, pois, diferente do que ocorre com a despedida por indisciplina, na dispensa por causa objetiva a nulidade pode derivar também da inobservância de requisitos formais, não disponibilização de quantia para a indenização, fraude à lei e, já agora convergindo, quando há lesão a direito fundamental. Lembrar que a despedida por causa objetiva não exige, como ocorre à dispensa coletiva, a autorização de autoridade laboral nem a consulta aos representantes dos trabalhadores.

²⁵ Cf. Albiol Montesinos, Camps Ruiz, López Gandía e Sala Franco, op. cit., p. 432.

No Brasil, a Justiça do Trabalho é um órgão autônomo do Poder Judiciário, mas é conhecida como um ramo desse poder dedicada sobretudo a acudir os interesses dos desempregados, já que os trabalhadores empregados têm fundado receio de contrariar seus patrões. Como ao direito de recorrer ao juiz se opõe, no plano da experiência, o direito potestativo de o empregador despedir, apesar do princípio insculpido no citado art. 7º, I, da Constituição brasileira, a solução que se preconiza é sempre a coletivização das ações judiciais, mediante o uso mais largo da substituição processual.

Tratando da realidade espanhola, Álvarez Alonso (2005, p. 14)²⁶ bem poderia estar versando sobre as relações de trabalho situadas em território brasileiro, ao assinalar:

[...] é justo reconhecer que a proteção da esfera individual da pessoa do trabalhador se tem reforçado pelo reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no contrato de emprego. Como é sabido, segundo uma doutrina constitucional consolidada e recorrente hoje em vários preceitos da legislação laboral, os poderes empresariais não podem ser utilizados para reprimir ou sancionar o exercício de direitos fundamentais pelos trabalhadores, de sorte que os atos o decisões do empregador que constituam uma represália contra o exercício de direito fundamental devem ser declarados nulos, repondo-se a situação ao momento anterior à materialização desse comportamento lesivo.

A essa necessidade de garantir o direito de ajuizar ação judicial, a jurisprudência constitucional da Espanha estabeleceu uma espécie de imunidade em favor do empregado que litiga contra seu empregador, protegendo-o de eventuais atos de represália patronal. A partir das decisões SSTC 7/1993 y 14/1993, inaugurou-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional uma garantia concreta que há recebido o nome de “garantia de indenidade”, assim definida por Álvarez Alonso (2005, p. 16):

Dita garantia significa que ao exercício da ação judicial ou dos atos preparatórios ou prévios ao processo não podem seguir-se consequências prejudiciais no âmbito das relações públicas ou privadas para a pessoa que os protagoniza, o que, na esfera das relações laborais, traduz-se na impossibilidade de adotar medidas de represália derivadas do exercício pelo trabalhador da tutela de seus direitos.

²⁶ referindo-se às decisões: SSTC 38/1981, 55/1983, 120/1983, 47/1985, 88/1985, 1/1998, 20/2002 e a várias outras.

Mais adiante, o conceito de indenidade é associado por Álvarez Alonso (2005, p. 95) a situações de fato:

A amplitude de faculdades que integram os poderes empresariais, assim como o caráter prolongado no tempo da relação laboral, propiciam que as represálias possam aparecer sob distintas formas (despedidas, sanções disciplinares, transferências, alterações funcionais, retenção tácita de salário etc.) e em momentos muito distintos (durante o desenvolvimento da relação de trabalho, no momento da extinção do contrato e, inclusive, antes e depois do vínculo). Pois bem, a garantia de indenidade, em princípio, desencadeia seus efeitos frente a todo esse elenco de medidas de retorsão imagináveis, com inteira independência de qual seja o instrumento eleito pelo empregador para prejudicar o trabalhador litigante [...].

Como bom presságio (para o Brasil), a garantia de indenidade é um instituto jurídico de criação jurisprudencial, não obstante sua recente transposição para o art. 37.4 da Lei 62/2003, que deu nova redação ao art. 17.1 do Estatuto dos Trabalhadores para ali constar: “Serão igualmente nulas as decisões do empresário que suponham um tratamento desfavorável dos trabalhadores como reação a uma reclamação efetuada na empresa ou a uma ação judicial destinada a exigir o cumprimento do princípio de igualdade de trato e não discriminação”.

Há também normas internacionais e da Comunidade Européia que albergam tal imunidade, destacando Álvarez Alonso (2005, p. 22), acerca do tema, o art. 5.c da Convenção 158 da OIT, que estabelece não constituir causa justificada para a terminação do vínculo “apresentar uma queixa ou participar de um movimento contra o empregador por supostas violações de leis ou regulamentos”.

De sua parte, as Diretivas 75/117/CEE e 76/207/CEE estabeleceram a obrigação de os Estados membros introduzirem em seus respectivos ordenamentos jurídicos as medidas necessárias para que as pessoas prejudicadas pela aplicação do princípio de igualdade de remuneração ou de trato possam fazer valer seus direitos pela via jurisdicional, prevendo em seguida a obrigação de “proteger os trabalhadores contra qualquer despedida que constitua uma reação do empregador a uma queixa formulada no âmbito da empresa, ou a uma ação judicial proposta para fazer respeitar o princípio de igualdade”²⁷.

²⁷ Cf. Álvarez Alonso, op. cit., p. 23, que complementa: “Essa proteção se compreende nas Diretivas 200/43/CE, 2000/78/CE e 2002/73/CE, como reação com qualquer consequência negativa a uma reclamação que vise ao cumprimento do princípio da igualdade de trato. Apud Álvarez Alonso, op. cit., p. 70.

Sem embargo, a proteção oferecida por citadas normas internacionais e comunitárias é fragmentária e insuficiente, por três razões enumeradas por Álvarez Alonso (2005, p. 25):

a) trata-se de medidas cujo objeto específico é a aplicação do princípio de igualdade e a luta contra a discriminação, e não o estabelecimento de uma garantia de indenidade de caráter geral para todo tipo de situações de represália por parte da empresa; b) a garantia estabelecida na Convenção 158 da OIT é de caráter mais geral, mas se limita a excluir a apresentação de queixas ou a participação em procedimentos contra as empresas em hipótese estrita de dispensa ilícita; c) as normas internacionais e comunitárias não garantem inteiramente a incolumidade do trabalhador que litiga ou reclama contra seu empregador, pois a Convenção 158 da OIT não impõe a anulação de todos os efeitos da dispensa ilícita e a conseguinte reintegração do trabalhador, senão que admite a opção por uma terminação do contrato indenizada.

A insuficiência da garantia não é, porém, problema que se tenha perpetuado. É que a garantia de indenidade assegurada pelo Tribunal Constitucional da Espanha é mais abrangente e se insere dentro do conteúdo es más genérica y se insere no conteúdo do direito à tutela judicial efetiva (art. 24.1 CE). O Tribunal²⁸ decidiu:

[...] no campo das relações laborais, a garantia de indenidade se traduz na impossibilidade de adotar medidas de represália derivadas do exercício pelo trabalhador da tutela de seus direitos, donde se extrai a consequência de que uma atuação empresarial motivada pelo fato de (o empregado) haver exercitado uma ação judicial tendente ao reconhecimento de seus direitos deve ser qualificada como discriminatória e radicalmente nula por ser contrária a esse mesmo direito fundamental, já que entre os direitos laborais básicos de todo trabalhador se encontra o de exercitar individualmente as ações derivadas de seu contrato de trabalho (art. 4.2.g do Estatuto dos Trabalhadores).

Para o Tribunal Constitucional da Espanha, a garantia de indenidade protege não somente frente à despedida, mas também ante qualquer outra medida de reação ou resposta empresarial ao exercício da ação judicial pelo trabalhador. Ainda mais,

²⁸ STC 5/2003, f.j. 7; SSTC 54/1995, f.j. 3; SSTC 140/1999, f.j. 4; SSTC 101/2000, f.j. 2; SSTC 196/2000, fl. 3. Apud Álvarez Alonso, op. cit., p. 29.

a vulneração do direito à tutela judicial efetiva não somente se produz por irregularidades acontecidas dentro do processo que ocasionem privação de garantias processuais, senão que tal direito pode ver-se lesionado igualmente quando seu exercício, ou a realização pelo trabalhador de atos preparatórios ou prévios necessários para o exercício de uma ação judicial, produza como consequência uma conduta de represália por parte do empregador²⁹.

Ao que parece, essa proteção especial ao exercente do direito de ação judicial não caberia no âmbito do direito processual brasileiro, pela singela razão de o empresário poder sempre argumentar que seu direito potestativo de despedir (sem causa alguma) lhe permitiria despedir o trabalhador que fizesse valer seus direitos na via judicial ao tempo em que ainda era seu empregado. Esse argumento, ainda que forte em nossa experiência jurídica, não é absoluto.

A jurisprudência brasileira já está consolidada, por exemplo, no sentido de proteger o trabalhador soropositivo (AIDS) contra a despedida sem justa causa, entendendo que tal dispensa é discriminatória e por isso inválida, mesmo quando o empregado não goza de qualquer estabilidade. Assim decidiu a SDI I do TST:

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. 1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. 2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. 3. Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. 4. Embargos de que não se conhece. (TST-E-RR-439.041/98, SBDI-I, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJU de 23.5.2003).

²⁹ STC 5/2003, fl. 7; SSTC 14/1993, fl. 3; SSTC 140/1999, fl. 4; SSTC 101/2000, f.j. 2 e outras. Apud Álvarez Alonso, p. 31.

EMBARGOS. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DA SIDA (AIDS). Tratando-se de dispensa motivada pelo fato de ser o empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida SIDA e sendo incontestável a atitude discriminatória perpetrada pela empresa, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, a despedida deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração. Embargos não conhecidos.” (TST-E-RR-217.791/95, SBDI-I, Redator Designado Min. Vantuil Abdala, DJU de 2.6.2000, p. 168).

O TST está a decidir que o poder patronal de dispensar empregado não é absoluto, frente ao teor do art. 7º, I, da Constituição. Se é possível mitigar a regra de que o empresário pode despedir o empregado não estável, desde que lhe pague uma indenização pré-tarifada, também pode esse mesmo raciocínio, conotativo de alta sensibilidade e com larga repercussão social, socorrer o trabalhador que se percebe lesado em meio à relação de emprego e pretende exercer de pronto o seu direito constitucional de ação. A plena proteção do direito à tutela judicial implica a imunização contra a represália patronal.

REFERÊNCIAS

- ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, CAMPS RUIZ, Luiz Miguel, LÓPEZ GANDÍA, Juan, SALA FRANCO, Tomás. **Compendio de Derecho del Trabajo: fuentes y contrato individual**. Valencia: Tirante lo Blanch, 2000.
- ÁLVAREZ ALONSO, Diego. **La Garantía de Indemnidad del Trabajador Frente a Represalias Empresariales**. Albacete: Bomarzo, 2005.
- BAYLOS, Antonio. Prefácio. In: PÉREZ REY, Joaquín. **Estabilidad en el Empleo**. Madrid: Trotta, 2004. p. 13.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SANUDO GUTIÉRREZ, Fermín, GARCÍA MURCIA, Joaquín. **Derecho del Trabajo**. Madrid: Tecnos, 2002.
- PÉREZ REY, Joaquín. **Estabilidad en el Empleo**. Madrid: Trotta, 2004.
- VIDA SORIA, José, MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, **Manual de Derecho del Trabajo**. Granada: Comares, 2004.