

3 O EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO E AS REPRESÁLIAS PATRONAIS SOFRIDAS PELO RECLAMANTE EMPREGADO

Natália Ribeiro Farias Xavier¹

RESUMO

O presente artigo apresenta como tema central a reflexão sobre a necessidade de proteção do exercício do direito de ação pelo empregado, ante o caráter fundamental deste direito, a vedação constitucional à discriminação e as limitações existentes ao poder patronal de despedir.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Ação. Princípio da Igualdade. Princípio da Não-discriminação. Eficácia dos Direitos Fundamentais. Garantias de Emprego.

1 INTRODUÇÃO

A efetivação do contrato de trabalho compreende a disponibilidade do empregado perante o empregador e a prestação de serviços para este, com a devida contraprestação monetária, ao obreiro, pelo trabalho realizado.

Nesta relação, figura como parte hipossuficiente o trabalhador, posto estar sujeito ao poder diretivo conferido ao empregador, tendo que se submeter às suas ordens para garantir tanto o próprio emprego, como, conseqüentemente, a sua subsistência e dos seus familiares.

É possível que a conduta do empregador venha a ferir direito do obreiro legalmente protegido, configurando-se a prática de ato ilícito. Noutra hipótese, a simples omissão patronal, quando a lei estabelece conduta positiva, também pode ensejar a afronta a um direito de seu subordinado.

É com o intuito de garantir a concretização dos direitos previstos pela legislação pátria e, ainda, com a finalidade de impedir o abuso do poder diretivo do empregador, que o Direito do

¹ Estudante de Direito na Universidade Federal da Paraíba, cursando o terceiro ano noturno..

e-mail: nataliarfx@yahoo.com.br

Endereço: Rua Huerta Ferreira de Melo, nº 300, aptº 1001. Bessa, João Pessoa – Paraíba. CEP: 58.037-460
Telefones: 3246-7038 / 8866-6462

Trabalho estabelece o princípio do direito de resistência obreiro, o qual, segundo Maurício Godinho Delgado é a prerrogativa de o empregado opor-se, validamente, a determinações ilícitas oriundas do empregador no contexto da prestação laborativa.²

Ainda nesse liame, e com a mesma finalidade, é conferido ao trabalhador o direito de ação, fixado pela Constituição Federal no seu art. 5º, XXXV, para que, mesmo estando o contrato empregatício em plena vigência, procure a tutela jurisdicional para impedir a lesão de um direito ou mesmo para pô-lo em prática.

Pode-se citar como exemplo, a ação trabalhista ajuizada pelo obreiro que se encontra com férias vencidas, com pedido de fixação, por sentença, da época do gozo das férias (art. 137, § 1º, CLT), na qual o empregador poderá arcar, inclusive, com multa diária de 5% do salário mínimo, devida ao empregado, até que seja cumprida. Outro exemplo hodierno é cobrança de horas extras durante a vigência do pacto laboral.

Ocorre que a apelação ao Judiciário por um de seus funcionários para exigir determinada conduta do empregador, sob a alegação de ter este agido ilicitamente, não é bem vista no ramo empresarial, motivo pelo qual a empresa ou o patrão tende a despender tratamento discriminatório ao empregado como forma de punição pela reclamação trabalhista ajuizada, a qual, no seu ponto de vista, consubstancia verdadeira traição, culminando, na maioria das vezes, na cessação do contrato de trabalho.

São, justamente, as represálias patronais ao empregado reclamante que serão abordadas no presente trabalho, sob a ótica de que o simples exercício regular de um direito, não poderá ensejar punições e discriminações, quiçá, extinção do contrato laborativo.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM

Os Direitos Fundamentais do Homem passaram, no decorrer do tempo, por significantes evoluções, tendo, a sua importância, se destacado no início da Idade Moderna, com as mudanças filosóficas e políticas passadas pela sociedade, a partir das quais os princípios e direitos fundamentais passaram a ser essenciais na formação de um Estado de Direito.

Pode-se conceituar tais direitos como imprescindíveis para a harmonização e até manutenção da vida em coletividade, sem os quais o ser humano não conseguiria se realizar, nem tampouco sobreviver. Os supracitados direitos são garantidos a todos os homens, sem qualquer discriminação.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988 apresenta

2 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo. LTr, 2005.

vários princípios e normas que prezam pela dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade dos indivíduos, sendo, por isso, considerada uma constituição eminentemente social.

Como exemplos desses direitos, podem-se citar: direito à vida, o princípio da igualdade, princípio da legalidade, a proibição da tortura, a liberdade da manifestação de pensamento, liberdade de consciência, de crença, de culto, inviolabilidade domiciliar, etc.

Até a Segunda Guerra Mundial costumava-se taxar esses direitos como programáticos, de cunho político, incapaz de produzir efeitos na esfera jurídica. Entretanto, hodiernamente, o correto entendimento é o de que são normas jurídicas positivas, com plena validade perante o Ordenamento Jurídico, no qual o desrespeito pelo Estado, ou por particulares, pode legitimar o exercício da jurisdição para garantir o fim da lesão ou da ameaça.

3 O DIREITO DE AÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O Estado brasileiro apresenta o direito de ação positivado na Carta Magna, em seu art. 5º, XXXV, que diz: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Neste dispositivo encontra-se positivado o denominado princípio da inafastabilidade da jurisdição, em decorrência do qual nenhum juiz brasileiro poderá se abster de julgar o caso levado ao Judiciário, consagrando o direito fundamental de ação, sem quaisquer condicionamentos.

Sobre o exercício do direito de ação, Fredie Didier (2007, p. 158) afirma que:

‘Ação’ como exercício daquele direito abstrato de agir. ‘Ação exercida’, ‘Ação processual’, ‘demanda’, ‘pleito’, ‘causa’, todas essas palavras são sinônimas e possuem o sentido de identificar o exercício do direito abstrato de ação, que no caso é sempre concreta, porque relacionada a determinada situação jurídico-substancial. Pela ação processual, exerce-se o direito constitucional de ação(...)

Restando demonstrado o caráter fundamental do direito de ação, não se pode admitir que o exercício desse direito seja seguido de uma retaliação patronal. O empregado que procura a tutela jurisdicional para garantir a eficácia de um direito não respeitado pelo empregador, deve contar com o próprio ordenamento jurídico para sair incólume dessa situação.

Permitir conduta vingativa do empregador seria possibilitar a afronta a um direito constitucionalmente garantido. Seria, portanto, permitir a violação à lei fundamental do nosso Estado, a Constituição Federal.

Além do direito de ação, estar-se-ia aceitando, também, a ofensa ao princípio da igualdade, e seu corolário, o princípio da não-discriminação, ambos positivados na nossa Carta

Magna.

4 O PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO

A Constituição Federal estabelece o princípio da isonomia, que diz: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade. (CF, art. 5º, *caput*).

O princípio da igualdade, no Estado Liberal, protagonizava a defesa de uma liberdade formal, de caráter puramente negativo, com o intuito de abolir os privilégios e favoritismos das classes. Todavia esse tipo de igualdade gerou a desigualdade econômica, na medida em que os desiguais eram tratados de maneira uniforme.

Com o advento do Estado Social, preocupado com a realização de serviços básicos necessários ao bem-estar-social, a aplicação deste princípio se modificou: a igualdade constitucional é igualdade material, que procura analisar os casos jurídicos em concreto, imaginando uma igualdade mais real para os bens da vida, tratando, por conseguinte, os desiguais de forma desigual e os iguais de forma de igual.

Tem, destarte, o princípio da igualdade o escopo de proporcionar garantia individual contra perseguições e obstar favoritismos.

A aplicação do princípio da isonomia resulta no combate à discriminação. A não-discriminação é manifestação do princípio da igualdade, que, constitucionalmente reconhecido, guia o ordenamento como um todo para evitar o tratamento desigual. Segundo Zéu Palmeira Filho (2002, p. 113):

A Lei Maior é taxativa ao dizer que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito que tem por missão amparar a dignidade da pessoa humana, regendo-se nas suas relações por vários preceitos, dentre os quais se destacam a defesa da paz e a prevalência dos direitos humanos. O propósito de reprimir a discriminação está assentado no art. 5º, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Discriminar significa diferenciar, distinguir, discernir; separar. Num conceito jurídico, pode ser entendido como tratamento pior ou injusto despendido a alguém, estando ligado a algum tipo de preconceito.

O ato de discriminar pode ser tido como constitucional, posto que a própria Constituição Federal fixa alguns direitos através de tratamento discriminatório. Contudo, essa conduta se faz necessária na medida em que se pretende proteger grupos ou classe de indivíduos fragilizados, em

posição de desvantagem perante a sociedade, necessitando, portanto, de tratamento diferenciado. Essa discriminação é conhecida como positiva, consistindo em políticas públicas que se destinam a extinguir situações de desigualdade.

Como exemplo, temos a política de quotas em algumas universidades, que visa a proporcionar oportunidades de estudo e posterior crescimento econômico, a fim de que diminuam as desigualdades atualmente existentes.

Há, também, a discriminação negativa, esta se concretiza esta pelo significado pejorativo da palavra, tendo em vista que se refere a tratamento desigual a indivíduos supostamente titulares dos mesmos direitos e obrigações.

Esse tipo de discriminação decorre, normalmente, de preconceitos e concepções estereotipadas, e, ainda, do pensamento de que a diferença de raças implica a superioridade ou inferioridade perante os demais membros da sociedade.

Convém destacar que a discriminação em virtude da região do país da qual a pessoa é oriunda é bastante comum no Brasil, no qual os nascidos na região Norte e Nordeste são taxados de preguiçosos, caipiras, e outros pelos que moram em outras regiões, sendo empecilho, inclusive, para a aceitação em um emprego.

O preconceito, de acordo com Dicionário Brasileiro GLOBO é “conceito antecipado e sem fundamento razoável; opinião formada sem ponderação; superstição; convencionalismo”³. Ter um preconceito sobre algo é formar opinião sem ter o mínimo de conhecimento sobre o mesmo, o que leva à opinião, invariavelmente, equivocada e eivada de discriminação.

Ressalte-se que há, no ordenamento jurídico pátrio lei ordinária que proíbe a prática de tratamentos discriminatórios na relação de trabalho. A lei n.º 9.029, de 13 de abril de 1995, proíbe a exigência de atestados de gravidez, esterilização, a realização de exames e outras práticas discriminatórias como condições para admissão ou permanência da relação jurídica de trabalho, prevendo, inclusive, penalidade para os empregadores que assim procederem, e, facultando ao empregado injustiçado a reintegração ao cargo ou um valor indenizatório a ser fixado.

Há de se notar que não há norma específica que proíba a prática de retaliações por parte do empregador para o empregado que o denunciou judicialmente. Todavia, apesar desta ausência legal, inadmissível permitir esse tipo de discriminação ao obreiro que nada fez além de procurar guarida para um direito seu, previamente determinado por legislação infraconstitucional.

É que a busca pela proteção judicial a um direito se consubstancia no exercício de outro direito, este, direito fundamental constitucionalmente previsto, qual seja, o direito de ação.

Esse é o entendimento de Canaris (2006, p. 241 e 242):

3 FERNANDES, Francisco. **Dicionário Brasileiro Globo**. São Paulo. Globo, 1995.

O direito privado pode permanecer aquém da medida de proteção ordenada pela Constituição. Aqui o legislador viola, portanto, um direito fundamental e isto não na sua função de proibição de intervenção, mas sim na sua função de mandamento de tutela... Os direitos fundamentais podem conduzir a uma complementação e correção do Direito Privado pela via do desenvolvimento judicial do direito.

Por conseguinte, garantir o amplo acesso do trabalhador ao Judiciário sem lhe proporcionar o mínimo de garantias contra as possíveis investidas do empregador com o intuito de inibir esse tipo de conduta assemelha-se a negar o direito de ação, ultrajando os dispositivos constitucionais.

5 A DISPENSA SEM JUSTA CAUSA NO DIREITO BRASILEIRO

Em 1982, durante a 68ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, aprovou-se a Convenção 158, que teve vigência internacionalmente a partir de 1985.

A citada convenção tem como finalidade impedir a extinção do contrato empregatício por tempo indeterminado por parte do empregador sem que se apresente uma justificativa plausível, como ausência de qualidades técnicas e comportamentais do empregado ou tal atitude seja necessária para a sobrevivência econômica da empresa.

Impõe, destarte, a existência de uma justa causa internacionalmente aceitável como condicionamento para o fim lícito da relação laboral. E para inibir a dispensa imotivada por parte do patrão, a própria convenção prevê, nos arts. 5º e 6º, quais as circunstâncias e motivos não podem ser considerados causa justa. São elas:

Artigo 5. (...)

- a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento de empregador, durante as horas de trabalho;
- b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade;
- c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes;
- d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou a origem social;
- e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

Artigo 6 - A ausência temporal do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificada de término da relação de trabalho.

Além disso, a convenção prevê que o empregado dispensado sem justa causa terá direito à reintegração, ou, ainda, a indenização apropriada.

A Convenção 158 da OIT foi amplamente aceita pelos países mundo afora, como a Alemanha e a Itália, tendo sido ratificada pelo Brasil em 6 de janeiro de 1996.

Com efeito, sua vigência no sistema jurídico brasileiro não foi muito longa, posto que a convenção começou a ser criticada pelos doutrinadores, que argumentavam a violação, pela mesma, do artigo 7º inciso I, da Constituição Federal de 1988 que garante “relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos **termos de lei complementar**, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”⁴.

Pressionado pelas empresas e acusado de ser influenciado pelos interesses do mercado, o Governo Federal denunciou, em 20 de dezembro de 1996, através de Decreto n. 2.100, a Convenção 158 da OIT.⁵

Segundo Maurício Godinho Delgado, a partir dessa data, voltou a vigorar no Estado brasileiro, o critério da dispensa desmotivada por ato empresarial, ensejando a caracterização da modalidade de ruptura contratual por parte do empregador, como o simples exercício de um direito potestativo, sendo desconsiderados todos os critérios pessoais e sociais que envolvem a dinâmica da extinção do contrato de trabalho.⁶

Com a regularização da dispensa imotivada no direito pátrio, predomina, no interior de cada indivíduo, o temor do desemprego, que, atualmente, é uma mazela mundial.

Ora, o emprego ocupa um lugar central na vida das sociedades ocidentais, configurando, além de um meio para sustentação econômica e subsistência do trabalhador e de sua família, um instrumento necessário para a integração do indivíduo na sociedade, funcionando, efetivamente, como ferramenta concretizadora do sentimento de dignidade da pessoa humana. O ser humano, enquanto trabalhador desempenhando atividade lucrativa, útil, ou apenas que lhe traga um sentimento de completude, elabora, de si próprio, a concepção de “um homem digno”.

O receio de entrar para o rol dos desempregados, bem como a possibilidade de permanecer nessa conjuntura indefinidamente, impregna o trabalhador de medo e temor, proporcionando a insegurança não são ao mesmo, individualmente considerado, mas à coletividade de uma forma geral. É sabido que esse sentimento subjuga as pretensões do ser humano, motivo pelo qual se tornou muito comum a submissão incondicional do trabalhador às ordens emanadas do empregador.

O obreiro inseguro quanto à sua condição de trabalhador facilmente se submete aos caprichos do empregador, bem como renuncia a inúmeros direitos que lhe foram conferidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas, optando por adotar uma postura que não contrarie os

4 SOBRINHO, Zéu Palmeira. **Estabilidade**. São Paulo, 2002. Pág. 55

5 Ob. Cit. P. 55.

6 Ob. Cit. P. 1107

interesses patronais, que, a qualquer momento, podem decidir pela sua dispensa, seja motivada ou imotivada.

Diante da regularização da dispensa sem justa causa e do atual quadro de desemprego estrutural perpassado pelo mundo, com a conseqüente formação do exército de reserva, poder-se-ia concluir que o direito potestativo de despedir do empregador se configura absoluto, total?

A resposta é negativa. Apesar de o ordenamento jurídico pátrio ter legitimado a prática da dispensa sem justa causa, esse direito não é considerado absoluto, tendo em vista que o próprio ordenamento reconheceu a necessidade de proteção à relação empregatícia, efetivando o princípio da continuidade da relação de emprego, através de medidas limitadoras do poder de extinguir o pacto laboral dos empregadores

Essas medidas estão legalmente enumeradas, mediante a Consolidação das Leis de Trabalho. São as chamadas garantias e estabilidade. De acordo com Zéu Palmeira Sobrinho:

A estabilidade é a impossibilidade de dispensa do empregado, salvo por motivo de falta grave, enquanto a garantia de emprego compreende um continente maior no qual, além da estabilidade, estão inseridas as medidas para assegurar a manutenção do empregado em seu posto e a inserção de determinada faixa de trabalhador ao mercado de trabalho.

A garantia, portanto, é o gênero do qual a estabilidade é espécie. A garantia se perfaz pelas políticas de inserção e manutenção do pacto laboral, enquanto a estabilidade é a vantagem jurídica conferida ao trabalhador, em virtude de circunstâncias tipificadas, que assegura a manutenção do vínculo empregatício, sendo irrelevante, a vontade do empregador.⁷

À empregada gestante é garantida a estabilidade de emprego desde a ciência da gravidez até o quinto mês após o parto; ao dirigente sindical, e ao empregado integrante de CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes), também é assegurada estabilidade. As políticas de inserção no mercado de trabalho, como as que visam que o jovem consiga o primeiro emprego, ou, ainda, as que reservam vagas para deficientes, são exemplos de garantia de emprego.

Tanto a garantia como a estabilidade de emprego, “voltam-se de modo essencial, contrariamente ao exercício unilateral do poder empregatício pelo empregador, inviabilizando a ruptura contratual arbitrária pelo empregador.”⁸

Os que gozam de garantia ou estabilidade de emprego têm direito à reintegração no cargo anteriormente ocupado, sem prejuízo das remunerações devidas pelo período de afastamento, ou, noutra hipótese, pode o juiz, analisando o caso *in concreto* e verificando a inviabilidade do retorno ao trabalho, ou até mesmo se esta for a preferência do trabalhador, determinar o pagamento de uma

7 Ob. Cit. P. 1103.

8 Ob. Cit. P. 1103

indenização correspondente.

Conforme incansavelmente ressaltado, o art. 5º da Constituição Federal diz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residente no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Admitir-se a dispensa ou qualquer outro tipo de punição do trabalhador que recorre ao Judiciário com o intuito de assegurar um direito supostamente violado, constitui, inegavelmente, prática discriminatória, avultante da liberdade individual e de direitos fundamentais do ser humano.

Retaliações por parte do empregador ao empregado reclamante são consideradas violadoras do princípio da igualdade, da não-discriminação, da dignidade da pessoa humana e do direito de ação.

A ausência de exigência de causa justa para dispensa, bem como o atual quadro político de desemprego estrutural, não podem dar abertura para esse tipo de retaliação, devendo qualquer conduta nesse sentido, ser totalmente reprimida pelo ordenamento jurídico pátrio.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, tem-se que no ordenamento brasileiro existem normas que garantem a indenidade do trabalhador perante as possíveis represálias patronais em virtude daquele ter recorrido ao Judiciário para garantir direito que entede ser titular.

A aceitação de tratamento diverso, que exponha o trabalhador às arbitrariedades do patrão, são consideradas como afronta ao pleno acesso ao judiciário, que não pode ser efetivamente exercido se não for acompanhado de garantias de incolumidade do reclamante. Também estar-se-ia sendo conivente com o desrespeito à direito fundamentais fixados na Constituição Federal, os quais, atualmente, não são norma apenas programáticas, mas sim dispõem de plena eficácia.

Desse modo, qualquer conduta do empregador que vise inibir o exercício do direito de ação, resultando numa dispensa discriminatória, pode ensejar a anulação do ato, com escopo no art. 9º da CLT, que afirma: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”, tendo o trabalhador discriminado, o direito à reintegração, com o pagamento de todas as verbas salariais devidas no decorrer do afastamento até a data do retorno, sendo assegurado todos os demais direitos.

O direito de ação é um direito de todos. Irrelevantes se tornam as situações econômica-financeiras, sociais, políticas ou raciais. Irrelevante é, até mesmo, a real existência do direito que se alega ofendido. Pois para o ordenamento, o direito de ação se assemelha ao direito à liberdade de expressão, tão bem defendido por Voltaire, que disse: “Não concordo com uma só palavra do que dizes, mas defenderei até a morte o teu direito de dizê-las”.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988.** Coordenador Alexandre de Moraes. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo. LTr, 2005.

SOBRINHO, Zéu Palmeira. **Estabilidade.** São Paulo. LTr, 2002.

JR, Fredie Didier. **Teoria geral do processo e processo de conhecimento.** Bahia. Podium, 2007.


WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de Processo Civil. V. I.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005.


FERNANDES, Francisco. **Dicionário Brasileiro Globo.** São Paulo. Globo, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo. Malheiros Editores, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** São Paulo. Método, 2006.

Sites consultados

ALMEIDA, Eduardo Sérgio de. Garantia de indenidade do reclamante empregado, frente a represálias patronais, em face do Direito brasileiro . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1463, 4 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10095>>. Acesso em:  20 set. 2007.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. O princípio da não-discriminação e sua aplicação às relações de trabalho . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1176, 20.set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8950>>. Acesso em:  20 set. 007.