

Garantia de indenidade do reclamante empregado, frente a represálias patronais, em face do Direito brasileiro

Eduardo Sérgio de Almeida*

SUMÁRIO: I – introdução. II - dos princípios e direitos fundamentais. III - direito de ação como direito fundamental. IV - limitações ao direito patronal de despedir empregados. V - direito espanhol e direito brasileiro. VI - conclusões

Sem cidadãos dispostos a ser vigilantes, a empenhar-se, capazes de resistir contra os arrogantes, servir ao bem público, a república morre, torna-se um lugar em que alguns dominam e outros servem.^[01]

I - INTRODUÇÃO

O objetivo do presente ensaio é o de demonstrar que a garantia de indenidade do trabalhador que demanda perante a Justiça do Trabalho, contra seu empregador, visando a corrigir uma situação que esse trabalhador entende ser violadora dos seus direitos, é perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e está amparada pelos princípios de não discriminação e de dignidade da pessoa humana, além do princípio de cidadania, que são fundamento e objetivo da República Federativa do Brasil, constantes da Constituição brasileira.

O substantivo indenidade vem do adjetivo indene, que segundo o Dicionário Houaiss^[02] é aquele que não sofreu dano, que se encontra livre de prejuízo, sendo indenidade a isenção de dano. Do ponto de vista jurídico, mais particularmente do ponto de vista do Direito do Trabalho, garantia de indenidade significa que está assegurado ao trabalhador que demanda contra o seu empregador perante a Justiça que o mesmo não pode sofrer qualquer sanção ou discriminação patronal pelo exercício desse direito de ação judicial.

Entre os especialistas, costuma-se afirmar que a Justiça do Trabalho brasileira é, na verdade, uma Justiça do ex-empregado, devido à circunstância de não haver, na nossa legislação, impedimento para que o empregador despeça o empregado que busca o amparo do Judiciário contra ato patronal hipoteticamente violador de direito seu. Ousamos discordar do ponto de vista estabelecido, porquanto entendemos que, no nosso ordenamento jurídico, encontram-se normas positivadas que garantem a indenidade do trabalhador, enquanto demandante contra seu empregador, uma vez que o exercício de um direito fundamental, como o direito de ação, não pode ser objeto de retaliação por parte do empregador, sem que o Estado-Juiz, quando provocado, venha em socorro do retaliado, declarando nulo o ato violador dessa garantia e penalizando o empregador que transgredir uma das garantias básicas da cidadania.

Para alcançar nosso objetivo, discorreremos brevemente sobre a noção de princípios e direitos fundamentais, bem como faremos um ligeiro exame da doutrina e jurisprudência espanhola a respeito do tema. Também examinaremos a jurisprudência brasileira a respeito do princípio de não discriminação.

II -DOS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A questão dos princípios e dos direitos fundamentais tem-se constituído motivo gerador de lutas políticas e sociais de ontem e de hoje. No início da idade moderna, com as doutrinas jusnaturalistas e, posteriormente, com a inclusão nas constituições dos Estados Liberais, dos direitos e garantias fundamentais, o tema, de ordem filosófica e política foi e continua sendo fundamental para a consolidação do Estado de Direito.

Aqui não nos interessa a discussão da origem histórica do tópico. A nossa preocupação é de ordem dogmática e tem em vista as disposições a respeito do assunto na Constituição brasileira, que, não obstante ser a nossa lei fundamental, contém princípios e regras que o próprio texto constitucional denomina de fundamentais, em face da importância basilar das normas que tratam da justificação da existência do Estado, isto é, das bases filosóficas que norteiam essa existência, e dos direitos e garantias do cidadão.

Logo no artigo 1º da Constituição, é asseverado que *a Republica Federativa do Brasil constitui-se em Estado de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.* O art. 3º dispõe: *constituem objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a*

pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação.

Ao contrário do que ocorria antes da Segunda Guerra Mundial, o entendimento atual é de que esses princípios, dentre outros contidos no texto constitucional, não são simplesmente políticos, meras regras programáticas, dirigidas ao legislador futuro. Ao contrário, são normas jurídicas ^[03] positivas dotadas de validade e legitimidade, conseqüentemente de aplicação obrigatória pelo Legislador, pelo Administrador e pelo Juiz nas tarefas que competem aos titulares de cada uma das três funções do Estado ^[04].

Conforme assevera o Min. do STF Marco Aurélio, "em relação aos direitos e às garantias individuais, a Carta de 1988 tornou-se, desde que promulgada, auto-aplicável, cabendo aos responsáveis pela supremacia do Diploma Máximo do País buscar meios de torná-lo efetivo". ^[05]

De acordo com a moderna doutrina, de origem alemã, denominada *Drittwirkung*, hoje amplamente aceita, inclusive no Brasil, os direitos fundamentais, reconhecidos na Constituição, têm eficácia frente a terceiros e não somente frente ao Estado. Segundo esta construção doutrinária, os direitos fundamentais não são só os direitos de liberdade frente ao poder público, senão também direitos de liberdade ou de ação exercitáveis em todos os âmbitos da vida social. No dizer de Bonavides, "direitos fundamentais que já não se circunscrevem à esfera subjetiva, confinada ao confronto indivíduo-Estado, numa relação onde se patenteia sempre a exterioridade do ente individual frente ao Estado, em antagonismo com este, isto é, em oposição ao seu poder... Como se vê, havia dantes o direito fundamental do *status negativus*, mas agora o que há é um direito fundamental incorporando à sua caracterização a dimensão objetiva..." ^[06]

III - DIREITO DE AÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Entre os direitos fundamentais assegurados a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, previstos no art. 5º da Constituição Federal, encontra-se aquele elencado no inciso XXXV, que garante a todos a apreciação, pelo Poder Judiciário, de lesão ou ameaça a direito ^[07]. Esta regra já se encontrava consagrada no ordenamento constitucional anterior à Constituição de 1988, uma vez que a Constituição de 1967, no § 4º do art. 153, dispunha: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". Comentando tal dispositivo Frederico Marques afirma: "Primeiramente, se a lei não pode subtrair da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual, daí se segue que o direito de ação está consagrado como direito fundamental do indivíduo no Direito Constitucional brasileiro". ^[08]

Ora, se o direito de ação, como direito subjetivo público, está consagrado como direito fundamental, toda conduta, mesmo legalmente prevista, que vise a impedir o exercício desse direito, fere um direito subjetivo concreto e, mais grave ainda, atenta contra a organização do Estado brasileiro, na medida que atinge princípios e objetivos fundamentais da nossa república, viola, portanto a Constituição.

Então, tendo em vista os dispositivos constitucionais acima referidos, muito embora o direito positivo brasileiro não contenha, expressamente, qualquer norma que obstaculize o empregador de adotar represálias contra o seu empregado que lhe aciona perante a Justiça, esse impedimento pode ser deduzido do princípio constitucional de não discriminação e do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois conferir ao cidadão o amplo acesso ao Poder Judiciário, sem cercar esse direito de garantias mínimas, permitindo ao empregador dificultar ou mesmo impedir o empregado de buscar a proteção do Estado-Juiz, equivale a negar essa proteção e, por via de conseqüência, negar um direito fundamental previsto na Constituição. E não se diga que o empregado tem liberdade para pleitear reparação de possível lesão de seu direito, por parte do empregador, sendo as retaliações patronais conseqüência dessa liberdade, pois no direito, que trata de relações intersubjetivas, não interessa aquele conceito de liberdade, que é dos antigos, como autodeterminação absoluta. Nessa acepção, até um homem preso ou acorrentado seria livre, pois não seria possível prender ou acorrentar o seu espírito. Tal conceito, além de filosoficamente indefensável, não serve como guia de uma sociedade pluralista como as existentes nos países democráticos. Devemos ter em conta o conceito moderno de liberdade política, liberdade em sentido negativo, que vê a liberdade como não impedimento.^[09] Nas palavras de Berlin, "se pode dizer que sou livre quando nenhum homem ou grupo de homens interfere em minha atividade. Nesse aspecto a liberdade política é o espaço em que alguém pode atuar sem ser impedido por outros. Se outros me impedem de fazer algo que antes podia fazer, sou, nesta medida, menos livre. Se, porém, o impedimento vai mais além do normalmente admissível, posso dizer que estou sob coação ou até que estou sendo escravizado".^[10]

É o próprio Berlin que exemplifica duas situações em que não há liberdade, do seguinte modo: "Se em um estado totalitário traio um amigo, sob ameaça de tortura ou se atuo de determinado modo com medo de perder o emprego, posso afirmar que não agi livremente".^[11] (o negrito e nosso)

Mesmo que se entenda não haver aplicabilidade direta dos direitos fundamentais entre particulares, mas aplicabilidade indireta ou reflexa, que é na atualidade a doutrina prevalecente na Alemanha, haveria que ser impedida qualquer represália do empregador ao empregado que o aciona, mesmo não havendo norma específica a respeito, baseado nos deveres de proteção que tem o Estado em relação aos seus cidadãos, prevista no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Segundo Canaris, "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".^[12]

IV - LIMITAÇÕES AO DIREITO PATRONAL DE DESPEDIR EMPREGADOS

No Brasil, vigora o direito de o empregador despedir o empregado sem motivar essa despedida, bastando que pague os valores indenizatórios previstos em lei, que não são mais do que a multa de 40% sobre o valor do Fundo de Garantia depositado em conta vinculada desse trabalhador, e a obrigação de avisar-lhe, previamente, dessa despedida, com prazo mínimo de 30 dias, ou de pagar-lhe o valor do período do pré-aviso. Diz-se que o empregador tem direito potestativo de despedir o trabalhador. Seria, entretanto, absoluto tal direito? A resposta é não. O direito brasileiro contém limites ao poder patronal de despedir trabalhador. Caso do trabalhador eleito para cargo de direção de entidade sindical ou de membro eleito como representante dos trabalhadores nas Comissões Internas de Prevenções de Acidentes (CIPA). Caso da mulher grávida, a partir da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Caso do trabalhador em gozo de licença para tratamento de saúde. A lei concede estabilidade no emprego a esses trabalhadores, que só poderão ser despedidos, enquanto perdurar a situação garantidora da estabilidade, em casos excepcionais, como, por exemplo, por justa causa ou pela extinção do estabelecimento em que trabalham.

Recentemente, a jurisprudência trabalhista brasileira vem entendendo que a dispensa do trabalhador portador do vírus HIV, caso se dê de forma arbitrária, afronta o *caput* do art. 5º da Constituição Federal, sendo, por isso, vedada pelo nosso ordenamento jurídico. Tal entendimento não se constitui, porém, em uma nova forma de estabilidade mas é, tão somente, uma maneira de evitar que o despedimento se dê de maneira discriminatória, com a violação de um direito fundamental. São inúmeras as decisões do Tribunal Superior do Trabalho – TST – nesse sentido, a exemplo do acórdão cuja ementa se transcreve a seguir:

*EMPREGADA PORTADORA DO VÍRUS HIV.
DISPENSA DISCRIMINATÓRIA.*

A SDI-I do TST firmou posicionamento no sentido de que, ainda que não exista, no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego do

empregado portador do vírus HIV, a dispensa de forma arbitrária e discriminatória afronta o caput do art. 5º da CF/88. ^[13]

O art. 5º da Constituição Federal, logo no *caput*, estabelece: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

A despedida ou outra qualquer punição do trabalhador que recorre ao Judiciário visando assegurar um direito supostamente violado pelo seu empregador constitui também, indubitavelmente, atitude discriminatória, violadora da liberdade do trabalhador e de direito fundamental assegurado na Constituição pelo inciso XXXV do art. 5º. Tal direito não é meramente programático, como seriam aqueles que asseguram ser direito social o direito a moradia ^[14], ou o direito a um salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, pois para tornar exequível tal dispositivo – o que assegura amplo acesso ao Judiciário – o inciso LXXIV do art. 5º da Constituição prevê a prestação de assistência judiciária gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Como se vê, o legislador constituinte procurou tornar o acesso ao Judiciário uma garantia real. ^[15] É efetiva esta garantia ao trabalhador se não se veda ao empregador adotar medidas retaliatórias contra o empregado que o demanda perante o Judiciário? Obviamente que não, pois o receio do revide patronal, que pode variar da transferência de função ou do lugar de prestação de serviços e da supressão de gratificação, até a despedida pura e simples, em geral é suficiente para demover o trabalhador de buscar os seus direitos, que julga violados, perante a Justiça.

Se o acesso à Justiça não é assegurado efetivamente ao trabalhador, na vigência do pacto laboral, resta comprometida a principal função social do Direito do Trabalho que, segundo López "repousa em um delicado equilíbrio estrutural entre a liberdade de empresa e o poder empresarial, de um lado e a proteção e tutela do trabalho assalariado, mediante a compensação das desigualdades do contratante débil e dos grupos sociais dependentes, por outro lado". ^[16]

V - DIREITO ESPANHOL E DIREITO BRASILEIRO

Sobre o assunto que vimos discutindo, penso que será útil trazer a cotejo o exemplo do direito espanhol. Na Espanha, o Estatuto dos Trabalhadores prevê dois tipos de invalidade das despedidas de empregados: a despedida nula e a despedida improcedente. A primeira está prevista no art. 55 do Estatuto; quando uma despedida é declarada nula, o empregador terá que readmitir imediatamente o trabalhador, pagando-lhe os salários

deixados de perceber desde a despedida até a efetiva readmissão. Na despedida declarada improcedente, prevista no art. 56 do Estatuto, o empregador poderá optar entre a readmissão do trabalhador, com o pagamento dos salários no período de afastamento do trabalho ou o pagamento de uma indenização de 45 dias de salário por cada ano de trabalho e mais a soma dos salários deixados de perceber desde a data da despedida, até a notificação da sentença que declare a improcedência ou até que o trabalhador tenha arranjado outro emprego, neste caso se a nova colocação for anterior à sentença.

No direito brasileiro, não há igual distinção. Nas despedidas sem justa causa em que não haja impedimento legal ou contratual ao poder patronal de despedir o seu empregado, são devidas apenas as reparações legalmente previstas, que são, como já assinalado, muito poucas e francamente insuficientes para constituir-se em empecilhos para os despedimentos e para a tão criticada rotatividade de mão-de-obra, reconhecidamente causadora de nefastos efeitos sociais e econômicos.

No caso das denominadas estabilidades no emprego (a de empregado eleito diretor sindical ou membro de CIPA, a da gestante, a do trabalhador em gozo de licença para tratamento de saúde), havendo despedidas, estas podem ser anuladas pelo juiz, com a conseqüente obrigatoriedade do empregador readmitir o empregado, pagando-lhe a remuneração vincenda, do momento da despedida até a data da efetiva readmissão ou, caso mais freqüente, considerando-se as circunstâncias da existência de incompatibilidade entre as partes da relação de emprego, a condenação do empregador ao pagamento de uma indenização ao empregado e a remuneração do período que mediou entre a despedida e a data da prolação da sentença.

Assim sendo, sustentamos que no Brasil também deve ser garantida a indenidade do trabalhador que demanda perante a Justiça contra o seu empregador, por suposta violação de um direito, desde que tal demanda não seja artificialmente forjada com o intuito de impedir uma demissão já prevista ou anunciada com base em critérios técnicos, econômicos ou de conveniência do empresário. Nosso entendimento está embasado no direito interno brasileiro, conforme vimos argumentando e encontra respaldo ainda no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), que tendo sido aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226 de 12/12/1991 e promulgado pelo Decreto Legislativo Nº 592 de 06/12/1992, também é direito interno. Nesse pacto, os Estados se obrigam a criar mecanismos judiciais aptos a garantir os direitos sociais, com a conseqüente reparação no caso de violação dos mesmos.

Na Espanha, inexistente, igualmente, dispositivo expresso em norma legal que preveja a garantia de indenidade do trabalhador frente a represálias do empregador, no caso de demanda judicial proposta por aquele contra este,

o que não impediu o Tribunal Constitucional de decidir, em inúmeros julgados, que o direito de acesso ao Judiciário, como direito fundamental, estaria prejudicado em sua eficácia caso o trabalhador pudesse ser penalizado pelo empregador por ter ajuizado ação contra este. Merece transcrição o trecho seguinte da Sentença do Tribunal Constitucional N° 55/2004.

*"En suma, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24.1 de la Constitución Española quedaría privado en lo esencial de su eficacia si la protección que confiere no incluyera las medidas que puede llegar a adoptar un empresario como reacción represiva frente a una acción judicial ejercitada por un empleado ante los Tribunales. El temor a tales medidas podría disuadir a los trabajadores de hacer valer sus derechos y, por tanto, poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la consagración constitucional de la efectividad de la tutela judicial, re trayendo a los trabajadores de hacer uso de su derecho a la protección jurisdiccional ante los órganos del Poder Judicial".**

O entendimento da Corte Constitucional espanhola a respeito da matéria em discussão é pacífico na atualidade, sendo a garantia de indenidade devida não apenas ao trabalhador que já se encontra demandando contra seu empregador, senão também àquele que dá início a atos preparatórios de demanda judicial, como é o caso da sentença cujo trecho se transcreveu *retro*, como se lê da sua parte final, abaixo reproduzida:

"ha de concluirse que el despido del demandante de amparo se conectaba directamente con una actuación tendente a la evitación del proceso, lo que, en los términos antes señalados, constituye una vulneración de la garantía de indemnidad contraria al art. 24.1 CE". *^[17]*

Para Álvarez Alonso, que escreveu inspiradora obra monográfica sobre o assunto, "parece evidente que o reconhecimento de um direito deve conter não só a possibilidade de exercitá-lo, senão também a tutela de quem o exercita, frente a quem poderia ver-se afetado por seu exercício, isto é, no caso do empregado que demanda contra seu empregador, direito constitucionalmente previsto, deve ser assegurada ao trabalhador a garantia de não sofrer represálias por parte do seu empregador, afetado pela demanda do trabalhador".^[18]

A dependência do trabalhador frente ao empregador, característica da relação de trabalho, não pode ser agravada com a falta de garantia do exercício do direito de ação por parte do hipossuficiente, sob pena de transformar-se a garantia constitucional de amplo acesso ao Judiciário em

letra morta, ao menos em relação ao trabalhador-empregado que necessitar recorrer ao Estado-Juiz, para ter assegurado um direito hipoteticamente violado por seu empregador. Deste modo, essa garantia há que estar contida no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que seria incoerente a existência de uma garantia, da natureza de direito fundamental, sem a possibilidade real do seu exercício. Como afirma o Professor Luiz Roberto Barroso, "A Constituição não é apenas parâmetro de validade das normas de hierarquia inferior, senão também vetor de interpretação de todas as normas do sistema." [19]

Voltando ao exemplo espanhol, é novamente Álvarez Alonso que nos vem em socorro quanto afirma: "A garantia de indenidade não faz mais que reafirmar algo já pressuposto nas relações jurídicas. O fazer valer as próprias posições ou interesses no lugar e momento correspondentes, inclusive em sede judicial, não comporta qualquer tipo de censura ao trabalhador, seja como sanção, ou sequer desprezo ou desconsideração". [20]

Perfeitamente cabível, em face do ordenamento jurídico brasileiro, o mesmo entendimento que têm a doutrina e a jurisprudência espanholas em relação à garantia de indenidade do trabalhador frente represálias patronais pelo exercício do direito de ação.

VI - CONCLUSÕES

Dos argumentos expostos, concluímos que no ordenamento brasileiro encontram-se normas que garantem a indenidade do trabalhador frente a represálias patronais pelo exercício do direito de ação contra esse mesmo empregador, pois entendimento em sentido diverso leva à dedução de que o direito brasileiro tolera o desrespeito a vários princípios constitucionais, sobretudo o desrespeito ao princípio da não discriminação, ao princípio da igualdade, ao princípio da dignidade da pessoa humana, e tolera a violação frontal de um dos fundamentos do Estado Brasileiro, o da cidadania. Se não há efetiva garantia de acesso ao Judiciário, por parte do trabalhador empregado, consagra-se, na prática, a existência de dois tipos de cidadãos, ou melhor, consagra-se a existência de uma sobrecidadania e uma subcidadania, [21] ferindo-se de morte a dignidade do trabalhador reduzido, neste aspecto, à condição de servo do patrão; faz-se tábula rasa do princípio republicano, que identifica a liberdade com ausência de dependência do indivíduo da vontade arbitrária de outros homens.

Portanto, devem ser consideradas nulas quaisquer represálias tomadas pelo empregador contra o empregado que buscar o amparo do Judiciário, em contraposição ao seu patrão, visando a corrigir uma hipotética lesão ao seu direito, uma vez que tais atos patronais violam frontalmente os já referidos princípios constitucionais e o disposto no art. 9º da CLT, que

comina nulidade de pleno direito aos atos destinados a desvirtuar, impedir ou fraudar os preceitos protetores do hipossuficiente. No caso de despedida, deve ser determinada a reintegração do empregado, com o conseqüente pagamento da remuneração do período que decorreu desde a data do afastamento até a reintegração, assegurando-se todos os demais direitos decorrentes do contrato de trabalho.

Na construção da democracia que almejamos, como nação civilizada anelada, não podemos ter uma parcela significativa da nossa população à qual se confere certos direitos fundamentais, impossibilitada de exercê-los efetivamente por conta da vontade arbitrária de outrem. *Opus iustitiae pax.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 – Alonso, Diego Álvarez. La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales, 1ª edição, Albacete, Espanha: Editorial Bomarzo, 2005.

2 – Barcellos, Ana Pula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2002.

3 – Barroso, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Revista da Escola Nacional de Magistratura. Brasília, ano I, N° 2, p. 26 – 72. Outubro de 2006.

4 – Berlin, Isaiah. Dos conceptos de libertad y otros escritos, Madrid: Alianza Editorial, 2001.

5 – Bobbio, Norberto e Viroli, Maurizio. Diálogo em torno da república, Rio de Janeiro: Editora Campus 2002.

6 – Bonavides, Paulo. Curso de direito constitucional, 16ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

7 – Canaris, Caus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha, "In:" Sarlet, Ingo Wolfgang. (Org.) Constituição, direitos fundamentais e direito privado, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006. p. 225 – 245.

8 – Cervantes, Miguel. Don Quijote, Madrid, Santillana Ediciones Generales, 2004.

9 – Ferrajoli, Luigi. Los Fundamentos de los derechos fundamentales, Madrid, Editorial Trotta, 2001.

10 – Houaiss, Antônio, Dicionário eletrônico da língua portuguesa, Rio de Janeiro, Editora Objetiva, 2001.

11 – López, Manoel-Carlos Palomeque. Derecho del trabajo e ideología, 6ª edição, Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

12 – Marques, José Frederico. Manual de direito processual civil, 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1974.

13 – Mello, Marco Aurélio de Faria. Óptica constitucional a igualdade e as ações afirmativas. Revista da Escola Nacional de Magistratura. Brasília, ano I, N° I, p. 82 – 91. Abril de 2006.

14 – Neves, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil, 1ª edição, São Paulo, Editora Martins Fontes, 2006.

NOTAS

⁰¹ Bobbio e Viroli, 2002, p. 16.

⁰² Houaiss, 2001.

⁰³ Usamos normas no sentido de regras positivadas, não sendo relevante, para os propósitos do texto, a distinção entre regra e princípio.

⁰⁴ Barroso, 2006, p. 37, na nota 25 afirma que há princípios que não são direitos fundamentais como os da livre iniciativa.

⁰⁵ Mello, 2006, p. 86.

⁰⁶ Bonavides, 2005, p. 632.

⁰⁷ Ana Paula Barcelos, 2002, p. 305, inclui o acesso à justiça dentro do mínimo existencial que compõe a dignidade da pessoa humana.

⁰⁸ Marques, 1974, p. 71.

⁰⁹ É desse tipo de liberdade que trata esta famosa passagem de Don Quijote: "La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que

encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad así como por la honra se puede y debe aventurar la vida". Cervantes, 2004, p. 984 – 985.

¹⁰ Berlin, 2001, p. 47 e 48.

¹¹ Berlin, op. Cit., p. 59.

¹² Canaris, 2006, p. 241 e 242.

¹³ *Acórdão da 5ª T. Proc: RR Nº: 726101 ano: 2001, Publicado no: DJ - 06/02/2004, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito.*

¹⁴ Ferrajoli, 2001, p. 26, discorda da existência de normas meramente programáticas e entende que um direito fundamental positivado, sem a correspondente garantia provoca uma lacuna no ordenamento jurídico que cumpre ao legislador colmatar.

¹⁵ O TST, no Recurso de Revista número 592182/99, julgado em 18/04/2007 e publicado no DJ - 04/05/2007, confirmou decisão que anulou uma dispensa imotivada, por dois fundamentos, um deles por considerar que esta dispensa se deu por motivo discriminatório em razão de ter o empregado ajuizado, anteriormente, reclamação contra a empresa, uma vez que a dispensa por motivo de regular exercício do direito de ação não observa elemento essencial e desrespeita a Constituição.

¹⁶ López, 2002, p. 44.

* Em suma, o direito fundamental à tutela judicial efetiva, consagrada pelo art. 24. 1 da Constituição espanhola restaria privado, no essencial, de sua eficácia se a proteção que confere não incluísse as medidas que pode chegar a adotar um empresário, como reação repressiva frente a uma ação judicial exercida por um empregado ante os tribunais. O temor a tais medidas poderia dissuadir aos trabalhadores de fazer valer seus direitos e, portanto, por em grave perigo a consecução do objetivo perseguido pela consagração constitucional da efetividade da tutela judicial, dissuadindo aos trabalhadores de fazer uso de seu direito à proteção jurisdicional perante os órgãos do Poder Judicial.

* * há de concluir-se que o despedimento do trabalhador que buscou o amparo judicial se conectava diretamente com uma atuação tendente a impedir o processo, o que, nos termos antes assinalados, constitui uma vulneração da garantia de indenidade contrária ao art. 24. 1 da Constituição espanhola. (tradução livre, do autor do presente texto)

¹⁷ Disponível em www.tribunalconstitucional.es.

¹⁸ Alonso, 2002, p. 9.

¹⁹ Barroso 2006, p. 49.

²⁰ Alonso, op. cit., p. 10.

²¹ Neves, 2006, p. 248/9 afirma: "Para os subintegrados (subcidadãos) os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdade. Os direitos fundamentais não desempenham nenhum papel significativo no seu horizonte de agir e vivenciar, inclusive no concernente à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais".

*juiz do Trabalho da 13ª Região, pós-graduado em Filosofia e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, doutorando pela Universidade Castilla La-Mancha em Ciudad Real (Espanha)

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10095>

Acesso: 05 de junho de 2007