

# DIREITO DE INDENIDADE

## *RIGHT OF INDEMNITY*

Fabiano Coelho de Souza\*

Igor Vilas Boas Sahn\*\*

RESUMO: O presente trabalho destina-se ao exame do direito de indenidade, com ênfase sobre os aspectos conceituais, a origem, os fundamentos, a interpretação das normas, bem como a incidência prática do instituto na realidade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Indenidade. Represália. Discriminação. Igualdade.

*ABSTRACT: The present work is devoted to the examination of the Right of Indemnity, with emphasis on the conceptual aspects, the origin, the fundamentals, the interpretation of the norms, as well as the practical incidence of the institute in the Brazilian reality.*

*KEYWORDS: Indemnity. Retaliation. Discrimination. Equality.*

### 1 – Introdução

A função central do Direito do Trabalho é a melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica (CF, art. 7º, *caput*) e a pacificação da relação entre capital e trabalho, no campo individual e coletivo. Nesse sentido, a República Federativa do Brasil tem como fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV)<sup>1</sup>. Esses princípios correspondem a decisões políticas fundamentais do constituinte originário e, por essa razão, a ordem econômica e cada um de seus agentes estão vinculados a esses dois bens, não obstante, a sistematização concertada com o Direito do Trabalho, em observância aos tratados internacionais de direitos humanos, implicam que a ordem econômica está subordinada ao primado do trabalho e a República deve estar fundada na ordem social<sup>2</sup>.

---

\* Juiz Titular da 4ª Vara do Trabalho de Goiânia (GO); doutorando em Direitos Humanos pela UFG; mestre em Direito pela PUC-GO; foi juiz no TRT-10 (1998/99), juiz auxiliar da Vice-Presidência do TST (2014-2016) e da Presidência do TST/CSJT (2016-2018); coordenador nacional do Processo Judicial Eletrônico na Justiça do Trabalho (biênio 2016-2018); professor da Escola de Direito de Brasília (IDP) e dos cursos de pós-graduação do IDP, ATAME, IPOG, REDE JURIS, ESA-GO/UFG e UNYLEYA.

\*\* Advogado; membro da Comissão de Direito Constitucional e Legislação da OAB/GO; pós-graduado em Direito Público pela Universidade de Rio Verde; professor de Direito do Trabalho em cursos preparatórios para concursos públicos.

1 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 134.

2 DELGADO, Gabriela Neves et al. *Direito constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. São Paulo: LTr, 2015. p. 82.

É importante frisar que a hierarquia tradicional das fontes jurídicas fixa-se pela extensão da eficácia e intensidade normativa do diploma, concentradas essas qualidades mais firmemente na Constituição Federal e, em grau menor, nos diplomas normativos de caráter inferior (princípios da constitucionalidade e da legalidade)<sup>3</sup>, lado outro constrói-se, no Direito do Trabalho, de modo plástico e variável, elegendo para seu vértice dominante a norma que mais se aproxime do caráter teleológico do ramo justralhista<sup>4</sup>. É o que se denomina no direito laboral de princípio da proteção, mais especificamente na diretriz da incidência da norma mais favorável.

É o que também se extrai do diálogo das fontes<sup>5</sup>, em que as normas jurídicas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos –, mas se complementam, permitindo a utilização de normas alheias ao campo laboral de modo subsidiário<sup>6</sup>, como admite expressamente a CLT,

- 
- 3 Nessa linha, invocamos a tradicional lição de Hans Kelsen, para quem “a Constituição não se limita, igualmente, a determinar o processo para a produção de normas jurídicas gerais – o chamado processo legislativo – e sim mui frequentemente determina, no mínimo negativamente, o conteúdo de futuras leis, ao excluir certos conteúdos” (*Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 331).
- 4 Para melhor delimitar tal ideia, lembramos José Augusto Rodrigues Pinto, que afirma que “tal hierarquia, em Direito do Trabalho, não suporta uma aplicação absolutamente inflexível. A atuação de algum dos princípios de conteúdo notavelmente social e tutelar do economicamente fraco, modelando a disciplina da relação de emprego, exige certa plasticidade, nesse terreno. É o caso, em termos latos, do princípio da proteção, e em termos estritos, das regras de aplicação da norma mais favorável ou do reconhecimento da condição mais benéfica” (*Curso de direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 91).
- 5 Sobre a teoria do diálogo das fontes: MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, jan./mar. 2003. “Na belíssima expressão de Erick Jayme, é o atual e necessário ‘diálogo das fontes’ (*dialogue de sources*) a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. ‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalecente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo permitindo a opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)”.
- 6 “RECURSO DE REVISTA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS ASSEGURADOS EM NORMA COLETIVA. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. CARÁTER INSTRUMENTAL DO DIREITO PROCESSUAL. ACESSO À JUSTIÇA. DIÁLOGO DAS FONTES. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. Levando-se em conta o caráter instrumental do direito processual e, principalmente, no que diz respeito à tutela coletiva, rejeita-se a ideia de que cada fonte formal do direito deve ser interpretada de modo isolado, dando-se lugar ao que, modernamente, a doutrina intitula *Diálogo das Fontes*. Esse método hermenêutico tende a evitar antinomias, incompatibilidades e falta de coerência no ordenamento jurídico, porquanto a Constituição Federal, os Códigos, Consolidações e todas as demais normas se complementam, ao invés de se excluírem. *Isso possibilita a aplicação conjunta de mais de uma norma (inclusive processual) para a mesma hipótese fática*. Toda ação de cumprimento (art. 872 da CLT), promovida por sindicato, é também uma ação civil coletiva (art. 93 do

no art. 8º, § 1º<sup>7</sup>.

Nesse diapasão, o presente trabalho tem como objetivo analisar o direito de indenidade, compreendido como a imunização do contrato e das condições de trabalho contra atos patronais de represália ao trabalhador que, de algum modo, exercita ou reivindica um direito.

## 2 – Conceito do direito de indenidade

O direito de indenidade consiste na garantia pela qual o trabalhador pode exercer livremente um direito fundamental sem sofrer represálias por parte do empregador. A ideia foi bem desenvolvida pelo Ministro Augusto César Leite de Carvalho, para quem o ato de represália é radicalmente nulo, pois tolerar a represália patronal importaria subtrair o direito à liberdade ou a uma prestação de direito social, impedindo a sua realização material<sup>8</sup>.

Na distinção clássica entre direitos e garantias, formulada pelo Direito Constitucional<sup>9</sup>, a indenidade trata-se de garantia, e não de direito, pois não se materializa como um bem jurídico pertencente ao indivíduo, mas, sim, viabiliza a efetividade destes bens tutelados ao trabalhador. Na prática, o ordenamento

---

CDC). As regulamentações desses instrumentos processuais são harmônicas e se complementam com um só objetivo: alargar o acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Assim, no caso vertente, o autor possui interesse de agir, uma vez demonstrado que a via processual por ele escolhida (ação civil pública) é idônea à tutela de direitos individuais homogêneos assegurados em normas coletivas. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR 839-37.2012.5.08.0008, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, j. 03.06.2015, 3ª Turma, DEJT 12.06.2015) (grifos nossos)

- 7 CLT: “Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. § 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho. (...)”
- 8 CARVALHO, Augusto César Leite de. *Garantia de indenidade no Brasil: o livre exercício do direito fundamental de ação sem o temor de represaria patronal*. São Paulo: LTr, 2013. p. 112.
- 9 André Ramos Tavares, invocando as lições de Ruy Barbosa afirma que “é imperioso separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias” (*Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 602). Cabe trazer à lembrança a ponderação de Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, para quem “nem sempre, contudo, a fronteira entre uma e outra categoria se mostra límpida – o que, na realidade, não apresenta maior importância prática, uma vez que a nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais” (*Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 258).

jurídico seria vago e ineficiente caso desprovido de mecanismos procedimentais que assegurem os direitos enunciados<sup>10</sup>.

Como expressa Álvares Alonso<sup>11</sup>, a represália é bem visível na despedida em razão do ajuizamento de ação judicial, mas não se resume a tal conduta, podendo envolver despedidas, sanções disciplinares, transferências, remoções, alteração funcional, privação de complementos salariais, entre outras circunstâncias, que podem ocorrer em qualquer fase do contrato de trabalho, seja antes, durante o seu desenvolvimento ou após sua cessação. O que importa, para sua incidência, é notar se o empregador está impondo retaliação pela manifestação reivindicatória do trabalhador.

Admitindo a amplitude da garantia de indenidade, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho apresenta, por exemplo, precedentes reprimindo condutas patronais de represália ao exercício do direito de ação<sup>12</sup> e ao exercício do direito de greve<sup>13</sup>, deferindo, inclusive, a reintegração do trabalhador prejudicado.

10 Nesse sentido, Manuel Carlos Palomeque López e Manuel Álvares De La Rosa afirmam que “de muito pouco serviria, certamente, a proclamação formal de direitos e liberdades, se o texto constitucional não houvesse previsto um sistema específico, reforçado e efetivo, de garantia ou tutela para os mesmos, indo além dos mecanismos comuns de proteção aos direitos previstos no ordenamento jurídico” (*Derecho del trabajo*. 14. ed. Madri: Ramón Areces, 2006. p. 125).

11 ALONSO, D. Álvarez. *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*. Albacete: Bomarzo, 2005. p. 95.

12 “RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. RETALIAÇÃO PELO AJUIZAMENTO DE AÇÃO TRABALHISTA. REINTEGRAÇÃO. O Tribunal Regional deferiu ao reclamante indenização por dano moral em razão de dispensa arbitrária e discriminatória (mero ajuizamento de reclamação trabalhista contra a empresa). Em casos semelhantes ao dos autos, esta Corte tem entendido que a *dispensa de empregado como forma de retaliação ao exercício regular de um direito configura abuso do direito potestativo do empregador*. Na hipótese dos autos, demonstrada a ilicitude da conduta, é devida a reintegração do empregado, nos termos do art. 4º da Lei nº 9.029/95. Julgados. Recurso de revista conhecido e provido. (...)” (ARR 11331-93.2014.5.03.0061, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, j. 26.06.2018, 8ª Turma, DEJT 29.06.2018) (grifos nossos)

13 “RECURSO DE REVISTA DO AUTOR. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. TRABALHADOR EM GREVE. TELEGRAMA ENVIADO PELA RÉ COM CONOTAÇÃO DE INTIMIDAÇÃO. PRÁTICA ABUSIVA DA EMPREGADORA. VALOR ARBITRADO À INDENIZAÇÃO R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). MAJORAÇÃO INDEVIDA. No caso destes autos, ficou comprovado que a *ré enviou um telegrama ao autor com conotação de intimidação, em razão da participação do obreiro em movimento paredista e que culminou na dispensa discriminatória do obreiro*. Assim, a indenização arbitrada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) revelou-se razoável e proporcional ao dano experimentado pelo trabalhador. Diante do exposto, verifica-se que o Tribunal Regional registrou, como parâmetro para a fixação do valor da indenização do dano moral, a extensão do dano, as condições econômicas do agressor e o efeito pedagógico da penalidade, primando pela razoabilidade e proporcionalidade, não havendo falar em fixação irrisória do quantum indenizatório nem em violação do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido. INDENIZAÇÃO POR DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PARTICIPAÇÃO EM MOVIMENTO GREVISTA. LEI Nº 9.029/95. Trata-se de pedido de *indenização consubstanciada no pagamento dos salários correspondentes ao período entre a dispensa discriminatória do emprego e a efetiva reintegração, nos termos do art. 4º*,

Tais julgamentos são importantes porque explicitam que a nulidade do ato de represália conduz a efeitos inibitórios diversos, incluindo a possibilidade de retorno ao trabalho<sup>14</sup>. Nessa linha, a reintegração não está restrita às hipóteses de garantia de emprego, pois deriva da nulidade da dispensa, em razão de sua abusividade, a exemplo do que reconhece expressamente o legislador no caso da dispensa discriminatória (art. 4º da Lei nº 9.029/95).

### 3 – Origem do direito de indenidade

A indenidade (*indemnidad*) tem amplo destaque no Tribunal Constitucional da Espanha, primeiro reconhecendo a conduta de represália como sendo um ato discriminatório, para, em seguida, reconhecer que tal conduta patronal também viola o direito constitucional à tutela efetiva<sup>15</sup>. E, a partir dessa construção jurisprudencial, o legislador espanhol incorporou a nulidade de tais dispensas ao texto legal, conforme art. 17.1 do Estatuto dos Trabalhadores (*Estatuto de los Trabajadores*<sup>16</sup>). A síntese da referida norma informa que serão nulas as decisões do empregador que imponham um tratamento desfavorável aos trabalhadores como reação ante uma queixa efetuada na empresa ou uma

---

*inciso I, da Lei nº 9.029/95. O Regional concluiu que ‘a exposição das situações fáticas sofridas pelo autor em face à sua dispensa sem justa causa, demonstrou o fato constitutivo do seu direito, a teor do art. 818 da CLT c/c o art. 333, I, do CPC, de que foi demitido por conta de sua participação no movimento grevista, caracterizada, portanto, a dispensa discriminatória, a qual reconheço nula’. Todavia, indeferiu a reintegração do autor ou a indenização substitutiva prevista no art. 4º da Lei nº 9.029/95, ante a ausência de estabilidade do reclamante no emprego. A jurisprudência desta Corte entende que o rol da Lei nº 9.029/95 não é taxativo, admitindo-se outras hipóteses em que é devida a reintegração do empregado ou a indenização substitutiva nos casos de dispensa discriminatória. Considerando a nulidade da dispensa do reclamante sem justa causa logo em seguida ao seu retorno ao trabalho, após a participação no movimento paradedista, tem-se como discriminatória a dispensa, fazendo jus o obreiro à indenização por dispensa imotivada, com o pagamento dos salários correspondentes ao período entre a dispensa do emprego e a efetiva reintegração, nos termos do art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.029/95. Recurso de revista conhecido e provido. (...)’ (ARR 154500-96.2012.5.17.0004, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, j. 24.05.2017, 2ª Turma, DEJT 02.06.2017) (grifos nossos)*

14 Sobre a consideração de “nulidade radical” do ato de represália, tendo a reintegração por efeito, indicamos a leitura de José Antonio Baz Tejedor (*La tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso de trabajo*. Valladolid: Lex Nova, 2006. p. 229).

15 Para melhor compreensão da evolução jurisprudencial espanhola sobre o tema: CARVALHO, Augusto César de. Obra citada, p. 123-128.

16 “Artículo 17. No discriminación en las relaciones laborales: 1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables por razón de edad, o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español.” (Disponível em: <<https://www.estatutodelostrabajadores.com/a17-no-discriminacion-en-las-relaciones-laborales/>>. Acesso em: 20 mar. 2019)

ação judicial destinada a exigir o cumprimento do princípio da igualdade ou da não discriminação<sup>17</sup>.

A indenidade também encontra respaldo em tratados internacionais de direitos humanos oriundos da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Tal abordagem faz-se importante, tendo em vista que tais normas internacionais integram o bloco de constitucionalidade, consistente em direitos fundamentais reconhecidos pelo § 2º do art. 5º da Constituição<sup>18</sup> ou, pelo menos, ostentam caráter supralegal, de acordo com a jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal Federal. Com isso, cabe na aplicação e interpretação da norma jurídica a realização do controle de convencionalidade, procedimento pelo qual a validade das normas internas é auferida mediante o confronto com os tratados internacionais de direitos humanos, prevalecendo a regra que revelar-se mais favorável ao sujeito da proteção, que, no caso do direito do trabalho, é o trabalhador. Nessa diretriz, citamos as seguintes normas integrantes de convenções da OIT:

a) a *Convenção nº 158*<sup>19</sup>, sobre o Término da Relação de Emprego por Iniciativa do Empregador, cujo art. 5º, c, prevê, entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho, a apresentação de

17 Reconhecendo o protagonismo dos espanhóis no tema, podemos citar o seguinte precedente do TST: “RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. MIGRAÇÃO DE PLANO. RENÚNCIA DE AÇÕES. CEF. IMPOSIÇÃO REGULAMENTAR DE DESISTÊNCIA DE AÇÕES JUDICIAIS. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. GARANTIA DE INDENIDADE. Cinge-se a controvérsia à eficácia de que condicionaram a adesão ao novo PCS da CEF à exigência de renúncia aos direitos nos quais se fundam as ações judiciais que já estavam em tramitação e as que, porventura, fossem ajuizadas. O caso configura típico caso de aplicação do instituto que a doutrina jurídica moderna, sobretudo espanhola, denomina garantia de indenidade, a qual consiste em técnica de proteção do exercício dos direitos fundamentais, na busca da ineficácia dos atos empresariais lesivos a esses direitos dos trabalhadores. O Supremo Tribunal Federal reconhece a relevância da pretensão ligada à garantia de indenidade, ao considerar que, se ‘de um lado reconhece-se o direito do empregador de fazer cessar o contrato a qualquer momento, sem que esteja obrigado a justificar a conduta, de outro não se pode olvidar que o exercício respectivo há que ocorrer sob a égide legal e esta não o contempla como via oblíqua para se punir aqueles que, possuidores de sentimento democrático e certos da convivência em sociedade, ousaram posicionar-se politicamente, só que o fazendo de forma contrária aos interesses do copartícipe da força de produção’ (RE 130.206/PA, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 14.08.92). Há precedentes. Nesse contexto, entende-se que norma interna, exigindo a renúncia do direito de ação para reivindicar parcelas decorrentes do contrato do trabalho em face da adesão ao novo PCS da reclamada, revela-se cláusula abusiva a qual consubstancia obstáculo ao direito-garantia constitucional de acesso ao Judiciário, insculpido no seu art. 5º, inciso XXXV. Recurso de revista conhecido e provido. (...)” (ARR 377-22.2011.5.05.0195, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, j. 18.04.2018, 6ª Turma, DEJT 20.04.2018) (grifo nosso)

18 CF: “Art. 5º (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

19 Disponível em: <[http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236164/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236164/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

uma queixa ou participação em procedimento estabelecido contra o empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou apresentação de recurso perante as autoridades administrativas competentes. A vigência da referida convenção no direito brasileiro é objeto de discussão no âmbito do STF (ADI 1.625), tendo em vista a unilateralidade da denúncia da norma internacional pelo Presidente da República. Porém, ainda que se conclua que a convenção não está em vigor no Brasil, é possível cogitar de sua aplicação como regra de direito comparado para suprir lacuna normativa, conforme autorizado no *caput* do art. 8º da CLT;

b) a *Convenção n.º 155*<sup>20</sup>, sobre a Segurança e Saúde dos Trabalhadores, indicando no art. 5º, *e*, a necessidade de que a política nacional laboral de segurança e saúde deverá levar em consideração a proteção dos trabalhadores e de seus representantes contra toda medida disciplinar empreendida pelo empregador, em razão de conduta obreira reivindicatória em matéria de meio ambiente do trabalho. Essa perspectiva é fundamental para a proteção da integridade física e mental dos trabalhadores, na medida em que garante o diálogo com a empresa ou até mesmo denúncias a órgãos fiscalizatórios acerca de condições adversas de trabalho, permitindo a concretização da regra constitucional de redução dos riscos inerentes ao trabalho (CF, art. 7º, XXII);

Não obstante, a *Convenção n.º III*<sup>21</sup> da OIT tem sido invocada nos casos envolvendo indenidade, haja vista que a conduta patronal abusiva configura ato discriminatório. É que a conduta obreira de reivindicar um determinado direito não constitui critério razoável de discriminação, seja para permanência no emprego ou para manutenção de uma determinada condição de trabalho. Assim, o direito de indenidade possui forte origem no princípio da igualdade e na proibição de discriminações, notadamente com fulcro ao pleno acesso à justiça.

#### 4 – Fundamentos da indenidade e respaldo jurídico no Brasil

A indenidade envolve o direito de não discriminação, já que, com a retaliação, o empregador elege um critério não razoável (o não exercício ao direito de ação ou de reivindicação) como premissa necessária à permanência no emprego, função ou condição jurídica do trabalhador (CF/88, art. 3º, IV, e art. 5º, XXXV e XLI). Por isso, a jurisprudência trabalhista brasileira vem

20 Disponível em: <[http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236163/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

21 Disponível em: <[http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235325/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.



utilizando a Lei nº 9.029/95 para instrumentalizar a garantia de indenidade, conferindo imunidade ao trabalhador que reivindica seus direitos, em oposição a represálias patronais injustificadas. A referida lei proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho. No entanto, importante frisar que a aplicação e alcance desta lei demandaram alguns esforços hermenêuticos.

Em sua redação original, a lei mencionava (art. 1º), a proibição de adoção de prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego ou sua manutenção, por motivo de *sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade*, com a ressalva de proteção às crianças e adolescentes (CF, art. 7º, XXXIII). Com isso, discutia-se se alguma situação discriminatória não captada expressamente pelo legislador estaria ou não albergada pela disciplina legal. A questão era saber se o rol de discriminações proibidas pela lei seria exaustivo ou exemplificativo.

Sempre compreendemos que o rol era meramente exemplificativo<sup>22</sup>, porque a discriminação está, antes de mais nada, subordinada aos ditames da Convenção nº 111 da OIT, sobre Discriminação em matéria de emprego e ocupação. Segundo a mencionada convenção (art. 1º), a discriminação compreende toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, além de outras distinções consideradas inválidas pelo Estado-membro da OIT, depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Resolvendo a respectiva polêmica, a Lei nº 13.146/2015 alterou a Lei nº 9.029/95, para indicar a proibição de práticas discriminatórias ligadas ao *sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros*, o que pacifica a matéria. Não obstante, é importante notar que a jurisprudência do TST vem apontando que, mesmo

---

22 É que também sustenta Firmino Alves Lima: “até mesmo como princípio que rege as normas que tratam da discriminação, as enumerações de motivos nos diplomas antidiscriminatórios não são limitativas, mas tão somente indicativas, salvo quando determinada norma pretender atacar uma motivação específica de discriminação” (*Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 256).



antes da alteração legislativa, o rol de discriminações passíveis de combate era meramente exemplificativo<sup>23</sup>.

Assim, considerando a represália patronal violadora da indenidade como ato discriminatório, será aplicável o art. 4º da Lei nº 9.029/95<sup>24</sup>, pelo qual a nulidade da conduta implica, além da indenização por dano moral, na opção do empregado em ser reintegrado, com o pagamento dos salários e demais vantagens do período de afastamento ou receber indenização compensatória. Cabe frisar que tal opção cabe ao trabalhador prejudicado.

A norma deixa uma dúvida: afinal, se o empregado discriminado pleitear indenização compensatória, em lugar da reintegração no emprego, qual será o limite final da apuração da indenização?

- 23 “RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. INDENIZAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PERÍODO DE AFASTAMENTO. LEI Nº 9.029/95. ROL EXEMPLIFICATIVO. O art. 1º da Lei nº 9.029/95, com a redação vigente ao tempo do ajuizamento da reclamação trabalhista, dispunha ser ‘proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção a menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal’. Resta claro, pois, que o *legislador quis coibir a adoção de qualquer prática discriminatória para acesso a emprego, trazendo, no corpo do dispositivo, mero rol exemplificativo*. Essa intenção fica mais evidente quando se percebe que, após alguns questionamentos, a redação do art. 1º da Lei nº 9.029/95 foi alterada pela Lei nº 12.146/2015, para explicitar o que já era evidente, acrescentando-se apenas o termo ‘entre outros’ após os motivos que já citava na redação anterior. Constata-se, portanto, que o legislador, ao elencar alguns motivos, ‘entre outros’, não pretendeu restringir àqueles pelos quais poderia ser configurada prática discriminatória limitativa de acesso ou manutenção do emprego. Ao contrário, quis deixar evidente o que já tinha estabelecido na redação original do dispositivo, que havia prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso ou manutenção da relação de trabalho por aqueles motivos citados (sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade), sem prejuízo de outros mais que configurassem situação discriminatória. Dessa forma, tem-se, sem sombra de dúvida, que o art. 1º da Lei nº 9.029/95 nunca trouxe rol restritivo, mas apenas exemplificativo, o que conduz à conclusão de que, sendo comprovada conduta discriminatória na dispensa do empregado, tem aplicação o diploma legal sob análise. Por outro lado, o art. 4º da referida Lei nº 9.029/95 faculta ao empregado o direito de optar pela reintegração ou percepção em dobro da remuneração do período de afastamento. No caso, restou comprovado que a dispensa foi retaliatória, pelo fato de o reclamante ter ajuizado ação contra a empresa, e o reclamante insiste no recurso de embargos em sua reintegração aos quadros da reclamada, com o restabelecimento do pagamento de seus vencimentos mensais. Assim, havendo perfeita adequação aos ditames da Lei nº 9.029/95, determina-se a reintegração do reclamante ao emprego, com o pagamento de todas as verbas devidas no período do afastamento, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros. Recurso de embargos de que se conhece e a que se dá provimento.” (E-RR-807-35.2013.5.09.0892, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, j. 26.10.2017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 16.03.2018)
- 24 Lei nº 9.029/95: “Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: (Redação dada pela Lei nº 12.288, de 2010) I – a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais”.

Três interpretações possíveis aparecem:

a) seria devida a apuração dos salários e vantagens pecuniárias desde o desligamento irregular até a data da propositura da ação, por ser este o momento em que o empregado faz a opção pela indenização;

b) a apuração seria dos valores devidos da data do afastamento até a data da primeira decisão que considerou o caráter discriminatório do desligamento, por invocação da diretriz fixada na Súmula nº 28 do TST (já cancelada), a indicar que, “no caso de se converter a reintegração em indenização dobrada, o direito aos salários é assegurado até a data da primeira decisão que determinou essa conversão”;

c) a apuração será feita até a data do trânsito em julgado, momento em que seria apurado o valor da indenização.

Temos que a terceira solução apresentada melhor condiz com o sentido protetivo do direito do trabalho (regra do *in dubio pro operario*), além de traduzir efetivo combate à discriminação nas relações de trabalho. Assim, tal entendimento é mais adequado por revelar a efetiva indenização substitutiva: caso o trabalhador opte pela reintegração, terá apuração dos salários e demais vantagens até o retorno ao emprego, o que, em geral, ocorrerá após o trânsito em julgado; se optar pela indenização compensatória, esta deve corresponder à dobra do valor que receberia ao ser reintegrado, premissa que só será observada caso haja apuração pecuniária da data do desligamento até o trânsito em julgado da ação que reconheceu o caráter discriminatório da despedida.

### **5 – Defesa coletiva dos trabalhadores por meio da garantia de indenidade**

A indenidade instrumentaliza a proteção dos direitos fundamentais à não discriminação e à tutela judicial efetiva. Assim, tratando-se de defesa de direitos fundamentais, o Ministério Público do Trabalho possui legitimidade para ajuizar ação civil pública para combater condutas patronais inadequadas. O protagonismo processual do MPT neste campo está assegurado pelos arts. 127, *caput*, e 129, III e IX, da Constituição Federal<sup>25</sup> c/c os arts. 83, incisos

---

25 CF: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...) IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

I, II, III, e 84 da Lei Complementar nº 75/93<sup>26</sup> e 81, 82, I, e 91 do Código de Defesa do Consumidor<sup>27</sup> (microsistema coletivo).

Podemos citar como exemplo a atuação do MPT quando visa a anular e impedir a prática de atos discriminatórios da empresa, concernentes em dispensa e sanções de caráter pecuniário a empregados que ajuizaram reclamação trabalhista e não aderiram ao acordo judicial proposto pela empresa<sup>28</sup>.

26 Lei Complementar nº 75/93: “Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: I – promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas; II – manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção; III – promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos; (...) Art. 84. Incumbe ao Ministério Público do Trabalho, no âmbito das suas atribuições, exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título I, especialmente: (...) II – instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores; (...) V – exercer outras atribuições que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade”.

27 Código de Defesa do Consumidor: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – o Ministério Público (...). Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”.

28 “RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI Nº 11.496/07. PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. (...) LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL COLETIVA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. PRETENSÃO RELATIVA A DISPENSA E SANÇÕES DE CARÁTER PECUNIÁRIO A EMPREGADOS QUE PROPUSERAM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA CONTRA A EMPREGADORA E NÃO ADERIRAM AO ACORDO JUDICIAL PROPOSTO PELA EMPRESA. A legitimidade do Ministério Público do Trabalho para ajuizar ação civil pública ou ação coletiva está assegurada pelos arts. 127, *caput*, e 129, III e IX, da Constituição Federal c/c os arts. 83 e 84 da Lei Complementar nº 75/93 e 81, 82, I, e 91 do Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, sempre que restar caracterizada lesão a uma coletividade definida de trabalhadores e existir, conseqüentemente, um ato lesivo a contratos de trabalho, de forma direta ou indireta, o Ministério Público do Trabalho terá legitimidade para ajuizar ação com vistas a tutelar o direito correspondente em juízo. No caso dos autos, verifica-se que a *pretensão do Parquet visa a anular e impedir a alegada prática de atos discriminatórios da empresa, concernentes em dispensa e sanções de caráter pecuniário (supressão de gratificações e adicionais), a empregados que ajuizaram reclamatória trabalhista e não aderiram ao acordo judicial proposto pela empresa*. Trata-se de pretensão relativa a interesse social relevante, objetivando impedir o alegado abuso do direito potestativo patronal (CF/88, art. 7º, I) como forma de retaliação aos empregados que exerceram o direito fundamental de acesso ao Judiciário que implicaria afronta àquela outra garantia fundamental prevista na Constituição da República, concernente a não discriminação (CF/88, art. 5º, *caput* e inciso XXXV). A hipótese, se confirmada, configurará típico caso de aplicação do instituto que a doutrina jurídica moderna, sobretudo espanhola, denomina, na expressão dos doutrinadores espanhóis Casas Baamonde e Rodríguez-Piñero, *garantia de inden-*

Além do Ministério Público do Trabalho, o sindicato da categoria profissional também ostenta legitimidade para atuar em ações que visam combater atos patronais de represália ao exercício ou reivindicação de direitos pelos trabalhadores. É que a Constituição Federal (art. 8º, III) estabelece que cabe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. Assim, como, inclusive reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>29</sup>, a legitimidade do sindicato para atuar como substituto processual na defesa de interesses individuais dos trabalhadores lesados é ampla, o que alcançaria a repressão a atos violadores da garantia de indenidade.

## 6 – Ônus da prova quanto à violação da indenidade

Em geral, seria inviável provar a intenção discriminatória ou de represália do empregador, por traduzir aspecto psicológico de difícil demonstração. Por isso, a jurisprudência vem apontando que o desligamento em seguida ao ajuizamento de ação trabalhista presume-se discriminatório, cabendo ao empregador demonstrar um motivo de ruptura contratual diverso da represália presumida<sup>30</sup>.

---

*dade, a qual consiste em 'uma técnica de proteção do exercício dos direitos fundamentais', na busca da 'ineficácia dos atos empresariais lesivos de direitos fundamentais' dos trabalhadores. Destaque-se que não se cuida, como pareceu à Turma, de direito insusceptível de tutela por ação civil coletiva, porque preponderaria o poder potestativo de resilição contratual. O Supremo Tribunal Federal reconhece a relevância da pretensão ligada à garantia de indenidade, ao considerar que, se 'de um lado reconhece-se o direito do empregador de fazer cessar o contrato a qualquer momento, sem que esteja obrigado a justificar a conduta, de outro não se pode olvidar que o exercício respectivo há que ocorrer sob a égide legal e esta não o contempla como via oblíqua para se punir aqueles que, possuidores de sentimento democrático e certos da convivência em sociedade, ousaram posicionar-se politicamente, só que o fazendo de forma contrária aos interesses do copartícipe da força de produção' (RE 130.206/PA, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 14.08.92). No âmbito desta Subseção Especializada, há precedentes que também respaldam esse entendimento (E-RR 155200-45.1999.5.07.0024, de relatoria do Ministro Lélío Bentes Corrêa, DEJT 23.03.2012 e E-RR 7633000-19.2003.5.14.0900, Rel. Min. Ives Gandra Martins, j. 29.03.2012, DEJT 13.04.2012). Logo, diante da relevância do direito perseguido e da plausibilidade da postulação, não há dúvida da legitimidade do Ministério Público do Trabalho para ajuizar a presente demanda. Recurso de embargos conhecido e provido." (E-ED-RR 97400-58.2003.5.19.0003, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, j. 21.06.2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 29.06.2012)*

29 “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ART. 8º, III, DA LEI MAIOR. SINDICATO. LEGITIMIDADE. SUBSTITUTO PROCESSUAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. I – Repercussão geral reconhecida e reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da ampla legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos.” (RE 883.642 RG, Rel. Min. Presidente, j. 18.06.2015, acórdão eletrônico, repercussão geral, mérito, DJE-124 divulg. 25.06.2015, public. 26.06.2015)

30 “RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA DECORRENTE DO AJUIZAMENTO DE RECLAMATÓRIA TRABALHISTA EM DESFAVOR DA EMPREGADORA. ÔNUS DA PROVA.

Nesse diapasão, a nova norma contida no art. 818 da CLT dispõe sobre três critérios de distribuição do ônus da prova no processo do trabalho: o critério tradicional estático; o critério dinâmico imposto por norma jurídica, normalmente invertendo o ônus da prova; o critério facultativamente adotado pelo juiz para inversão do ônus da prova, segundo as peculiaridades do caso concreto, com fundamento no princípio da aptidão da prova<sup>31</sup>. Na hipótese de discussão de violação da garantia de indenidade, o princípio da aptidão probatória incidiria para possibilitar a inversão do ônus da prova, mediante decisão fundamentada do juiz e com a oportunidade de produção de provas pelo empregador, contra quem recairá o encargo processual (art. 818, § 1º, da CLT, incluído pela Lei nº 13.467, de 2017<sup>32</sup>), em observância ao contraditório, ampla defesa e não surpresa.

Não estamos a defender a exigência de prova de fato negativo pela empresa, e sim, a prova de legitimidade para o ato considerado presumivelmente de represália.

É importante frisar que é *relativa* a presunção de discriminação diante da dispensa seguida do ajuizamento de ação e, assim, o empregador pode produzir elementos probatórios que desfaçam tal presunção, permitindo a conclusão de que a dispensa não constituiu ato discriminatório.

---

No caso, é incontroverso que *a dispensa do autor se deu 13 (treze) dias após o ajuizamento de ação trabalhista contra a ré*. Nesse cenário, em que *é presumível o caráter discriminatório da demissão, cabe ao empregador o ônus da prova da regularidade da dispensa*. Isso porque o direito de rescisão unilateral do contrato de trabalho, mediante iniciativa do empregador, como expressão de seu direito potestativo, não é ilimitado, encontrando fronteira em nosso ordenamento jurídico, notadamente na Constituição Federal, que, além de ter erigido como fundamento de nossa Nação a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV), repele todo tipo de discriminação (art. 3º, IV) e reconhece como direito do trabalhador a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária (art. 7º, I). No presente caso, emerge dos autos a presunção de que a dispensa imotivada do reclamante, treze dias após ajuizar ação trabalhista, por iniciativa do empregador, foi discriminatória e arbitrária, até porque *não houve nenhuma prova de que ela tenha ocorrido em razão dos motivos arguidos pela ré* em sua defesa, constituindo, portanto, afronta aos princípios gerais do direito, especialmente os previstos nos arts. 1º, III, 3º, IV, 7º, I, e 170 da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR 1345-12.2011.5.12.0016, Relª Minª Delaíde Miranda Arantes, j. 20.09.2017, 2ª Turma, DEJT 29.09.2017)

31 Sobre a nova norma contida no art. 818 da CLT: SOUZA Jr., Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018. p. 480-488.

32 CLT: “Art. 818. O ônus da prova incumbe: § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

## DOCTRINA

Para melhor elucidar a temática, listamos situações que nos parecem legitimar a despedida do reclamante, sem que se caracterize a prática discriminatória, cujo ônus de prova é do empregador:

a) o reclamante praticou falta grave ou vem demonstrando conduta incompatível com os deveres de diligência e fidelidade no contrato de trabalho. Aqui recuperamos a ideia de que a reinvidicação de um direito pela via judicial ou extrajudicial não imuniza o contrato de trabalho contra o legítimo exercício do poder empregatício, pois o trabalhador não está dispensado das obrigações inerentes ao próprio contrato de trabalho;

b) a empresa demonstra que há outros empregados com ação na justiça e que não foram despedidos, circunstância que afasta a presunção de discriminação. Assim, tal prova é um indício de que não houve um ato de represália, não obstante, o ônus probatório quanto ao efetivo ato de discriminação passa a ser do trabalhador;

c) a empresa demonstra que a despedida está inserida num processo de renovação ou redução do quadro de pessoal, provando que outros trabalhadores que não possuem ação na justiça foram despedidos na mesma época que o reclamante, a induzir a ideia de que o ajuizamento da ação não foi fator determinante para o desligamento.

Por fim, citamos que não se pode condenar e reprimir a despedida após o exercício abusivo do direito de ação por parte do trabalhador. Assim, julgado improcedente o seu pedido com imposição de condenação por litigância de má-fé, em especial por alteração da verdade dos fatos (CLT, art. 793-B, II<sup>33</sup>), sem desprezar a polêmica que envolve o tema, parece-nos que a despedida, ainda que motivada pelo processo judicial, será tida por legítima. É que, nesta hipótese, não se trata de mera represália patronal ao exercício do direito de ação, mas, sim, reação legítima em romper o contrato de trabalho de empregado que produziu, com seu comportamento processual improbo, a quebra da necessária fideducía como elemento de manutenção do contrato<sup>34</sup>.

33 CLT: “Art. 793-B. Considera-se litigante de má-fé aquele que: (...) II – alterar a verdade dos fatos”.

34 Tendo em vista o caráter bilateral do contrato de trabalho, observam-se direitos e deveres recíprocos, de ambas as partes, merecendo destaque: “(...) O dever de fidelidade, uma vez que o empregador mantém relação de fideducía, ou seja, confiança, com o empregado, devendo este colaborar com os fins da empresa (...)” (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 102).

## 7 – Situações a atrair a aplicação do direito de indenidade

Após compreensão do instituto, listamos situações que atrairão a aplicação da garantia de indenidade:

a) a empresa ameaça dispensar os empregados que não desistirem de reclamações trabalhistas ajuizadas<sup>35</sup>, cabendo destacar que tal situação foi objeto do primeiro julgamento da SDI-1 do TST, afirmando a garantia de indenidade, em decisão cujo relator foi o Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho;

b) a empresa dispensa o empregado pelo fato de depor em processo trabalhista na condição de testemunha<sup>36</sup>, conforme é vedado pelo art. 729 da CLT<sup>37</sup>;

35 “DISPENSA RETALIATÓRIA. DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DO AJUIZAMENTO DE RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. ABUSO DE DIREITO. REINTEGRAÇÃO. *Demonstrado o caráter retaliatório da dispensa promovida pela Empresa, em face do ajuizamento de ação trabalhista por parte do Empregado, ao ameaçar demitir os empregados que não desistissem das reclamações ajuizadas, há agravamento da situação de fato no processo em curso, justificando o pleito de preservação do emprego. A dispensa, nessa hipótese, apresenta-se discriminatória e, se não reconhecido esse caráter à despedida, a Justiça do Trabalho passa a ser apenas a justiça dos desempregados, ante o temor de ingresso em juízo durante a relação empregatícia. Garantir ao trabalhador o acesso direto à Justiça, independentemente da atuação do Sindicato ou do Ministério Público, decorre do texto constitucional (CF, art. 5º, XXXV), e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (arts. VIII e X), sendo vedada a discriminação no emprego (Convenções ns. 111 e 117 da OIT) e assegurada ao trabalhador a indenidade frente a eventuais retaliações do empregador (cf. CARVALHO, Augusto César Leite de. Direito fundamental de ação trabalhista. *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, Rio de Janeiro, Anamatra/Forense, ano 1, v. 1, n. 1, jan./mar. 2002). Diante de tal quadro, o pleito reintegratório merece agasalho. Recurso de embargos conhecido e provido.” (E-RR 7633000-19.2003.5.14.0900, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, j. 29.03.2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 13.04.2012)*

36 “(...) AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELO RECLAMADO. DANO MORAL. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DESPEDIDA. RETALIAÇÃO PELO TEOR DO DEPOIMENTO DA RECLAMANTE, NA CONDIÇÃO DE TESTEMUNHA DO RECLAMADO, EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA POR OUTRA EMPREGADA. COMPENSAÇÃO. *QUANTUM*. PROVIMENTO. Ante uma possível violação do art. 5º, V, da Constituição Federal, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento a que se dá provimento. (...) 4. DANO MORAL. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DESPEDIDA. RETALIAÇÃO PELO TEOR DO DEPOIMENTO DA RECLAMANTE, NA CONDIÇÃO DE TESTEMUNHA DO RECLAMADO, EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA POR OUTRA EMPREGADA. COMPENSAÇÃO. *QUANTUM*. PROVIMENTO. Embora a lei não estabeleça um parâmetro rigidamente definido para se apurar o valor da compensação por dano moral, a regra recomenda que a indenização seja suficientemente reparadora, minimizando o sofrimento da vítima, e, ao mesmo tempo, apta a desestimular a prática continuada da conduta ilícita. No caso, o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para a compensação por danos morais à reclamante, em razão de ter sido despedida por causa do teor do seu depoimento como testemunha do reclamado em reclamação trabalhista ajuizada por outra empregada, mostra-se excessivo e desarrazoado. Em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reduz-se o valor para o importe de R\$ 25.000,00. Precedentes. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.” (ARR 68900-49.2009.5.19.0007, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, j. 29.03.2017, 5ª Turma, DEJT 31.03.2017)

37 Segundo Antônio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão, Platon Teixeira de Azevedo Neto (*Manual prático das audiências trabalhistas*. São Paulo: RT, 2018, p. 206-207): “(...) a testemunha tem o direito de não sofrer represálias em virtude de seu comparecimento a juízo. Nesse sentido, o art. 729 da CLT impõe multa pecuniária ao empregador que impedir ou tentar impedir que



c) a empresa dispensa o empregado por razões de ordem político-partidária<sup>38</sup>;

d) o tomador de serviços que interfere na exclusão do trabalhador de seu contrato de prestação de serviços em razão do ajuizamento de reclamação trabalhista contra o antigo contratado<sup>39</sup>, o que demonstra que a garantia de indenidade também se presta a garantir a empregabilidade do indivíduo contra eventuais condutas abusivas em processo seletivo de emprego ou ruptura;

e) o rebaixamento de função em virtude de o empregado não ceder à pressão patronal para desistir de ação judicial<sup>40</sup>.

---

empregado seu preste depoimento na Justiça do Trabalho (§ 1º) ou que dispensar seu empregado pelo fato de haver prestado depoimento como testemunha, sem prejuízo da indenização que a lei estabeleça (§ 2º). Vale esclarecer que tais multas são de natureza administrativa, não revertendo, pois, a favor do trabalhador prejudicado. Isso não significa, por óbvio, que essas situações não rendam ensejo, igualmente, a justas reparações no campo da responsabilidade civil. A propósito, materializando tal proteção do empregado contra represálias patronais, inclusive por participação em processo judicial na condição de testemunha, a doutrina e a jurisprudência trabalhistas têm enunciado o chamado direito de indenidade, pelo qual o trabalhador não pode sofrer represália em razão de sua atuação processual, inclusive como testemunha (...).”

38 “CONSTITUCIONAL. TRABALHISTA. NULIDADE DE ATO DE DESPEDIDA DE EMPREGADOS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA, POR RAZÕES DE ORDEM POLÍTICO-PARTIDÁRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 153, §§ 1º, 5º, 6º E 8º, DA CF/69. Decisão incensurável, por haver-se configurado *flagrante violação ao princípio da liberdade de convicção política*, constitucionalmente consagrado, ao qual estão especialmente adstritos os entes da Administração Pública. Recurso não conhecido.” (RE 130.206, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, j. 17.09.91, DJ 22.11.91, pp-16848, ement. vol-01643-02. pp-00267, RTJ, vol-00138-01, pp-00284) (grifos nossos)

39 “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA LEI Nº 13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AJUIZAMENTO DE AÇÃO TRABALHISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. A jurisprudência desta Corte reconhece que a dispensa do empregado em virtude do ajuizamento de ação trabalhista é discriminatória e enseja o pagamento de indenização por danos morais. No caso, o v. acórdão, diante da análise do contexto fático probatório delineado nos autos (em especial, a prova testemunhal), explicitou que, pelo fato de o empregado ter ajuizado reclamação trabalhista em face do Banco do Brasil, foi por este impedido de ser contratado pela empresa Security, que sucedeu a antiga empregadora, a Concreta, nos serviços de vigilância do Banco reclamado, concluindo que a dispensa foi discriminatória. Com efeito, a ruptura contratual nessas circunstâncias é discriminatória e atenta contra o direito do empregado de valer-se da ação judicial para buscar a reparação do direito constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88), ensejando a indenização por danos morais. Incidência do óbice da Súmula nº 333 do TST à admissibilidade do recurso de revista. Precedentes do TST. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.” (AIRR 620-47.2010.5.15.00057, Relª Minª Maria Helena Mallmann, j. 24.05.2016, 2ª Turma, DEJT 03.06.2016)

40 “(...) INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AÇÃO JUDICIAL. REBAIXAMENTO DE FUNÇÃO. O Tribunal *a quo*, soberano na análise das provas, corroborou o entendimento do Juízo de 1º grau de que a CEF destituiu a autora do cargo de confiança que ocupava – gerente de relacionamento – em virtude de não ter cedido à pressão para desistir de ação judicial em que pretendia a incorporação da parcela CTVA. Ficou rechaçada no acórdão regional a argumentação da CEF de perda da função de confiança decorrente de maus resultados, constando na decisão recorrida que no período em que a autora ocupava a gerência de relacionamento, a agência sempre apresentou bons rendimentos financeiros e comerciais, destacando o fato de ser considerada a melhor agência do País em 2008 e também obter bons resultados em 2009. Consta ainda da decisão recorrida o fato de outros gerentes, que desistiram das ações

Assim, ressaltamos que a incidência do direito de indenidade pressupõe analisar, caso a caso, se o empregador está impondo retaliação injustificável pela manifestação reivindicatória do trabalhador.

### 8 – Conclusão

O Direito do Trabalho possui um eixo norteador de toda a sua estrutura, qual seja, a melhoria das condições socioprofissionais do trabalhador. Por isso, a interpretação das normas deve passar por um filtro de constitucionalidade e convencionalidade, em necessária e imprescindível vedação ao retrocesso social. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de direitos humanos oriundos da Organização Internacional do Trabalho, e a legislação ordinária, buscam harmonizar o capital e o trabalho.

Não obstante, sobre o aspecto da hierarquia das normas, o Direito do Trabalho possui interpretação diversa do direito comum, à medida que prevalecerá na pirâmide hierárquica aquela norma que melhor expresse e responda ao objetivo teleológico central justralhista, ou seja, o critério da norma mais favorável ao hipossuficiente.

Nessa senda, é importante frisar que o direito do empregador de dispensar imotivadamente o empregado (art. 7º, I, da CF), bem como exercer os poderes diretivos na condução de seu empreendimento, não é absoluto, e deve ser sopesado em harmonia dos demais bens jurídicos preservados pela ordem constitucional.

---

trabalhistas, continuarem nos cargos ocupados, pelo que o Tribunal Regional concluiu ter a CEF agido de forma retaliadora e discriminatória ao rebaixar a autora ao cargo de origem. Nesse contexto, não se vislumbra ofensa aos arts. 186 e 187 do Código Civil e 468, parágrafo único, da CLT. Por fim, diante da premissa fática da hipótese descrita nestes autos, o aresto colacionado não serve para o confronto de teses porque inespecífico. Incidência da Súmula nº 296 do TST. Recurso de revista não conhecido. DANO MORAL. INGRESSO DE AÇÃO TRABALHISTA CONTRA EMPREGADORA. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. A CEF foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais em virtude de destituir a empregada da função de gerente de relacionamentos por não ter cedido às pressões para desistir da reclamação trabalhista que intentara contra a empresa. A e. Corte Regional reduziu o valor arbitrado pelo Juízo de 1º grau de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) para R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), por considerar este novo valor suficiente para compensar o constrangimento da empregada e servir de desestímulo para a conduta da CEF. Ressalte-se que esta Corte, conforme o Superior Tribunal de Justiça, adota o entendimento de que o valor das indenizações por danos morais só pode ser modificado nas hipóteses em que as instâncias ordinárias fixaram importâncias fora dos limites da proporcionalidade e da razoabilidade, ou seja, porque o valor é exorbitante ou é irrisório, o que se verifica *in casu*, pois a quantia de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) contraria o princípio da razoabilidade. Recurso de revista conhecido por violação do art. 5º, X, da Constituição Federal e provido. (...)” (ARR 329900-39.2009.5.03.0063, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, j. 03.02.2016, 3ª Turma, DEJT 12.02.2016)

Assim, a garantia do trabalhador de reclamar judicialmente contra as violações dos seus direitos laborais deve ser assegurada em face de medidas de retaliação que ameacem a sua permanência no emprego, sob pena de inviabilizar a atuação do Poder Judiciário no curso das relações de emprego. Da mesma forma, a participação no exercício do direito de greve, na reivindicação de melhores condições ambientais de trabalho ou no cumprimento e efetivação de um determinado direito perante o empregador, merece a proteção adequada do ordenamento jurídico. É o que prevê a garantia de indenidade, pela qual o trabalhador pode exercer livremente o direito fundamental de reivindicação, na esfera judicial, inclusive, sem sofrer represálias por parte do empregador.

### Referências bibliográficas

- ALONSO, D. Álvarez. *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*. Albacete: Bomarzo, 2005.
- CARVALHO, Augusto César Leite de. *Garantia de indenidade no Brasil: o livre exercício do direito fundamental de ação sem o temor de represaria patronal*. São Paulo: LTr, 2013.
- DELGADO, Gabriela Neves et al. *Direito constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. São Paulo: LTr, 2015.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- KELSEN, H. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, jan./mar. 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PALOMEQUE LÓPES, Manuel Carlos; ÁLVARES DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*. 14. ed. Madri: Ramón Areces, 2006.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SOUZA Jr., Antonio Umberto de *Manual prático das audiências trabalhistas*. São Paulo: RT, 2018.

## DOUTRINA

\_\_\_\_\_; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TEJEDOR, José Antonio Baz. *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso de trabajo*. Valladolid: Lex Nova, 2006.

Recebido em: 22/03/2019

Aprovado em: 24/04/2019