

EM TORNO DO DESPEDIMENTO DISCRIMINATÓRIO: um olhar luso-brasileiro

AROUND THE DISCRIMINATORY DISPONMENT: a luso-brazilian look

João Leal Amado¹

RESUMO: O presente artigo analisa o regime jurídico do despedimento, em Portugal e no Brasil, a partir do disposto nas respectivas leis fundamentais e tendo em conta a regulamentação da matéria feita pela lei ordinária de ambos os países. Especial atenção é dedicada à figura do despedimento discriminatório, seja no que diz respeito à sua noção, seja no tocante às suas consequências.

PALAVRAS-CHAVE: Despedimento. Discriminação. Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO: 1. Introdução: A lei fundamental; 2. O despedimento *for no cause* em Portugal e no Brasil; 2.1 Portugal; 2.2 Brasil; 3. O despedimento discriminatório no Brasil; 4 O despedimento discriminatório em Portugal; 4.1 O despedimento por motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos; 4.2 A reintegração do Trabalhador; 4.3 A “indenização de antiguidade”; 4.4 Os factores ilegítimos de discriminação; 5. Conclusão.

ABSTRACT: This article analyzes the legal regime of dismissal, in Portugal and Brazil, from the provisions in the respective fundamental laws and taking into account the rules of the matter made by ordinary law of both countries. Particular attention is devoted to the concept of discriminatory dismissal, whether in terms of its notion or its consequences.

KEYWORDS: Dismissal. Discrimination. Fundamental rights.

SUMMARY: 1. Introduction: The fundamental law; 2. Dismissal *for no cause* in Portugal and in Brazil; 2.1 Portugal; 2.2 Brazil; 3. Discriminatory dismissal in Brazil; 4 Discriminatory dismissal in Portugal; 4.1 Dismissal for political, ideological, ethnic or religious reasons; 4.2 The reintegration of the Worker; 4.3 The "seniority indemnity"; 4.4 Illegitimate factors of discrimination; 5. Conclusion.

1 INTRODUÇÃO: A LEI FUNDAMENTAL

Lê-se no art. 53.º da Constituição da República Portuguesa (CRP): «É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos». Lê-se, por seu turno, no art. 7.º, I, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), que são direitos dos trabalhadores, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: «Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos».

Artigo recebido em 09/03/2018.

Artigo aprovado em 06/06/2018.

¹ João Leal Amado é Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

RDRST, Brasília, Volume 4, n. 1, 2018, p. __-__, jan-abr/2018



Assim sendo, no Brasil pergunta-se: mas então o despedimento arbitrário não é um despedimento sem justa causa? Resposta: sim. Mas é mais do que isso! Isto porque um despedimento pode ser desprovido de justa causa (justa causa disciplinar, resultante de falta grave cometida pelo trabalhador) mas não ser arbitrário, *maxime* por se basear em motivos ligados à empresa, de carácter técnico, económico ou financeiro².

Assim sendo, também em Portugal se poderá perguntar: mas então o despedimento por motivos políticos ou ideológicos não é um despedimento sem justa causa? Resposta. Sim. Mais é mais do que isso! Como escrevem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, «a proibição de despedimentos por motivos políticos ou ideológicos não é apenas uma concretização específica da proibição dos despedimentos sem justa causa. É um mais, uma categoria autónoma que pode assumir uma função específica: trata-se de impedir que um trabalhador seja discriminado por causa das suas convicções políticas ou ideológicas, ou por motivo de atividade política (e, por maioria de razão, por motivo de atividade sindical)»³. Em termos próximos, escreve JORGE LEITE: «Quer a lei quer a CRP proibem o despedimento sem justa causa e o despedimento por motivos políticos ou ideológicos em termos de não deixarem dúvidas de que este último não é uma mera explicitação do primeiro. Ambas as normas querem, por certo, significar que o despedimento por motivos políticos ou ideológicos configura uma violação mais grave dos direitos do trabalhador (enquanto tal ou enquanto cidadão ou enquanto pessoa) ou dos valores constitucional e legalmente protegidos do que o despedimento sem justa causa. Supõe-se, no entanto, que igual ou próximo tratamento devem merecer os despedimentos determinados por motivos de natureza análoga, designadamente os de natureza sindical, rática, sexual, etc.»⁴.

Dir-se-ia, pois, que a CRP, ao autonomizar os despedimentos por motivos políticos ou ideológicos dos despedimentos sem justa causa, veio de algum modo acolher a distinção há muito formulada entre os despedimentos *for no cause* e os despedimentos *for bad cause*. Trata-se da clássica doutrina do *employment-at-will*, bem expressa nos dizeres de uma famosa decisão judicial de fins do séc. XIX (*Payne v. Western & Atlantic Railroad*, de 1884), segundo a qual «men must be left, without interference to buy and sell where they please, and to discharge or

² Para desenvolvimentos, por todos, ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA, *Proteção contra a Dispensa na nova Constituição*, 2.^a ed., LTr, São Paulo, 1992, e PEDRO PAULO TEIXEIRA MANUS, *Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa*, Malheiros Editores, São Paulo, 1996.

³ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 710-711.

⁴ *Coletânea de Leis do Trabalho*, Coimbra Editora, 1985, p. 247.

retain employees at will for good cause or for no cause, or even for bad cause without thereby being guilty of an unlawful act *per se*⁵.

Em Portugal, e por força da CRP, tanto o despedimento *for no cause*, caracterizado pela ausência de um qualquer motivo justificativo, como o despedimento *for bad cause*, caracterizado pela presença de um motivo antijurídico, são ilícitos; mas, dir-se-ia, este último é mais ilícito do que o outro, reveste-se de uma carga extra de antijuridicidade, tendo em conta que se baseia numa causa tida como “vil” ou “torpe”⁶ – o que pode e deve ter consequências ao nível dos respectivos efeitos.

2 O DESPEDIMENTO *FOR NO CAUSE* EM PORTUGAL E NO BRASIL

2.1 PORTUGAL

Tendo em conta o disposto nos arts. 389.º a 393.º do Código do Trabalho (CT) português, pode dizer-se que, nas suas grandes linhas, este diploma configura o despedimento sem justa causa ou sem motivo justificativo, enquanto acto *contra legem*, como um despedimento *ilícito* e *inválido*: assim, e porque pratica um ato *ilícito*, o empregador terá de indemnizar o trabalhador por todos os danos causados pelo despedimento, de ordem patrimonial e não patrimonial (art. 389.º, n.º 1, al. a)); e porque o ato extintivo é tido como *inválido*, o empregador será, em princípio, condenado a reintegrar o trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade (art. 389.º, n.º 1, al. b)).

Via de regra, o despedimento *contra legem* não se limita, pois, a ser um ato *irregular*, desencadeador de uma obrigação indemnizatória a cargo do empregador. Pelo contrário, o despedimento *contra legem* é concebido como um verdadeiro e próprio despedimento *inválido*⁷, assim se compreendendo a tutela reintegratória estabelecida na al. b) do n.º 1 do art. 389.º do CT. Destarte, o trabalhador que seja objeto de um despedimento ilícito goza, não apenas do direito de ser indemnizado por todos os danos causados, mas também do direito a ser reintegrado na empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade. O princípio geral consagrado no CT

⁵ Passagem citada e exemplarmente sustentada por RICHARD A. EPSTEIN, «In Defense of the Contract at Will», *University of Chicago Law Review*, vol. 51, 1984, pp. 947 e ss.

⁶ Termos utilizados por PEDRO PAULO TEIXEIRA MANUS, *Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa*, cit., pp. 65 ou 132.

⁷ Sobre a distinção entre a invalidade e a simples irregularidade, vd., por todos, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2005, p. 627: «Enquanto a invalidade importa a destruição dos efeitos negociais, a irregularidade, embora provenha de um vício interno negocial, tem consequências menos graves, não afetando a eficácia do negócio, mas dando apenas lugar a sanções especiais».

continua, pois, a ser aquele que foi acolhido em Portugal após a Revolução de Abril e a Constituição da República de 1976: ao declarar o despedimento ilícito, o tribunal priva este último do seu efeito extintivo da relação laboral, pelo que, tendencialmente, tudo se vai passar como se o despedimento jamais tivesse sido proferido pela entidade empregadora. Em conformidade com esta lógica de fundo, e para além do direito aos chamados “salários intercalares” (isto é, às retribuições correspondentes ao período que medeia entre a data do despedimento e a data do trânsito em julgado da decisão judicial que o declara ilícito, nos termos do art. 390.º), o trabalhador tem o direito de retomar a sua atividade profissional ao abrigo de um contrato de trabalho que, afinal, ao invés daquilo que o empregador pretendia, não foi dissolvido pelo despedimento («princípio da coercibilidade do vínculo jurídico-laboral», nas palavras de JORGE LEITE).

A consagração de uma *tutela de tipo reintegratório ou restitutivo* entende-se e é, julga-se, a única que, ao menos como solução-regra, se mostra compatível com a garantia constitucional da segurança no emprego, consagrada no art. 53.º da CRP. Qualquer outro sistema, em que a tutela da estabilidade do emprego fosse como que amolecida, assentando em mecanismos puramente indemnizatórios (sistema do “despedimento pago”), ficaria, decerto, aquém das exigências constitucionais. Como lapidarmente escrevem GOMES CANOTILHO e JORGE LEITE, «se o ato que extingue o contrato vem, afinal, a revelar-se anti-jurídico, a única reação adequada do ordenamento jurídico compatível com o sistema da estabilidade é a de privar aquele ato da sua consequência normal, determinando a sua invalidade e conseqüente subsistência do vínculo contratual. A “monetarização” do despedimento como alternativa à reintegração permitiria, afinal, à entidade empregadora aquilo que a CRP quer, manifestamente, proibir — “desembarçar-se” do trabalhador apesar de não haver causa legítima de despedimento»⁸.

Em todo o caso, *importa não confundir invalidade do despedimento com direito à reintegração do trabalhador despedido*. Este último pressupõe aquela, mas aquela pode viver desacompanhada deste. Ora, se o princípio da invalidade do despedimento ilícito se encontra solidamente ancorado no CT, já o pilar reintegratório da segurança no emprego, não tendo sido destruído, foi seriamente abalado pelo CT, visto que, em certos casos (não tão contados como isso...) o CT faculta ao empregador aquilo que, até ao período da codificação, lhe era vedado —

⁸ «A inconstitucionalidade da lei dos despedimentos», separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1988, pp. 51-52.

a oposição à reintegração do trabalhador ilicitamente despedido (art. 392.º). O tema será analisado *infra*.

2.2 BRASIL

Já no Brasil, porém, a tutela dos trabalhadores contra o despedimento *for no cause* (despedida arbitrária ou sem justa causa) parece ser muito menos vigorosa, aí acabando por predominar a tese da aceitação do despedimento livre ou *ad nutum* (“denúncia vazia”, “dispensa imotivada”, “despedida arbitrária”). Tendo em conta a norma constante do art. 7.º, I, da CRFB, dir-se-ia que o princípio do despedimento causal ou justificado, vigente em Portugal (e recomendado pela OIT, na sua Convenção n.º 158), imperaria também no Brasil. Sucede, porém, que: *i*) o direito a «relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa» efetivar-se-á, segundo o mencionado art. 7.º, I, «nos termos de lei complementar»; *ii*) segundo o art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7.º, I, da Constituição, «fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da percentagem prevista no art. 6.º, *caput* e § 1.º, da Lei n.º 5107, de 13 de setembro de 1966»⁹.

Atento o quadro normativo acima esboçado, e sendo certo que a questão continua a ser alvo de intenso debate doutrinal no Brasil, o entendimento maioritário que se forjou pode resumir-se nestas lapidares palavras de PEDRO PAULO MANUS: «Em conclusão, atualmente, após a vigência do art. 7.º da Constituição Federal e sem a lei complementar a que se refere, temos por ora equiparadas, quanto aos seus efeitos, a dispensa sem justa causa e a dispensa arbitrária, ensejando ambas a multa do FGTS paga à razão de 40% sobre o montante dos depósitos existentes na conta vinculada, como determina o art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. E a Constituição é expressa quanto à temporariedade desta

⁹ Trata-se do diploma que instituiu o chamado Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), diploma revogado e substituído pela Lei n.º 7839/89, por sua vez revogada e substituída pela Lei n.º 8036/90. Nas autorizadas palavras de MAURÍCIO GODINHO DELGADO, o FGTS consiste em «recolhimentos pecuniários mensais, em conta bancária vinculada em nome do trabalhador, conforme parâmetro de cálculo estipulado legalmente, podendo ser sacado pelo obreiro em situações tipificadas pela ordem jurídica, sem prejuízo de acréscimo percentual condicionado ao tipo de rescisão de seu contrato laborativo, formando, porém, o conjunto global e indiferenciado de depósitos um fundo social de destinação legalmente especificada» (Curso de Direito do Trabalho, 14.ª ed., LTr, São Paulo, 2015, p. 1368). Trata-se, pois, no essencial e para o que ora nos interessa, de um depósito bancário feito pelo empregador em nome do trabalhador e destinado a formar uma poupança para este, que poderá ser sacado nas hipóteses previstas na lei, principalmente se e quando ele for despedido sem justa causa (caso em que incidirá um acréscimo percentual sobre o montante depositado, nos termos legais, correspondente a 40%). Sobre a matéria, por último, SÉRGIO PINTO MARTINS, Manual do FGTS, 5.ª ed., Saraiva, São Paulo, 2017.

penalidade, limitando-a ao período até à promulgação da lei complementar»¹⁰.

É claro que sempre se poderá dizer, acompanhando RENATO RUA DE ALMEIDA, que, ocorrendo a despedida, seja ela arbitrária ou sem justa causa, o ato unilateral do empregador será ilícito¹¹. E, como bem observa LUCIANO MARTINEZ, se tomarmos a garantia de emprego numa acepção estrita, abrangendo a imposição de desincentivos à extinção do contrato por iniciativa patronal, então a mais clássica de todas as fórmulas de garantia de emprego consiste, justamente, na indemnização de 40% sobre o FGTS¹². Mas a sanção legal é tão modesta que, no essencial, ninguém duvida de que o FGTS veio liberalizar o mercado de trabalho brasileiro e veio atenuar substancialmente o papel do tradicional princípio da continuidade da relação de emprego, «ao se propiciar a franca ruptura desmotivada do contrato empregatício por ato empresarial; em síntese, a *denúncia vazia* do pacto empregatício. O ato de dispensa, na nova sistemática, não dependeria mais de uma causa tipificada em lei, considerada razoável para autorizar o fim do contrato, qualquer que fosse o tempo de serviço do empregado: bastaria a simples vontade do empregador (por isso fala-se também em *dispensa desmotivada*, isto é, sem motivo jurídico relevante e tipificado, a não ser a prerrogativa potestativa empresarial). Noutras palavras, o motivo para a ruptura do contrato exigido pela ordem jurídica é interno, íntimo à vontade empresarial — trata-se do simples exercício do arbítrio pelo empregador»¹³.

Em sentido próximo ao que acabámos de expor, pergunta AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO: «Pode o empresário brasileiro despedir sem causa específica um empregado?». Eis como responde: «A resposta estaria, *a priori*, no art. 7.º, I, da Constituição brasileira, por cujo preceito se tutela a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, mas reclama por lei complementar que incluiria a indenização compensatória e, enquanto tal regulamentação não sobrevém, é regulamentado por dispositivos que (...) autorizam o

¹⁰ Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa, cit., pp. 56-57.

¹¹ «Proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa», Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região, n.º 40, 2012, pp. 79 e ss. [81].

¹² Curso de Direito do Trabalho, 6.ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2015, pp. 687-689. Em sentido muito crítico sobre o papel histórico desempenhado pelo FGTS, MÁRCIO TÚLIO VIANA, 70 anos de CLT: uma história de trabalhadores, Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, 2013, pp. 105-111.

¹³ MAURÍCIO GODINHO DELGADO, Curso de Direito do Trabalho, cit., p. 1194. Isto sem prejuízo de existirem alguns casos específicos de estabilidade no emprego no Brasil, alguns, inclusive, com arrimo na Constituição Federal, tais como os do dirigente sindical e da trabalhadora gestante, que não serão objeto da nossa atenção neste texto. Para uma panorâmica geral a este propósito, ALEXANDRE AGRA BELMONTE, «A proteção do emprego na Constituição Federal de 1988 – estabilidade, garantias provisórias, proteção geral à despedida arbitrária ou sem justa causa e direitos decorrentes da extinção contratual», Revista da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas – ABRAT, n.º 2, 2014, pp. 11-55, e CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE, «A proteção da relação empregatícia no Estado democrático de direito», DANIELA MURADAS REIS, ROBERTA DANTAS DE MELLO e SOLANGE BARBOSA DE CASTRO MOURA (coord.), Trabalho e Justiça Social – Um Tributo a Maurício Godinho Delgado, LTr, São Paulo, 2013, pp. 237-249.

empresário, não propriamente a dispensar, mas sim, e com igual efeito prático, a pagar indenização de valor equivalente a 40% do saldo na conta vinculada do empregado no FGTS, nos casos de despedida sem justa causa». E o Autor conclui: «Daí resulta que a proteção constitucional se realiza de modo contraditório: o empresário, embora sob regência de norma jurídica pretensamente inibidora da despedida, possui a faculdade de dispensar imotivadamente o empregado, desde que pague a indenização citada»¹⁴.

Em suma, e no que ao despedimento *for no cause* diz respeito, os ordenamentos dos dois países dão respostas, na prática, bem distintas, a despeito da aparente proximidade dos dispositivos contidos no art. 53.º da CRP e 7.º, I, da CRFB. Em Portugal, o despedimento *for no cause* é ilícito em sentido forte, é inválido, gerando direito a “salários intercalares” para o trabalhador, a uma indemnização pelos danos causados (sobretudo os de natureza moral) e, em princípio, à reintegração do trabalhador no seu posto de trabalho. Já no Brasil, dir-se-ia, o despedimento *for no cause* é tão brandamente ilícito que até parece lícito, pois a única consequência dele resultante, para o empregador, consiste no pagamento de uma modesta e tarifada multa, correspondente a 40% dos depósitos na conta vinculada do FGTS. Trata-se, pois, quando muito, de um despedimento meramente irregular, mas válido, eficaz e que não confere direito a reintegração ao trabalhador que dele seja objeto.

Isto, repete-se, no que diz respeito ao despedimento *for no cause*. Surge, então, a questão: e tratando-se de um despedimento *for bad cause*? E se for um despedimento baseado numa causa vil ou torpe? Um despedimento que, mais do que sem motivo bastante, se deva a motivos flagrantemente antijurídicos, quiçá mesmo repugnantes?

Este é um tema a que os dois países têm conferido um relevo distinto. Em Portugal, o assunto não tem merecido particular atenção da doutrina e da jurisprudência. Dir-se-ia que a tutela forte contra o despedimento *for no cause*, de algum modo, retira espaço à discussão em torno do despedimento discriminatório e dos seus efeitos. Mas a CRP, no art. 53.º, dá um sinal da importância do tema, ao proibir os despedimentos por motivos políticos ou ideológicos. E, como veremos, o CT veio dar algum relevo a esta figura do despedimento discriminatório, em sede de efeitos do despedimento ilícito. Já no Brasil, pelo contrário, atendendo à tutela débil hoje existente contra o despedimento *for no cause*, a sensibilidade doutrinal e jurisprudencial em relação ao despedimento *for bad cause* é compreensivelmente maior. Se o ordenamento jurídico brasileiro reage de forma frouxa contra o despedimento *for no cause*, importa garantir que, lá onde o despedimento se mostre abusivo ou discriminatório, lá onde se baseie numa *bad cause*, ao

¹⁴ Garantia de Indenidade no Brasil, LTr, São Paulo, 2013, pp. 169-170.

menos aí a reação do ordenamento seja diferente e mais enérgica, invalidando tal despedimento. Vejamos.

3 O DESPEDIMENTO DISCRIMINATÓRIO NO BRASIL

No Brasil, a ideia de que urgia distinguir o despedimento *arbitrário* (ato desprovido de motivação plausível) do despedimento *discriminatório* (ato baseado num motivo vil ou torpe), estabelecendo penalizações em escala crescente para o autor do despedimento, era apontada pela melhor doutrina, na sequência da CRFB de 1988¹⁵. Como bem escreve LEONARDO VIEIRA WANDELLI, «a só constatação da ausência de motivo justo não deveria encerrar a pesquisa em relação à presença de motivos por si antijurídicos, como nas constantes práticas discriminatórias em matéria de despedida»¹⁶. Mas a figura do despedimento discriminatório, concebido como uma modalidade especial de despedimento arbitrário, como um despedimento arbitrário qualificado por um *plus*, veio a sofrer um notável desenvolvimento após a publicação da Lei n.º 9.029/95, de 13 de abril, cujo art. 1.º, na sua redação originária, proibia «a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à 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 ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7.º da Constituição Federal». E a doutrina logo tinha sublinhado que este rol de fatores proibidos de discriminação, este elenco de motivos sob suspeita, geralmente ligados a preconceitos, não era taxativo, havendo numerosa jurisprudência com exemplos de casos em que a discriminação foi detetada e punida, em hipóteses fora das expressamente enumeradas — é o caso do despedimento de trabalhador seropositivo, do chamado “despedimento retaliatório”, motivado pelo facto de o trabalhador ter ousado demandar judicialmente o empregador, do despedimento por motivo de orientação política ou opção sindical, etc.¹⁷

Nestes casos, a lei brasileira reage com maior vigor do que nos casos, dir-se-ia que triviais, de simples despedimento arbitrário ou sem justa causa. Nestes casos, o despedimento não é um ato meramente irregular cometido pela entidade empregadora. Nestes casos, o

¹⁵ Por todos, PEDRO PAULO TEIXEIRA MANUS, *Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa*, cit., e ARION SAYÃO ROMITA, *Despedida Arbitrária e Discriminatória*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2008. Por último, no mesmo sentido, JÓLIA LUCENA DA ROCHA MELO, *Abuso do Direito nas Dispensas sem Justa Causa e Arbitrárias*, Juruá Editora, Curitiba, 2014, pp. 250-266.

¹⁶ *Despedida Abusiva – O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*, LTr, São Paulo, 2004, p. 121.

¹⁷ Entretanto, a Lei n.º 13.146/2015, através do seu art. 107, veio conferir nova redação ao art. 1.º da Lei n.º 9.029/1995, acrescentando ao rol de fatores discriminatórios proibidos a deficiência e a reabilitação profissional, bem como esclarecendo que esse rol é meramente exemplificativo («entre outros»).

despedimento é considerado inválido, pelo que o art. 4.º da Lei 9.029/95 estabelece que, se a relação de trabalho for dissolvida por ato discriminatório do empregador, o trabalhador poderá optar entre: *i*) a readmissão (*rectius*: reintegração)¹⁸ com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; *ii*) a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento (os chamados, em Portugal, “salários intercalares”), corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais. Além ou independentemente disto, caso a prática de despedimento discriminatório tenha causado danos morais ao trabalhador atingido, tais danos são ressarcíveis, nos termos gerais¹⁹.

Ou seja, se o ordenamento jurídico brasileiro reage de forma frouxa e claudicante em relação ao despedimento *for no cause*, o mesmo já não sucede, pelo contrário, em relação ao despedimento *for bad cause*. Isto porque, nas palavras de ARION SAYÃO ROMITA, «se a despedida for apenas arbitrária, estão em jogo interesses patrimoniais do empregado. Sim, decerto ele perdeu o emprego, mas por isso ele só tem direito a uma indenização. Todavia, se a despedida for discriminatória, entra em cena outra noção, digna de proteção mais intensa do que mera recomposição patrimonial. Agora, trata-se de eliminar do mundo jurídico um ato que viola direito fundamental do trabalhador. A única reparação admissível é a reintegração»²⁰.

Confrontada com despedimentos que apresentam uma carga de antijuridicidade muito significativa, por se basearem em motivos vis ou torpes, a jurisprudência tem manejado a Lei n.º 9.029/95 com desenvoltura e até com uma certa audácia, respondendo a tais despedimentos de modo enérgico. A tutela antidiscriminatória tem, pois, sido utilizada com algum sucesso no Brasil, em ordem a reprimir as situações mais escandalosas de despedimento. Sem que,

¹⁸ Sobre a distinção entre as figuras da readmissão e da reintegração (aquela supõe uma nova contratação, ao passo que nesta ocorre a continuidade do contrato, implicando o pagamento da remuneração por todo o período de afastamento), e assinalando a falha terminológica do legislador, por todos, SÉRGIO TORRES TEIXEIRA, Nova Dinâmica da Reintegração Judicial no Emprego, Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito do Recife, 2004, pp. 192-212. A falha foi corrigida através da supramencionada Lei n.º 13.146/2015, que substituiu o termo “readmissão” por “reintegração”.

¹⁹ Sobre toda esta matéria, MÁRCIO TÚLIO VIANA e RAQUEL BETTY DE CASTRO PIMENTA, «A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (análise da Lei n.º 9.029/95)», in LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT, MÁRCIO TÚLIO VIANA e PAULA OLIVEIRA CANTELLI (coord.), Discriminação, 2.ª ed., LTr, São Paulo, 2010, pp. 135-142, e, desenvolvidamente, ANA LÚCIA COELHO DE LIMA, Dispensa Discriminatória de Trabalhadores sob a perspectiva dos Direitos Fundamentais, Faculdades Integradas de Vitória – FDV, 2007.

²⁰ Despedida Arbitrária e Discriminatória, cit., p. VIII. É claro que, numa ótica portuguesa, dir-se-á que o despedimento arbitrário viola, também ele, um direito fundamental — o direito à segurança no emprego e a correspondente proibição do despedimento sem justa causa (art. 53.º da CRP) —, pelo que a sua violação deve dar lugar à possibilidade de reintegração do trabalhador. Mas, claro, quando se trate de despedimento discriminatório registam-se, dir-se-ia, duas violações de garantias e princípios fundamentais: à lesão da segurança no emprego soma-se o desrespeito do mandato antidiscriminatório. As respectivas consequências devem, por isso, ser mais drásticas para o empregador.

entretanto, se deva esquecer que o empregador, autor do despedimento, em regra “não passa recibo” da motivação discriminatória que o anima, pelo que a questão do ónus da prova se revela, por vezes, um obstáculo inultrapassável para o trabalhador despedido: este sabe que foi alvo de um ato discriminatório, sabe que o empregador sabe que discriminou, sabe que o empregador sabe que ele sabe que foi alvo de discriminação, mas nem sempre será fácil persuadir o tribunal da existência dessa discriminação...²¹

4 O DESPEDIMENTO DISCRIMINATÓRIO EM PORTUGAL

4.1 O DESPEDIMENTO POR MOTIVOS POLÍTICOS, IDEOLÓGICOS, ÉTNICOS OU RELIGIOSOS

Elaborada na sequência da Revolução de Abril, num tempo de superação histórica de um longo período de ditadura e de vibrante exaltação da liberdade e da democracia, compreende-se que a CRP, no seu art. 53.º, tenha considerado importante vincar expressamente a proibição dos despedimentos por motivos políticos ou ideológicos, a par da proibição do “simples” despedimento sem justa causa. A verdade, porém, é que esta norma constitucional, na parte referente à proibição do despedimento por motivos políticos ou ideológicos, ficou longo tempo sem regulamentação específica por parte da lei ordinária. De certa forma, só com o primeiro Código de Trabalho, de 2003, a situação foi alterada, numa orientação que foi confirmada pelo atual Código, de 2009.

Desde 2003, o legislador português entendeu dar especial ênfase à ilicitude do despedimento, de qualquer despedimento, que seja devido a *motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos*, ainda que com invocação de motivo diverso (art. 429.º, al. *b*), do CT de 2003, e art. 381.º, al. *a*), do CT de 2009). Claro que muitas outras razões podem ditar a declaração judicial de ilicitude do despedimento (a improcedência do respectivo motivo justificativo, a falta ou a nulidade do respectivo procedimento, etc.), mas a circunstância de o despedimento se fundar em motivos discriminatórios (políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos) pode ser relevante, na economia do CT, a dois níveis distintos, ambos relativos aos efeitos da ilicitude do despedimento: *i*) ao nível da *reintegração* do trabalhador ilicitamente

²¹ Em maio de 1999, a Lei n.º 9.799 acrescentou o art. 373-A à Consolidação das Leis do Trabalho, estabelecendo o seu inciso II ser vedado «recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível».

despedido; *ii*) ao nível da determinação, pelo tribunal, da *indenização* substitutiva da reintegração (a chamada “indenização de antiguidade”) pela qual o trabalhador ilicitamente despedido poderá optar. Vejamos.

4.2 A REINTEGRAÇÃO DO TRABALHADOR

É sabido que, na ação de apreciação judicial do despedimento que intente, o trabalhador poderá optar pela reintegração na empresa ou pela chamada “indenização de antiguidade” (art. 391.º, n.º 1, do CT). De todo o modo, e em termos lógico-jurídicos, a reintegração detém a primazia, constituindo a *solução-regra* quando um despedimento é declarado ilícito: por isso mesmo, o art. 389.º, n.º 1, al. *b*), estabelece que, em princípio, sendo o despedimento declarado ilícito, o empregador será condenado a reintegrar o trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade. Nesta medida, a reintegração constitui também a *solução legal supletiva*, vale dizer, na ausência de escolha por parte do trabalhador, o tribunal condenará o empregador na reintegração (ou, dito por outras palavras, a ausência de escolha expressa é tida, pelo legislador, como uma opção tácita do trabalhador no sentido da reintegração). Trata-se, aliás, da solução que melhor se compagina com a ideia de invalidade do despedimento e com a própria tutela da segurança no emprego.

O direito à reintegração do trabalhador ilicitamente despedido — de qualquer trabalhador ilicitamente despedido — tem constituído um dos eixos do ordenamento jurídico-laboral lusitano subsequente à Revolução de Abril²². É certo que esta regra sempre conheceu uma exceção, aliás plenamente justificada, em sede de contrato de trabalho doméstico, mas esta era mesmo a exceção que se limitava a confirmar a regra. Neste ponto, porém, o CT de 2003 introduziu novidades muito significativas, alargando substancialmente o leque de possíveis exceções à tutela reintegratória — numa orientação, diga-se, que não veio a ser infletida pelo CT em vigor. Com efeito, tendo o trabalhador optado pela reintegração na empresa, em determinadas hipóteses o CT admite agora que o empregador venha opor-se a tal reintegração, requerendo ao tribunal que a exclua, «com fundamento em factos e circunstâncias que tornem o regresso do trabalhador gravemente prejudicial e perturbador do funcionamento da empresa» (n.º 1 do art. 392.º). Esta

²² Comentando o disposto no art. 53.º da CRP, escrevem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA: «A proibição constitucional implica, desde logo, ilegalidade e a consequente nulidade dos atos de despedimento sem justa causa e o direito do trabalhador a manter o seu posto de trabalho e a ser nele reintegrado» (Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, cit., p. 707).

faculdade concedida à entidade empregadora — a *faculdade de oposição à reintegração do trabalhador ilicitamente despedido*, requerendo ao tribunal que a exclua —, ainda que não chegue para destruir a regra do direito à reintegração, não deixa, em todo o caso, de corroer o pilar reintegratório da garantia constitucional da segurança no emprego e de implicar alguma perda de pujança do princípio da invalidade do despedimento *contra legem*.

O CT revela, ainda assim, uma razoável prudência nesta matéria, dado que: *i)* a referida faculdade de oposição patronal à reintegração só existe em certos casos, relativamente a certos trabalhadores; *ii)* os seus fundamentos são necessariamente apreciados pelo tribunal; e *iii)* aquela faculdade decai em diversas hipóteses. Vejamos.

i) O universo subjetivo das exceções à regra da reintegração compreende dois grupos de casos: o dos trabalhadores que laboram em microempresas (as que empregam menos de 10 trabalhadores, de acordo com o art. 100.º) e o dos trabalhadores que ocupam cargos de administração ou de direção (n.º 1 do art. 392.º). Nas restantes hipóteses (isto é, perante trabalhadores que não exerçam funções dirigentes e que laborem em pequenas, médias ou grandes empresas), a faculdade de oposição patronal à reintegração encontra-se, *ab initio*, excluída. Naqueles dois casos, porém, em que serão mais estreitos os laços pessoais entre as partes e em que a relação juslaboral poderá apresentar uma nota fiduciária, à opção reintegratória tomada pelo trabalhador poderá o empregador retorquir manifestando a sua oposição à mesma e requerendo ao tribunal que exclua a reintegração.

ii) A palavra final competirá, então, ao *tribunal*, sendo certo que o *onus probandi* recai, nesta matéria, sobre o empregador. Aliás, o preceito legal em apreço não esclarece se, em abono da sua declaração de oposição, o empregador apenas poderá invocar factos posteriores ao despedimento, ou se, pelo contrário, também factos anteriores ao despedimento ilícito poderão ser mobilizados pelo empregador em ordem a convencer o tribunal de que o regresso do trabalhador teria efeitos muito perniciosos para a prossecução da atividade empresarial. Em qualquer caso, parece claro que os factos a invocar pelo empregador terão de incidir naquilo que justifica esta exceção à tutela reintegratória, persuadindo o tribunal de que, em virtude dos laços pessoais e da nota fiduciária que caracteriza estas relações de trabalho, não subsistem condições relacionais e intersubjetivas para reatar a prestação laboral.

O fundamento invocado pelo empregador terá, por conseguinte, de ser apreciado pelo tribunal, o qual será chamado a fazer um delicado juízo de prognose, avaliando se o regresso do trabalhador despedido seria ou não «gravemente prejudicial e perturbador do funcionamento da empresa».

iii) Se, como vimos, a regra da tutela reintegratória do trabalhador ilicitamente despedido conhece exceções (trabalhadores de microempresas ou que ocupem cargos de administração ou de direção), o certo é que o n.º 2 do art. 392.º do CT não deixa de introduzir *exceções às exceções*, isto é, mesmo naqueles casos, o direito do trabalhador à reintegração prevalecerá sempre que a ilicitude do despedimento se fundar em motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos, ainda que com invocação de motivo diverso (estaremos então em face de um despedimento discriminatório, um despedimento ilícito “qualificado”), bem como quando o juiz considere que o fundamento da oposição à reintegração foi culposamente criado pelo empregador.

Pelo exposto, é neste contexto de “exceções às exceções” que o despedimento discriminatório assume relevo, para a lei portuguesa. Qualquer que seja a dimensão da empresa ou o cargo exercido pelo trabalhador, perante um despedimento discriminatório o ordenamento jurídico não transige: a opção pela reintegração caberá, em exclusivo e em moldes soberanos, ao trabalhador, não dispondo o empregador de qualquer faculdade de se opor à mesma e de requerer ao tribunal que a exclua.

4.3 A “INDEMNIZAÇÃO DE ANTIGUIDADE”

A declaração judicial de ilicitude/invalidade do despedimento, operando retroativamente, tem como efeito normal, como já se disse, a reintegração do trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade. Os efeitos *ex tunc* da declaração de invalidade não significam, porém, que o despedimento seja juridicamente inexistente, nem eliminam a sua configuração como ato ilícito cometido pelo empregador. Proferido o despedimento patronal e desencadeada a respectiva ação de apreciação judicial pelo trabalhador, a vida continua, o tempo não pára, as circunstâncias alteram-se e as relações entre as partes tornam-se, não raro, ainda mais azedas do que o eram aquando do despedimento. A prática vem demonstrando à saciedade que, na larga maioria dos casos, o próprio trabalhador despedido acaba por não pretender o seu reingresso na empresa da qual foi ilicitamente afastado. Compreende-se, por isso, que a lei preveja uma alternativa à reintegração, estabelecendo que, em lugar desta, o trabalhador poderá *optar* por uma indemnização, cujo montante será fixado pelo tribunal (n.º 1 do art. 391.º do CT).

Quanto ao *critério de cálculo* desta indemnização (correntemente designada por “indemnização de antiguidade”), o CT de 2003 veio introduzir algumas novidades relativamente

ao regime contido na legislação anterior, numa orientação que, nas suas linhas gerais, acabou por ser mantida pelo atual CT. Assim, enquanto a legislação pré-codicística estabelecia que a indemnização deveria corresponder a «um mês de remuneração de base por cada ano de antiguidade ou fração», o n.º 1 do art. 391.º do CT prescreve agora que o montante da indemnização será fixado pelo tribunal «entre 15 e 45 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo ou fração de antiguidade». Ou seja, no tocante ao critério de cálculo da indemnização, a remuneração de base dá lugar à retribuição base e diuturnidades e, sobretudo, a tabela rígida (um mês por cada ano de antiguidade ou fração) é substituída por uma moldura, por parâmetros flexíveis (15 a 45 dias de retribuição por cada ano completo ou fração de antiguidade).

Entre o mínimo e o máximo anuais (15 e 45 dias de retribuição, respectivamente), como deverá o tribunal graduar a indemnização? O n.º 1 do art. 391.º estabelece dois fatores de ponderação, isto é, dois elementos a que o tribunal deverá atender, combinando-os, para a definição do *quantum* indemnizatório: por um lado, deverá ser levado em conta o valor da retribuição do trabalhador (assim, para um trabalhador que aufera uma remuneração elevada, o tribunal tenderá a graduar a indemnização “em baixa”, para um trabalhador que aufera um salário modesto, o tribunal tenderá a modulá-la “em alta”); por outro lado, o tribunal deverá avaliar o grau de ilicitude do despedimento, decorrente da ordenação estabelecida no art. 381.º do CT, pois, já se disse, sendo todos estes despedimentos ilícitos, alguns são-no mais do que outros — pense-se, por exemplo, no caso de um despedimento que é declarado ilícito por violação do princípio da proporcionalidade, em virtude de o tribunal entender que a infração disciplinar praticada pelo trabalhador existiu mas não era suficientemente grave, em si e nas suas consequências, para legitimar a ruptura contratual, em comparação com um caso de despedimento patentemente discriminatório, fundado em motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos...

Ora, é justamente neste ponto que o despedimento discriminatório volta a ganhar algum relevo, no contexto mais vasto do despedimento ilícito: o facto de o tribunal entender que se trata de um despedimento discriminatório tenderá a elevar a fasquia da “indemnização de antiguidade” pela qual o trabalhador em causa tenha optado. Em suma, ao reforço da tutela reintegratória soma-se, pois, um tendencial reforço da tutela indemnizatória, quando de um despedimento discriminatório se trate. Já no tocante aos outros possíveis efeitos de um despedimento ilícito, como o do ressarcimento dos danos causados, patrimoniais ou não patrimoniais (art. 389.º, n.º 1, al. a)), ou o do cálculo dos “salários intercalares” (art. 390.º), não

há quaisquer especificidades regimentais a assinalar em sede de despedimento discriminatório²³.

4.4 OS FACTORES ILEGÍTIMOS DE DISCRIMINAÇÃO

As circunstâncias históricas em que a CRP de 1976 foi aprovada explicam que, em sede de despedimento, o art. 53.º tenha dedicado especial atenção ao despedimento por motivos políticos ou ideológicos. Desde sempre se entendeu, porém, que motivos de natureza análoga deveriam merecer igual tratamento (assim, por exemplo, o despedimento por motivo de atividade sindical). Em 2003, o CT reiterou a menção expressa ao despedimento por motivos políticos ou ideológicos, mas acrescentou outros dois fatores igualmente proibidos: motivos étnicos ou religiosos. E esse quarteto de motivos suspeitos foi transposto, sem alterações, para o art. 381.º do atual CT.

Afigura-se legítimo perguntar: porquê estes? Porquê só estes, e não outros? Recorde-se que a CRP, no seu art. 13.º, que consagra o princípio estruturante da igualdade no sistema jurídico lusitano, veda o tratamento discriminatório assente em muitos outros fatores. Lê-se, com efeito, no seu n.º 2: «Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual».

Por seu turno, o próprio CT, no seu art. 24.º, relativo ao direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho, estabelece que o trabalhador não poderá ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, identidade de género, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical.

Perante este vasto — e, ainda assim, meramente exemplificativo — leque de fatores proibidos de discriminação, fica a dúvida sobre a razão pela qual o art. 381.º do CT se cingiu ao “quarteto fantástico” já mencionado²⁴. Todos aqueles fatores nos separam, nos diferenciam e nos

²³ Cabe ainda mencionar o disposto no art. 331.º do CT, que prevê a figura do despedimento abusivo e respectivas consequências. Um bom exemplo de despedimento abusivo será o despedimento retaliatório, motivado pelo facto de o trabalhador ter exercido os seus direitos ou garantias (desde logo, por ter demandado judicialmente a entidade empregadora).

²⁴ Como observa ROSÁRIO PALMA RAMALHO, «a par dos motivos discriminatórios de despedimento enunciados nesta norma, outros justificariam igual ênfase (assim, por exemplo, despedimentos com fundamento em

individualizam: somos homens ou mulheres, hetero ou homossexuais, solteiros, casados ou divorciados (ou de novo casados), somos de esquerda ou de direita (ou sem convicções políticas ou ideológicas), somos autoritários ou libertários, somos revolucionários ou reacionários, somos ateus, agnósticos ou crentes (qualquer que seja a nossa crença), somos mais ou menos jovens e mais ou menos saudáveis (progressivamente menos, dada a usura do tempo...), somos brancos, negros, amarelos ou de pele vermelha, somos ricos, remediados ou pobres, letrados ou iletrados, filiados ou não num sindicato, somos portugueses ou estrangeiros (mas cidadãos europeus, ou cidadãos da comunidade lusófona, ou simplesmente estrangeiros), temos um impecável ou alarmante património genético...

Tudo isto, e muito mais, nos identifica, nos singulariza, nos caracteriza e nos distingue uns dos outros²⁵. Mas, a este propósito, lembre-se a preciosa lição de JORGE LEITE, quando ao conteúdo dos princípios da igualdade e da não discriminação: «Com o princípio da igualdade pretende-se que seja tratado de modo igual o que é igual e de modo diferente o que é desigual na proporção da respectiva diferença. Já, porém, com o princípio da não discriminação o que se pretende é que se trate de modo igual o que é diferente, por se entender que a diferença é totalmente irrelevante para os efeitos tidos em conta»²⁶. Ora, é justamente o que aqui sucede: as diferenças acima assinaladas são, devem ser, têm de ser irrelevantes para efeitos de manutenção do emprego; o trabalhador não pode, decerto, ser despedido/discriminado por motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos; mas também não poderá sê-lo, com igual vigor, por motivo de género ou de orientação sexual, de estado civil ou situação familiar, de idade ou de património genético, de filiação sindical, etc.²⁷. Aliás, nos termos do art. 24.º do CT, o trabalhador não pode ser privado de qualquer direito em razão do extenso leque de motivos discriminatórios que enuncia — e um desses direitos poderá ser o direito ao emprego, o direito de o trabalhador

práticas discriminatórias em razão do sexo, da nacionalidade, da idade, ou da deficiência)» — Tratado de Direito do Trabalho, II, Situações Laborais Individuais, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 843.

²⁵ Somos, também abstémios ou bebedores, fumadores ou não fumadores. Quanto a este último ponto, lê-se na nova lei do tabaco portuguesa (Lei n.º 63/2017, de 3/8, que alterou a Lei n.º 37/2007, de 14/8) que «é proibida qualquer discriminação dos fumadores no âmbito das relações laborais, designadamente no que se refere à seleção e admissão, à cessação da relação laboral, ao salário ou a outros direitos e regalias» (art. 5.º, n.º 12, *itálico nosso*)

²⁶ «O princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres no direito português», Compilação de elementos para uma consulta especializada sobre igualdade de remuneração entre mulheres e homens, Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, Estudos, n.º 3, p. 71.

²⁷ Excepcionalmente, quanto a trabalhadores das chamadas empresas ideológicas ou de tendência (partidos políticos, associações sindicais, instituições religiosas), o despedimento poderá basear-se num destes fatores. Vd., p. ex., o disposto no art. 39.º, n.º 2, da Lei dos Partidos Políticos (Lei Orgânica n.º 2/2003, de 22 de Agosto), o qual considera como justa causa de despedimento de um trabalhador subordinado de um partido político «o facto de um funcionário se desfiliar ou fazer propaganda contra o partido que o emprega ou a favor de uma candidatura sua concorrente». Sobre as relações de trabalho nas organizações ideológicas ou de tendência, vd., por todos, JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, pp. 235-243.

manter o seu emprego, salvo se e quando surgir um motivo legítimo que autorize a promoção do despedimento por parte do empregador.

Creemos, pois, que os fatores suspeitos de discriminação enunciados no art. 381.º devem ser entendidos como meramente exemplificativos, correspondendo, apenas, à ponta do *iceberg*, devendo ser complementados pelos restantes fatores proibidos constantes do catálogo do art. 13.º da CRP e do art. 24.º do CT. Em qualquer destes casos o despedimento apresenta uma carga axiológica singular, uma carga extra de antijuridicidade, pelo que deverá ser tido como discriminatório, nos termos e para os efeitos do art. 381.º, al. a), com as consequências acima descritas em matéria de reintegração ou de “indenização de antiguidade”.

5 CONCLUSÃO

Ainda que o ordenamento jurídico português atribua algum relevo à figura do despedimento discriminatório, ainda que esse relevo pareça ser crescente, a verdade é que esse relevo não tem comparação com aquele que lhe é conferido no Brasil. O que, aliás, é perfeitamente lógico: em Portugal vigora realmente o princípio do despedimento causal ou motivado, pelo que o despedimento arbitrário ou sem justa causa é claramente ilícito, é tratado como um ato patronal inválido, com as consequências acima mencionadas (indenização pelos danos, “salários intercalares”, reintegração na empresa ou “indenização de antiguidade”); neste quadro, o despedimento discriminatório, ainda que se apresente como um *plus*, não traz consequências especialmente diferentes, e muito mais gravosas, para o empregador — ainda que, *de jure condendo*, talvez se possa e deva prever mecanismos mais enérgicos de tutela antidiscriminatória em matéria de despedimento, sancionando com maior severidade o empregador que despede por motivos tão reprováveis e até repugnantes, violando princípios estruturantes da Ordem Jurídica.

Já no Brasil, como vimos, a sanção para o despedimento arbitrário ou sem justa causa é muito débil (multa de 40% sobre o valor dos depósitos do FGTS), tão débil que dá até a sensação de que aí vigora um sistema de despedimento livre ou *ad nutum*²⁸. Neste quadro, ganha maior

²⁸ Sensação bem captada por RENATO RUA DE ALMEIDA, quando escreve: «Pode-se, pois, com certeza afirmar que não existe mais, no direito brasileiro, o direito potestativo do empregador de despedir o empregado, uma vez que a despedida sem justa causa é ato ilícito pelo dano causado da perda do emprego, que deverá ser reparado». E o Autor acrescenta: «Certamente porque hoje em dia a indenização compensatória provisória, representada pela indenização equivalente a 40% dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, não seja suficientemente inibidora da prática do ato ilícito da despedida sem justa causa e porque também não há nenhum controle a priori do ato do empregador de despedir, é que se tem a sensação de que o direito potestativo de despedir ainda subsiste no direito

relevo a distinção entre a ausência de um motivo justificativo para o despedimento e a presença de razões repugnantes e discriminatórias a motivar tal despedimento. Perante um despedimento discriminatório, aí sim, a lei brasileira reage com firmeza.

A importância da proibição do despedimento discriminatório cresce, portanto, na razão direta da amplitude conferida ao empregador para despedir sem necessidade de apresentar qualquer justificação²⁹. Dir-se-ia: se a lei permite o despedimento *for no cause*, torna-se mais premente combater o despedimento *for bad cause*; ainda assim, como vimos, mesmo quando o despedimento *for no cause* é proibido e considerado inválido (como acontece em Portugal), pode e deve estabelecer-se um regime mais enérgico de tutela contra o despedimento *for bad cause*.

brasileiro» («O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa – estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa», Separata da Revista LTR — Legislação do Trabalho, Março de 2007, pp. 8-9).

²⁹ Em sentido próximo, LEONARDO VIEIRA WANDELLI, Despedida Abusiva – O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade, cit., pp. 344-345.