

PROTEÇÃO JURÍDICA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO TRABALHADOR

Mauro Schiavi¹

Atualmente, muito se tem estudado sobre a proteção à dignidade da pessoa humana em todos os ramos do Direito, máxime no Direito privado e nas relações jurídicas privadas.

É consenso na doutrina, com grande prestígio da jurisprudência, principalmente a dos Tribunais Superiores, que a proteção à dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o ordenamento jurídico e também a finalidade última do Direito.

A interpretação do direito não pode estar divorciada dos princípios constitucionais e, principalmente, dos princípios que consagram direitos fundamentais. Por isso, a moderna doutrina tem se posicionado no sentido de que os princípios fundamentais da Constituição Federal têm caráter normativo, tendo aplicabilidade imediata como se regras fossem.

Crescem também os estudos no sentido de se estabelecer um *piso vital mínimo de direitos* que garantam e implementem a proteção à dignidade da pessoa humana.

Mesmo em época de flexibilização do Direito do Trabalho, de altos índices de desemprego e globalização da economia, cresce o movimento de valorização do seu princípio protetor, que é a razão de ser do Direito do Trabalho, como medida de efetividade da proteção dos direitos fundamentais da pessoa, da realização do princípio da igualdade real entre os atores sociais partícipes da relação jurídica de trabalho e da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

No presente estudo, sem a pretensão de esgotar o tema, procuraremos estudar o conceito de dignidade da pessoa humana, o piso mínimo de direitos para sua proteção e as garantias mínimas constitucionais que asseguram a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

A Dignidade da pessoa humana

O conceito de pessoa para o fins jurídicos tem gerado divergência na doutrina. A pessoa é sujeito de direitos e obrigações,

¹ Juiz do Trabalho na 2ª Região. Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Professor Universitário.

segundo o Código Civil, que no artigo 1º diz que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior²:

“Em que pese as dificuldades de fundamentação, as noções de sujeito jurídico, pessoa física e pessoa jurídica são correntes na dogmática. Talvez uma explicação razoável desses conceitos possa ser encontrada na noção referida e papel social. A idéia reporta-se à origem da palavra pessoa – *persona* – que era máscara do ato no teatro. O mesmo indivíduo representa vários papéis (no teatro antigo, pondo a máscara). A própria sociedade institucionalizada os papéis como condição de interação. Conhecemo-nos e interagimos, porque conhecemos os papéis assumíveis: o pai, o filho, o pagador de impostos, o motorista, o vendedor, o comerciante. Os papéis institucionalizados normativamente, no direito, ganham contornos certos e seguros. O papel de juiz não é apenas aquele que julga pendências, mas depende de um estatuto próprio, o estatuto da magistratura. O estado confere papel as qualidades que o tornam consistente para o intercâmbio jurídico. Nesses termos, o que chamamos de pessoa nada mais é do que feixe de papéis institucionalizados”.

Para o Direito Penal, o conceito de pessoa envolve o ser humano, o ser que tenha natureza humana, embora a pessoa jurídica possa ser sujeito passivo de alguns crimes, como o de difamação.

Ensina Damásio de Jesus³:

“Quando se fala em crimes contra a pessoa, uma interpretação ligeira leva à conclusão de que se trata de pessoa física, com exclusão da pessoa jurídica. Entretanto, em determinados casos, a pessoa jurídica pode ser sujeito passivo. Assim, nada impede que o ente jurídico seja ofendido no crime de difamação”.

O artigo 121 do Código Penal diz: “Matar alguém”. Conforme E. Magalhães Noronha⁴, que o sujeito passivo do crime de homicídio é, “particularmente, o indivíduo o ser vivo, nascido de mulher ou que está nascendo. Com efeito, se a destruição do feto ou do *embrião no útero materno é abortamento, é homicídio a destruição do feto durante o parto*”.

Para fins civis, ensina Maria Helena Diniz⁵:

“Liga-se à pessoa a idéia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres. O novel Código Civil preferiu empregar o termo *deveres*, alerta Fiúza, no relatório geral, por existirem deveres jurídicos diferentes da obrigação,

²Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito, 4ª Edição, São Paulo, Atlas, 2003, pág. 156.

³Jesus, Damásio Evangelista. Direito Penal, Volume II, 17ª Edição, São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 11.

⁴Noronha, E. Magalhães. Direito Penal, 28ª Edição, Volume II, São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 17.

⁵Diniz, Maria Helena, Código Civil Anotado, 11ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2005, pág. 04.

como a sujeição nos direitos de vizinhança, o dever genérico de abstenção, os poderes-deveres e os deveres do direitos de família”.

Para Nélson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery⁶:

“Pessoa natural é sinônimo de pessoa física, ser humano. É termo utilizado para distinguir o homem de outros titulares de direito que o são por processo artificial de ficção jurídica. O termo pessoa identifica, dentro de um mesmo livro, as duas espécies de pessoas (sujeito de direito): pessoa natural (Título I) e pessoa jurídica (Título II)”.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, ensina Ingo Wolfgang Sarlet⁷:

“O problema do significado que se pode hoje atribuir à dignidade da pessoa humana, cumpre ressaltar de início, que a idéia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão. Muito embora não nos pareça correto, inclusive por faltar dados seguros quanto a este aspecto, reivindicar – no contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano ao longo dos tempos – para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo quando no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a conseqüência – lamentavelmente renegada por muito tempo por parte das instituições cristãs e seus integrantes (basta lembrar as crueldades praticadas pela ‘Santa Inquisição’) – de que o ser humano – e não apenas o cristãos – é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento”⁸.

⁶ Nery Nélson; Andrade Nery Rosa Maria. Código Civil Comentado e legislação Extravagante, 3ª Edição, São Paulo, RT, 2005, pág. 161.

⁷ Sarlet, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, 4ª Edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2006, págs. 29/30..

⁸ Conforme Carlos Augusto Ayres de Freitas Brito: “Péricles, um pensador e um administrador grego de nomeada, chegou a dizer, a propósito desse experimento grego de cidadania em tempo integral, que aquele que não se interessa pelos assuntos da *polis* não é apenas uma pessoa que não se interessa pelos assuntos da *polis*, é um inútil. De maneira que as mulheres, o adolescentes, as criança, os escravos, os estrangeiros, os povos conquistados não tinham maior dignidade jurídica. Os gregos não diziam, como dizemos hoje: Participo porque sou livre. Os gregos diziam: ‘Sou livre porque participo’. Então, não havia essa distinção, essa dignidade do trabalhador, do inativo, do religiosos, se não estivesse tudo acoplado à dimensão cidadã. O que interessava era o cidadão. Uma espécie de totalitarismo que a Rússia tentou revitalizar ou ressuscitar, atualizadamente, com a sua Revolução de 1918. Mas esse conceito acanhado de dignidade da pessoa humana, já na própria Grécia, encontrava algumas reações episódicas, porém sem sucesso. Por exemplo: Protágoras dizia numa frase definitiva e, portanto, de marcante atualidade, que o homem era a medida de todas as coisas; Buda, fora da Grécia – Buda antecipou Cristo 500 anos -, também enxergava no homem um ser potencialmente iluminado, de sorte a pressentir na ontologia humana a própria chamada da divindade. Buda também cunhou uma frase, que está nos albores da dignidade da pessoa humana no plano teórico: ‘Não acredite em certa coisas só porque as sagradas escrituras dizem que é assim, não acredite em certas coisas só porque o povo todo diz que é assim; não acredite em certas coisas só porque eu estou dizendo que é assim; a mesmos que você experimente, siga duvidando até o fim’. Então, Buda prestigiava a experiência humana, valorizada a individualidade; cada

Conforme o pensamento de São Tomás de Aquino em sua obra *Summa Theologica*, a dignidade da pessoa humana encontra fundamento na circunstância de que o ser humano fora criado à imagem e semelhança de Deus, mas também radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de tal forma que o ser humano é livre por sua natureza, existe em função de sua própria vontade.

No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a idéia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. A dignidade da pessoa humana era considerada como a liberdade do ser humano de optar de acordo com a sua razão e agir conforme o seu entendimento e opção, bem como – de modo particularmente significativo – o de Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado – nem por ele próprio – como objeto. É com Kant que, de certo modo, se completa o processo de secularização da dignidade, que, de vez por todas, abandonou suas vestes sacras. Sustenta Kant que o Homem e, duma maneira geral, todo ser racional, todo ser humano, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade⁹.

Após minucioso estudo doutrinário Ingo Wolfgang Sartel¹⁰ fixa o seguinte conceito de dignidade da pessoa humana:

“Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

ser humano que tratasse do seu próprio caminho e encontrasse sua própria verdade. Buda antecipou São Tomás, que só acreditava no que via. E, de certa forma, antecipou Nietzsche, que também proferiu este pensamento fecundo: ‘Quem quiser me seguir, não me siga; ou seja siga você mesmo’. Alias, Gilberto Gil, ‘nietzschianamente’, numa música antiga chamada ‘Aquele Abraço’, dizia: ‘Meu caminho pelo mundo eu mesmo traço, a Bahia já me deu régua e compasso’. Isso é o reconhecimento dessa dignidade inerente a todo ser humano”(Constitucionalismo Fraternal e o Direito do Trabalho, in Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais, São Paulo, LTR, 2004, pág. 46).

⁹Sartel. Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, págs. 32/33

¹⁰Sartel, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 4ª Edição, pág. 60.

A dignidade da pessoa humana está prevista no artigo 1º, III, da CF como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e constitui um legado incontestável das filosofias de São Tomás de Aquino e de Kant. O ser humano é um fim em si mesmo e, jamais, um meio para atingir determinado fim¹¹. O ser humano é um sujeito de direito e não objeto do direito. A Constituição brasileira assegura, em vários artigos, a proteção do ser humano, seja fazendo referência ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja protegendo a vida, a saúde, garantindo a igualdade, a liberdade, a segurança e, as condições dignas de sobrevivência por meio da proteção à maternidade e à infância. Igualmente, estende-se a proteção ao ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida a ser assegurada à geração presente e futura (Os artigos primeiro, inciso III; o artigo 5º, caput; o artigo 203, inciso I e, o artigo 225 da Constituição Federal de 1988).

Para que haja efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário que seja deferida à pessoa todos os demais direitos fundamentais previstos na Constituição. É preciso que se assegure, como já é frase recorrente na doutrina, um piso vital mínimo de direitos¹².

Desse modo, somente haverá dignidade se a pessoa tiver assegurados os direitos fundamentais previstos nos artigos 1º, 3º e 5º, da CF, mas também os direitos sociais previstos no artigo 6º, aí incluídos o direito ao trabalho, à saúde e ao lazer, e também o direito a um meio ambiente equilibrado artigos 225 e seguintes da CF. Hoje, também têm sido muito valorizados os direitos sociais, como o direito ao lazer (artigo 6º, da CLT) como sendo um direito fundamental para a melhoria da qualidade de vida das pessoas, principalmente as que têm grande volume de trabalho.

A moderna doutrina fixou entendimento no sentido de que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, em razão do princípio da força normativa da Constituição Federal, o que fora ratificado pela redação do artigo 5º, p. 1º, da CF, com a redação dada pela EC 45/04.

¹¹ Fábio Konder Comparato se referindo à filosofia Kantiana, adverte com propriedade, “ora, da dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não equivale, não pode ser trocado por coisa alguma” (A afirmação história dos direitos humanos, III Edição, São Paulo, Saraiva, 2004, pág. 22).

¹² Conforme Rizatto Nunes, “foi o jus-ambientalista brasileiro Professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo que usou a expressão ‘mínimo vital’, cujo conteúdo concordamos. Diz o professor que, para começar a respeitar a dignidade da pessoa humana, tem-se de assegurar concretamente os direitos sociais previstos no art. 6º, da Carta Magna, que por sua vez está atrelado ao *caput* do art. 225” (Curso de Direito do Consumidor, São Paulo, Saraiva, 2004, pág. 25).

Nesse diapasão, oportunas as palavras de Flávia Piovesan¹³:

“O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm constituir o princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988 esses valores a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional. A Constituição de 1988 acolhe a idéia da universalidade dos direitos humanos, na medida em que consagra o valor da dignidade humana como princípio fundamental do constitucionalismo inaugurado em 1988. O texto constitucional ainda realça que os direitos humanos são tema de legítimo interesse da comunidade internacional, ao ineditamente prever, dentre os princípios a reger o Brasil nas relações internacionais, o princípio da prevalência dos direitos humanos. Trata-se, ademais, da primeira Constituição Brasileira a incluir os direitos internacionais no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos. Ao fim da extensa Declaração de Direitos enunciada pelo art. 5º, a Carta de 1988 estabelece que os direitos e garantias expressos na 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'. A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada: a hierarquia constitucional.

Logo, outra conclusão não resta senão a aceitação pelo texto constitucional do alcance universal dos direitos humanos”.

O artigo 5º, p. 1º, da CF determina que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, independentemente de norma regulamentar. O referido dispositivo consagra as chamadas ações afirmativas para a defesa de direitos fundamentais, evitando que as normas atinentes à direitos fundamentais fiquem em sede programática.

Também o parágrafo 3º, do artigo 5º, da CLT aduz que os tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil adquirem status de emenda constitucional.

A dignidade é inerente ao ser humano, sendo um valor intrínseco da própria condição humana. Todo ser humano tem

¹³Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e o Trabalho, Revista da AMATRA II, São Paulo, 2003, pág. 13.

dignidade pelo fato de ser pessoa. Por isso, é complexa a definição do conceito de dignidade. Embora a Constituição Federal mencione no artigo 1º, III que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e freqüentemente a doutrina se refira ao *princípio da dignidade da pessoa humana*, na verdade, a dignidade é mais que um fundamento e também tem dimensão mais reluzente que um princípio, pois é inata à própria condição humana de que o homem, conforme *São Tomás de Aquino*, fora criado à semelhança de Deus.

Como cedo é difícil se definir a dignidade, mas facilmente identificamos hipóteses de indignidades, que nos provocam um sentimento¹⁴ de injustiça e até mesmo de fúria¹⁵. Desse modo, preferimos nos referir à proteção à dignidade da pessoa humana na esfera jurídica e não ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante do exposto, no nosso sentir *a proteção da dignidade da pessoa humana envolve todos os aspectos da pessoa, seja no seu aspecto exterior – papéis que representa na sociedade –, como função profissional, imagem, etc, como na sua individualidade – privacidade, intimidade (artigo 5o, V e X, da CF)¹⁶ –, assim, como o fato de pertencer ao gênero humano, seu aspecto físico, sua etnia, bem como a proteção do meio ambiente.*

Nesse sentido sustenta com propriedade Maria Celeste Cordeiro dos Santos¹⁷:

“O princípio da dignidade da pessoa aparece indicado, ora como princípio da *personalidade*, ora como princípio da *individualidade* e nos obriga a um compromisso inafastável: o do absoluto e irrestrito respeito à identidade e à integridade do ser humano. Isso porque o homem é *sujeito de direitos*, não é, jamais, objeto de direito e, muito menos, objeto mais ou menos livremente *manipulável*”.

Discute-se na doutrina se o princípio da proteção à dignidade da pessoa humana pode ser relativizado. Significativa parte da doutrina assevera a impossibilidade de sua redução, já que a dignidade da

¹⁴ Para muitos, a dignidade da pessoa humana não pode ser definida, pois trata-se de um sentimento, com a felicidade, a tristeza, a dor, etc.

¹⁵ Conforme *Hannah Arendt*, “A fúria não é de modo nenhum uma reação automática diante da miséria e do sofrimento em si mesmos; ninguém se enfurece com uma doença incurável ou um tremor de terra, ou com condições sociais que pareçam impossíveis de modificar. A fúria irrompe somente quando há boas razões para crer que tais condições poderiam ser mudadas e não o são. Só manifestamos uma reação de fúria quando nosso senso de justiça é injuriado; tal reação em absoluto não se produz por nos sentirmos vítimas da injustiça, como prova toda a história das revoluções, nas quais o movimento começou por iniciativa de membros das classes superiores, conduzindo à revolta dos oprimidos e miseráveis” (A condição Humana. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995, pág. 229)

¹⁶ Nesse mesmo diapasão assevera Alexandre de Moraes, “o direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil” (Direitos Humanos Fundamentais, São Paulo, Atlas, 2002, pág. 60).

¹⁷Dos Santos, Maria Celeste Cordeiro. O Equilíbrio do Pêndulo A Bioética e a Lei, São Paulo, Ícone, 1998, pág. 150.

pessoa humana é o núcleo de todos os direitos fundamentais. Outros, admitem em certas hipóteses sua relativização em prol do interesse coletivo ou do interesse de outrem.

Pugnando pelo caráter absoluto da proteção à dignidade da pessoa humana, colacionamos os seguintes pronunciamentos:

Castanheiras Neves¹⁸:

“A dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional de sua dignidade. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. Assim, o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de sua classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe”.

No mesmo sentido é a visão de Maria Garcia¹⁹:

“Atribuindo à dignidade da pessoa humana a dimensão de princípio absoluto (no se contrapõe Alexy) destaca-lhe a dupla perspectiva, assinalada por Ernst Bloch: uma, negativa, pelo que a pessoa não possa ser objeto de ofensas ou humilhações, preservando-lhe a dignidade que, ‘ensina Jorge Miranda, pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidade pública e às outras pessoas’; ‘a dimensão positiva presume o pleno desenvolvimento de cada pessoa, que supõe, de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possibilidades de atuação próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que uma predeterminação dada pela natureza (Pérez Luño), Não sem razão, o legislador constituinte colocou como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil ‘erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos (art. 3º, III e IV)’”.

Como a dignidade da pessoa humana é o núcleo dos direitos fundamentais, este se sobrepõe aos demais direitos. A interpretação no aspecto deve ser levada a efeito com a máxima eficiência, conforme sustenta J.J. Gomes Canotilho²⁰:

“Esse princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido

¹⁸ “Apud”, Salet. Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, 4ª Edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, pág. 134.

¹⁹ Garcia. Maria. Limites da Ciência, São Paulo, RT, 2004, págs. 203/204.

²⁰ Canotilho. J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª Edição, Coimbra, Almedina, 2003, pág. 1224.

que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”.

Autores há que asseveram a possibilidade de relativização do princípio da dignidade da pessoa humana em prol do interesse coletivo, ou do direito à vida, ou da dignidade de outro ser humano, ou até da própria interpretação deste princípio na situação concreta.

Sustenta Alexandre de Moraes²¹ que “o princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se como uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhantes tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria”.

Conforme argumentou com propriedade o professor Moraes, a dignidade da pessoa está no mesmo patamar da dignidade do seu semelhante. Ou seja, não se pode desrespeitar a dignidade do semelhante a despeito da defesa da própria dignidade.

Nesse mesmo diapasão, menciona Ingo Sarlet²² que “não podemos deixar de lembrar – na esteira de Alexy – que até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana (pro força de sua própria condição principiológica) acaba por sujeitar-se, em sendo contraposto à igual dignidade de terceiros, a uma necessária relativização, e isto não obstante se deve admitir – no âmbito de uma hierarquização axiológica – sua prevalência no confronto com outros princípios e regras constitucionais, mesmo em matéria de direitos fundamentais. Com efeito, não há como deixar de reconhecer – acompanhando Kloepfer – que mesmo em se tendo a dignidade como o valor supremo do ordenamento jurídico, daí não segue, por si só e necessariamente, o postulado de sua absoluta intangibilidade. Assim, também nas tensões verificadas no relacionamento entre pessoa igualmente dignas, não se poderá dispensar – até mesmo em face da necessidade de solucionar o caso concreto – um juízo de ponderação ou (o que parece mais correto) uma hierarquização, que à evidência, jamais poderá resultar – e esta a dimensão efetivamente absoluta da dignidade – no sacrifício da dignidade, na condição de valor intrínseco e

²¹ Moraes. Alexandre, Direitos Humanos Fundamentais, São Paulo, Atlas, 2002, pág. 60/61.

²² Op. cit. pág. 130.

insubstituível de cada ser humano que, como al, sempre deverá ser reconhecido e protegido, sendo, portanto – e especialmente neste sentido – imponderável. Mesmo assim, consoante já destacado, não haverá como evitar a formulação de um juízo de valor (e, portanto, num certo sentido, uma ponderação) a respeito da existência, ou não, de uma violação da dignidade, por mais que se venham a fixar diretrizes para tal tarefa, visto que também critérios abstrata e previamente estabelecidos sempre serão o resultado de uma avaliação subjetiva e, neste sentido, de uma opção axiológica (hierarquização)”.

Proteção jurídica à dignidade da pessoa humana do trabalhador

O Direito do Trabalho é um produto do século XIX e surge para garantir a melhoria da condição social do trabalhador, nivelando as desigualdades entre o capital e o trabalho e, acima de tudo, consagrar a dignidade da pessoa humana do trabalhador, bem como ressaltar os valores sociais do trabalho, como fundamentos para uma sociedade justa e solidária.

Conforme Alice Monteiro de Barros²³: “não há dúvida de que o Direito do Trabalho é um produto típico do século XIX; nasceu sob o império da máquina, como uma reação aos vícios e conseqüências da liberdade econômica, os quais podem sintetizar-se na exploração do trabalho das mulheres e menores, desgastando prematuramente o material humano, nos acidentes mecânicos do trabalho, nos baixos salários, e nas excessivas jornadas. As soluções para esses problemas já não se situavam no direito civil, reclamando uma legislação mais de acordo com a realidade social. Isso porque o contrato de trabalho não poderia firmar-se e executar-se dentro dos dogmas do direito clássico, considerando-se a flagrante desigualdade das partes. Diante das agitações dos trabalhadores e das lutas sociais, o Estado resolveu intervir na regulamentação do trabalho, inspirando-se em postulados, que lhe atribuem critérios próprios, não encontrados em outro ramo do Direito”.

Na clássica definição de Octavio Bueno Magano²⁴, o direito do trabalho “conceitua-se como o conjunto de princípios, normas e instituições, que se aplicam à relação de trabalho, tendo em vista a proteção do trabalhador e a melhoria de sua condição social”.

Ensina Magano²⁵ que a referência à melhoria da

²³ Barros, Alice Monteiro. “Flexibilização e Garantias Mínimas”. Revista Trabalho & Doutrina, 20, São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 09.

²⁴ Magano, Octavio Bueno. “ABC DO DIREITO DO TRABALHO”, 1ª Edição, São Paulo, RT, 1998, pág. 10.

²⁵ Op. cit. pág. 11.

condição social do trabalhador indica o fundamento do direito do trabalho, o fim para o qual convergem suas normas e instituições.

Dentre os princípios que dão autonomia e suporte ao Direito do Trabalho, destaca-se o princípio protetor, ou princípio da proteção tutelar.

A obra de Américo Plá Rodríguez²⁶ é um clássico sobre os princípios e exerceu grande influência em toda a América Latina.

Ensina o referido professor uruguaio²⁷ que o fundamento do princípio protetor “está ligado á própria razão de ser do Direito do Trabalho. Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive as mais abusivas e iníquas. O legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável. O Direito do Trabalho responde fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades. Como dizia Couture: ‘o procedimento lógico de corrigir desigualdades é o de criar outras desigualdades’”.

Atualmente, diante dos fatores da globalização, do avanço da tecnologia e das próprias transformações na sociedade, muito se tem discutido sobre quais as garantias e direitos trabalhistas devem ser preservados para a manutenção da dignidade da pessoa humana do trabalhador e também quais direitos devem ser implementados para a efetiva garantia dessa dignidade.

Ao mesmo tempo que alguns defendem a desregulamentação do Direito do Trabalho, outros defendem uma nova interpretação para esse ramo do Direito, baseada nos direitos fundamentais para efetividade da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Acreditamos que para assegurar a dignidade da pessoa humana do trabalhador é necessário a fixação de um *piso vital mínimo de direitos ao trabalhador*, não só ao trabalhador regido pela CLT (aquele que trabalha sob a moldura dos artigos 2º e 3º, da CLT), mas a todos aqueles que trabalham de forma pessoal e colocam sua força de trabalho em prol de outrem, o que configura o relação de trabalho *lato sensu*²⁸. Como salienta

²⁶ “Los Principios de Derecho del Trabajo”, Montevideu, 1975.

²⁷ Rodríguez, Américo Plá. “Principios de Direito do Trabalho, 3ª Edição, São Paulo, LTr, 2000, pág. 85.

²⁸ Acreditamos que o trabalhador que presta serviços em situação diversa da prevista pelos artigos 2º e 3º, da CLT também deve ter assegurado um piso vital mínimo de direitos, como os previstos nos artigos 5º, 6º e 225, da CF, exemplificativamente: direito à intimidade, à imagem, à privacidade, à saúde, ao lazer à proteção à maternidade à previdência social, função social da propriedade, direito de associação, direito ao meio ambiente salubre de trabalho. Também alguns direitos previstos no artigo 7º, da CF podem ser aplicados a outros trabalhadores que seguem regime diverso da CLT, como uma remuneração mínima que garanta dignidade, limitação da jornada, períodos de descanso, proteção contra acidentes do trabalho, aviso prévio, dentre outros.

Paolo Barile²⁹, “a garantia de proteção ao trabalho não engloba somente o trabalhador subordinado, mas também aquele autônomo e o empregador, enquanto empreendedor do crescimento do país”³⁰.

No nosso sentir o “termo relação de trabalho” significa: *o trabalho prestado por conta alheia, em que o trabalhador (pessoa física) coloca, em caráter preponderantemente pessoal, de forma eventual ou não eventual, gratuita ou onerosa, de forma autônoma ou subordinada, sua força de trabalho em prol de outra pessoa (física ou jurídica, de direito público ou de direito privado), podendo o trabalhador correr ou não os riscos da atividade que desempenhará*³¹.

Nossa Constituição Federal prevê no artigo 1º, incisos III e IV, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como fundamentos do Estado Democrático de Direito, e no artigo 3º, III, IV, menciona como objetivos da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e a marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, etnia, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação.

Interpretando-se sistematicamente os direitos fundamentais previstos nos artigos 1º e 3º, da Constituição Federal, sob a ótica da pessoa humana do trabalhador, de acordo com o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais (*Canotilho*), conclui-se que a preservação dos valores sociais do trabalho é uma das formas de se garantir a dignidade da pessoa humana, bem como propiciar ao ser humano uma

²⁹Barile, Paolo. *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bolonha: Il Mulino, 1984, p. 105, “apud”, Morais, Alexandre, *Direito Constitucional*, 15ª Edição, São Paulo, Atlas, 2004, pág. 52.

³⁰ Nesse mesmo diapasão, argumenta com propriedade Gabriela Neves Delgado: “No entender desta obra, quando o art. 7º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, elenca direitos constitucionais trabalhistas ele o faz para todo e qualquer trabalhador e não apenas para os empregados urbanos e rurais. *É claro que a concessão dos direitos constitucionais trabalhistas será assegurada a cada trabalhador conforme a possibilidade da própria estrutura de trabalho estabelecida, o que não significa a defesa de discriminações, mas pelo contrário, o respeito às diferenças estruturais que se estabelecem no mundo do trabalho*”(O Direito Fundamental ao Trabalho Digno, São Paulo, LTR, 2006, pág. 215). No mesmo sentido é a opinião abalizada de Amauri Mascaro Nascimento, “esses direitos, na esfera das relações de trabalho têm como fundamento a necessidade de garantia de um mínimo ético, que deve ser preservado nos ordenamentos jurídicos, nas relações de trabalho como forma de organização jurídico-moral da sociedade quanto à vida, saúde, integridade física, personalidade e outros bens jurídicos valiosos para a defesa da liberdade e integração dos trabalhadores na sociedade, perante a qual têm o dever-direito ao trabalho. Não são restritos ao empregado, mas, por serem fundamentais, devem estender-se a todo aquele que prestar um trabalho subordinado ou por conta alheia, o que abre o horizonte da sua aplicabilidade para formas atípicas de contratação do trabalho como temporário, avulso, eventual, intermitente e todo aquele que vier a ser enquadrado na rede de proteção da legislação trabalhista. Valverde, Gutiérrez e Murcia, em *Derecho del Trabajo* (2000), mostram que os direitos fundamentais, reconhecidos para a pessoa em sua condição como tal e não especificamente em sua condição de participante no processo produtivo, podem ser também exercidos pelos trabalhadores no âmbito das relações de trabalho”(Curso de Direito do Trabalho, 19ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2004, pág. 434).

³¹ Schiavi, Mauro. O Alcance da expressão “relação de trabalho” e a competência da Justiça do Trabalho um ano após a promulgação da EC n. 45/04, *in* Revista LTR 70-02/11.

sociedade mais justa, com igualdades de oportunidades, para o seu pleno desenvolvimento físico e intelectual.

Conforme pondera Emanuel Teófilo Furtado³², “não há dúvida que, através dos plenos trabalho e emprego, acompanhados de uma política que eduque um povo, não há pobreza que perdure, daí se insistir, que observando-se a dignidade da pessoa humana do trabalhador, estar-se-á, por via direita e oblíqua, corroborando para o eficaz desenvolvimento de qualquer nação”. Sendo assim, o Direito do Trabalho, como sendo um instrumento para a melhoria da condição social do trabalhador, conforme a mencionada clássica definição de *Magano*, caracteriza-se como um direito fundamental para a efetivação da dignidade da pessoa humana e construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Conforme Amauri Mascaro Nascimento³³, “na Espanha, a jurisprudência sobre o exercício dos direitos fundamentais nas empresas e unidades de trabalho é abundante por duas razões apontadas pelos juristas citados, ‘porque o trabalho é um dos aspectos essenciais da existência humana, e porque as ocasiões de lesão a tais direitos são freqüentes na vida profissional’”.

Adverte Arion Sayão Romita³⁴ que “a função primordial dos direitos fundamentais consiste na tarefa de fazer respeitar a dignidade da pessoa humana, mas não da pessoa abstrata do liberalismo, e sim da pessoa situada, em situação concreta e determinada, já que a dignidade da pessoa humana constitui o conceito central do fundamento da teoria dos direitos do homem, como resulta das declarações internacionais e das afirmações contidas em inúmeros textos constitucionais atualmente vigentes. Ela impõe uma barreira, que em hipótese alguma pode ser franqueada. Mesmo nos casos em que limitações ao exercício dos direitos fundamentais na empresa devem ser admitidas, principalmente as concentradas nas faculdades asseguradas ao empregador em face do princípio da liberdade de iniciativa, ela não comporta restrições. A aplicação dos direitos fundamentais no âmbito da relação de emprego não concerne a indivíduos abstratos, mas a pessoas, isto é, a seres humanos em situação determinada pelo meio social em que vivem. Ela só se justifica quando considera os seres concretos, vale dizer, as pessoas encaradas em sua diversidade e levando em conta suas peculiaridades e sua particularidade. Cada ser humano é irrepitível e insubstituível. A fórmula que preside à aplicação dos direitos fundamentais é a que eles concernem ao ‘homem situado’. A pessoa em causa deve ser considerada em sua

³² Furtado. Emmanuel Teófilo. Sentido Ontológico do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana do Trabalhador *in* Revista LTR. 69-12/1450.

³³ Nascimento, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho, 19ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2004, pág. 434.

³⁴ Romita, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho, São Paulo, LTR, 2005, pág. 195.

integralidade, não somente do ponto de vista profissional, mas também em sua vida privada”.

O Direito e, em particular o Direito do Trabalho, não é um fim em si mesmo, por isso deve estar a serviço do homem e sempre se adaptar ao ser humano e às mudanças da sociedade³⁵. O Direito do Trabalho deve ser um instrumento para melhoria das condições de vida do trabalhador e efetivação da Justiça Social. Como ensina Jorge Luiz Souto Maior³⁶, “ a evolução das relações sociais exige novas respostas do direito a cada momento. Exige, portanto, uma atividade atenta de legisladores, doutrinadores, juízes e dos vários centros de positivação do direito, no sentido de comporem um direito aplicável a seu tempo. Assim, o direito é uma construção consciente do homem, que está sempre em movimento, acompanhando a evolução social, exatamente para não morrer, e é, por isso mesmo, um sistema carregado de contradições, tendo a noção de princípios, precisamente, a função de inibir a ação destruidora dessa contradição”.

Conforme as ponderações do professor Souto Maior, o Direito deve sempre ser revitalizado pela interpretação, máxime o Direito do Trabalho, que é movimentado por grande eletrividade social. Por isso, ganha relevo a interpretação e aplicação do Direito do Trabalho sob o espectro dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal que têm aplicabilidade imediata e permitem adaptação às transformações da sociedade em razão dos princípios evolutivo e da força normativa dos princípios constitucionais. Embora possamos adaptar o Direito do Trabalho às transformações sociais, nunca podemos deixar de dar primazia ao trabalhador e à sua dignidade, que são a razão de existir desse ramo especializado do Direito. Hoje, apesar do Direito do Trabalho passar por grandes transformações, principalmente em razão da globalização e avanço da tecnologia, parcela significativa da doutrina já está iniciando um movimento pela revalorização do princípio protetor, como medidas de garantia de cidadania do trabalhador e justiça social³⁷. Como bem adverte Souto Maior³⁸, “uma efetiva luta pela justiça social, utilizando-se o direito do trabalho como instrumento, culmina com a constitucionalização das

³⁵ Como pondera Rufolf von Jehering, “se todas as normas jurídicas têm por finalidade a garantia das condições vitais da sociedade, isto significa que a sociedade é o sujeito final do direito. Um sujeito estranho, alguém objetará, uma mera abstração, pois o sujeito final é, realmente, o homem, o indivíduo, a quem, enfim, toda norma jurídica aproveita. Perfeitamente. Todas as normas jurídicas, quer pertençam ao direito privado, quer pertençam ao direito penal ou ao direito público têm por finalidade o homem em formas mais elevadas, através da comunhão de fins permanentes, amplia, por isso mesmo, as formas de existência humana (A Finalidade do Direito. Traduzido por Helder K. Hoffmann, Volume I, Campinas, Bookseller, 2002, págs. 306/307).

³⁶ Maior, Jorge Luiz Souto. O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social, São Paulo, LTR, 2000, pág. 245.

³⁷ A propósito, vários estudos publicados no Jornal do 46º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, em junho de 2006.

³⁸ Maior, Jorge Luiz Souto. O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social, São Paulo, LTR, 200, pág. 259.

normas protetivas do trabalho e a normatização de seus princípios fundamentais, possibilitando a interpretação das normas infraconstitucionais com base nesses postulados. O direito do trabalho assim construído e aplicado é instrumento decisivo para a formação e a defesa da justiça social, ainda que, concretamente, em primeiro momento, só consiga minimizar as injustiças. Sob o prisma específico da teorização do direito do trabalho, o objetivo primordial é destacar que a sua origem histórica, que marca uma preocupação com e eliminação da injustiça, que é característica da relação capital X trabalho, integra-se em seu conceito, advindo daí a noção de justiça social como seu princípio maior”.

Como mencionado anteriormente, o princípio da proteção à dignidade da pessoa humana é o núcleo basilar do ordenamento jurídico, do qual irradiam todos os demais direitos fundamentais³⁹. Por isso, acreditamos que há a necessidade de fixação de *piso vital mínimo de direitos ao trabalhador*⁴⁰, a fim de dar efetividade à dignidade da pessoa humana do trabalhador, como elemento essencial.

Nesse mesmo diapasão sustentam Gomes Canotilho e Vital Moreira⁴¹:

“A individualização de uma categoria de direitos e garantia dos trabalhadores, ao lado dos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstractos, fazendo intervir também o trabalhador (exactamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade”.

Cada trabalhador, por prestar seu serviço de forma pessoal, *intuito personae*, tem sua individualidade, ou seja, cada trabalhador é único como ser humano e merece ser respeitado e protegido com um piso mínimo de direitos⁴².

Não é tarefa das mais fáceis, fixar o que seria um piso mínimo vital de direitos para garantia da dignidade da pessoa humana do trabalhador. A própria Constituição Federal assegura no artigo 7º, um rol de direitos mínimos ao trabalhador, não excluindo outros que visem à

³⁹ Nesse diapasão, oportunas as palavras de Rizzatto Nunes, “é ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete”(O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, São Paulo, Saraiva, 2002, pág. 45).

⁴⁰ Na doutrina trabalhista brasileira Amauri Mascaro Nascimento se refere às garantias fundamentais trabalhistas como “a necessidade de garantia de um mínimo ético” (Curso de Direito do Trabalho, São Paulo, Saraiva, 2004, pág. 434). Maurício Godinho Delgado as denomina como “patamar civilizatório mínimo” (Curso de Direito do Trabalho, São Paulo, LTR, 2005, pág. 117).

⁴¹ Canotilho, J.J. Gomes. Moreira, Vital. “Constituição da república portuguesa anotada.”. 3ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, pág. 285.

⁴² Como adverte com propriedade Fábio Konder Comparato, “cada ser humano é único e insubstituível, pois ninguém pode experimentar, existencialmente, a vida ou a morte de outrem” (A Afirmação História dos Direitos Humanos, São Paulo, Saraiva, 2003, pág. 27)

melhoria de sua condição social⁴³. A CLT prevê nos títulos II e III Normas Gerais de Tutela ao Trabalho, que são elencadas pela doutrina como pertencentes ao Direito Tutela do Trabalho. São elas: direito ao registro do contrato de trabalho; duração do trabalho, períodos de descanso; salário mínimo; férias, segurança e medicina do trabalho; nacionalização do trabalho e proteção ao trabalho da mulher e do menor.

Não obstante a dificuldade de se enumerar um rol de direitos que integrem o núcleo basilar de garantia da dignidade da pessoa humana do trabalhador, acreditamos que seja possível elencar direitos fundamentais indisponíveis que garantam a dignidade do trabalhador⁴⁴.

No nosso sentir o piso vital mínimo de direitos para garantia da dignidade da pessoa humana do trabalhador abrange:

a) direitos fundamentais previstos nos artigos 1º e 3º, da CF;

b) direitos individuais previstos no artigo 5º, da CF, máxime os direitos atinentes à vida, à liberdade, à igualdade (“caput”); privacidade, imagem e intimidade (incisos V e X); liberdade de exercício

⁴³ Como bem advertem Pedro Paulo Teixeira Manus e Carla Teresa Martins Romar, “é importante considerar que o rol do art. 7º diz respeito aos direitos dos trabalhadores e não dos empregadores; daí por que toda interpretação há de ser construída sob a perspectiva da desigualdade real que há entre os sujeitos da relação de emprego, e que reclamada a proteção aos trabalhadores, como forma de atender ao princípio constitucional da igualdade, tratando desigualmente os desiguais” (CLT e Legislação Complementar em Vigor, 6ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2006, pág. 23).

⁴⁴ Maurício Godinho Delgado elenca um conjunto de direitos que compõem o “patamar civilizatório mínimo. Ensina o mestre mineiro que, “no caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: *as normas constitucionais em geral* (respeitadas, é claro, as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); *as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro* (referidas pelo art. 5º, parágrafo 2º, CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); *as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora* (preitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc) (Curso de Direito do Trabalho, 4ª Edição, São Paulo, LTR, 2005, pág. 117).

de profissão (inciso XIII⁴⁵); liberdade de associação (XX) e acesso à Justiça do Trabalho (XXXV);

c)direitos sociais previstos no artigo 6º, máxime os direitos à saúde, lazer, proteção á maternidade, e à previdência social;

d)direitos trabalhistas mínimos previstos no artigo 7º, da CF, máxime proteção contra a dispensa arbitrária (I), salário mínimo que atenda às necessidades básicas do trabalhador (IV), limitação de jornada e períodos de descanso (XIII e XV), redução dos riscos de acidentes de trabalho (XXII), vedação à qualquer forma de discriminação (inciso XXX) e proteção em face da automação (XXVII);

e)direito à livre filiação sindical (artigo 8º, da CF) e de participar da vida sindical;

f)direito de greve (artigo 9º, da CF);

g)direito ao meio ambiente equilibrado do trabalho (artigos 200, VIII e 225, da CF).

Aplicabilidade da proteção jurídica à dignidade da pessoa humana do trabalhador em alguns casos específicos.

Flexibilização

Segundo Néelson Mannrich⁴⁶, “a expressão flexibilização parece estar consagrada, indicado no processo de ajustamento do Direito do Trabalho às atuais realidades da sociedade pós-industrial. No fundo, o debate envolve uma questão encoberta: como conciliar essa adaptação aos princípios do Direito do Trabalho. O que se

⁴⁵Em razão da liberdade do exercício profissional, entendemos não ser inválida cláusula de não concorrência após a extinção do contrato de trabalho, ainda que o ex empregado receba remuneração para não trabalhar, já que o direito à liberdade do exercício profissional não é só um direito humano do trabalhador, mas expressão da liberdade da pessoa humana. Nesse sentido destacamos as seguintes ementas: Liberdade de trabalho. Cláusula pela qual o empregado, que fez cursos técnicos às expensas do empregador, obrigou-se a não servir a qualquer empresa concorrente nos 5 anos seguintes, ao fim do contrato. Não viola o artigo 153, §23 da Constituição o acórdão que declarou inválida tal avença (STF, RE 67.653, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJ 3.11.70, p. 5.294, RTJ 55, 1971, p. 42). “Cláusula de não concorrência. Cumprimento após a rescisão contratual. Ilegalidade. A ordem econômica é fundada, também, na valorização do trabalho, tendo por fim assegurar a todos existência digna, observando dentre outros princípios a busca do pleno emprego. Pelo menos, assim está escrito no art. 170, inciso VIII da Constituição. O art. 6º do diploma deu ao trabalho grandeza fundamental. A força de trabalho é o bem retribuído com o salário e assim meio indispensável ao sustento próprio e familiar, tanto que a ordem social tem nele o primado para alcançar o bem-estar e a justiça sociais. Finalmente, o contrato de trabalho contempla direitos e obrigações que se encerram com sua extinção. Por tudo, cláusula de não concorrência que se projeta para após a rescisão contratual é nula de pleno direito, a teor do que estabelece o artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho” (TRT/SP, rel. Juiz José Carlos Arouca, disponível em www.trt02.gov.br).

⁴⁶ “apud”, Beltran, Ari Possidonio. “Dilemas do Trabalho e do Emprego na Atualidade”, São Paulo, LTR, 2001, .pág. 150.

pretende é o ajuste das normas jurídicas à realidade econômica, contribuindo-se, assim para a solução dos problemas trabalhistas”.

Adverte com propriedade o professor Jean-Claude Javillier⁴⁷, “a desregulamentação não é uma solução. E não se deve cofundi-la com flexibilização, porque nesta ‘um núcleo de normas de ordem pública deve permanecer intangível’⁴⁸”.

Conforme destacado, a flexibilização não se confunde com desregulamentação. Esta última significa a ausência total da intervenção do estado nas normas trabalhistas, deixando a cargo dos atores sociais (empregado ou empregador) ou a cargo das entidades sindicais (autonomia coletiva dos particulares) a normatização do direito do trabalho

Não se pode a pretexto de assegurar um suposto direito ao trabalho deixar de lado todas as conquistas dos trabalhadores, máxime os direitos fundamentais do trabalho que garantem a dignidade da pessoa humana do trabalhador. Nesse sentido, adverte Lúcio Rodrigues de Almeida⁴⁹, “nos tumultuados tempos em que vivemos, mais avulta a importância do Direito do Trabalho, com a imperatividade de suas normas, como instrumento de luta pelo estabelecimento de uma ordem social justa. Essa imperatividade, com a condição de indisponibilidade, deve corresponder, no entanto, ao nível de proteção abaixo do qual não se pode admitir trabalho humano com dignidade. Afinal, prescreve o artigo 1º da Constituição Brasileira que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é ‘a dignidade da pessoa humana’. O que nos parece inconcebível, uma vez que socialmente inaceitável e politicamente perigoso, é que o mundo seja impulsionado pelas leis do mercado”⁵⁰.

Pelo exposto acima, não concordamos com a posição de Octavio Bueno Magano quando sustenta: “Caso merecedor de atenção especial é do art. 7º, VI, da Constituição em que se prevê a possibilidade

⁴⁷Revista “Synthesis”. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, n. 23/96, págs. 14 e 16.

⁴⁸ “Flexibilização do direito do trabalho é a parte integrante do processo maior de flexibilização do mercado de trabalho, consistente no conjunto de medidas destinadas a dotar o Direito Laboral de novos mecanismos capazes de compatibilizá-los com as mutações decorrentes de fatores de ordem econômica, tecnológica ou de natureza diversa exigentes de pronto ajustamento”(Nassar, Rosita Nazaré Sidrim. “Flexibilização do Direito do Trabalho, São Paulo, LTR, 1991, pág. 20);

⁴⁹ Almeida, Lúcio Rodrigues de. “As leis imperativas e a CLT”, in Suplemento Trabalhista LTR n. 179/94, pág. 1016.

⁵⁰ No mesmo sentido é a visão de Cláudio Armando Couce de Menezes: “Contudo, poder-se-ia, talvez afirmar que o artigo 7º, XXVI, da CF, ao reconhecer as convenções e acordos coletivos, permitiria a negociação coletiva derogatória. Não e não! Em primeiro lugar, essa regra constitucional apenas reafirmou o que já estava no art. 611 *caput*, da CLT, que jamais autorizou a supressão ou redução de qualquer direito trabalhista. Em segundo lugar, o inciso XXVI, da CF, não pode ser lido, interpretado e aplicado fora do artigo em que está inserido, onde o legislador constituinte ressaltou expressamente, as hipóteses de derrogação de direitos trabalhistas pela via coletiva. A tal se opõe a interpretação lógico-sistemática, tão (convenientemente) esquecida por alguns...Em terceiro lugar, se o aludido inciso XXVI derrogação pura e simples dos direitos trabalhistas pela negociação coletiva, não teria procurado o governo através de projeto de Emenda Constitucional, inserir na Carta Magna a ampla supressão ou redução dos direitos trabalhistas” (O negociado sobre o Legislado, in Revista do Tribunal Superior do Trabalho n. 68/2, Porto Alegre, Síntese, 2002, pág. 158).

de redução salarial, mediante convenção ou acordo coletivo. Ora, se isso é possível em relação a salário, que, pela sua natureza alimentar, constitui o mais importante benefício do trabalhador, a mesma solução há de prevalecer concernentemente a outras condições de trabalho. E daí se tira a conclusão de haver ficado relativizada a regra do art. 468, da CLT, proibitiva de alterações contratuais *in pejus*. Se a alteração provier de convenção ou acordo coletivo, a cláusula convencional respectiva não poderá considerar-se nula, devendo, ao contrário, prevalecer” (Anulação de Cláusulas Convencionais, Revista Trabalho & Doutrina n. 13, São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 40).

Como bem adverte Jorge Luiz Souto Souto Maior⁵¹:

“No caso concreto do direito brasileiro, está-se alterando o seu direito pressuposto. Está-se deixando a preocupação com a eliminação de injustiças, com vistas à melhoria das condições de vida dos trabalhadores, para considerar, tão-somente, o fenômeno do desemprego, o que, em última análise, justifica que as injustiças sejam consagradas pelo próprio direito. Preocupa-se, sob a perspectiva desse novo paradigma, apenas com o oferecimento de condições para que as empresas ofereçam trabalho, qualquer trabalho, a qualquer custo. O direito do trabalho, desse modo, tendo a ser meramente o direito de trabalhar, inserido na conjuntura do direito civil”.

O Direito do Trabalho e a proteção à dignidade da pessoa do trabalhador são fruto de lutas e conquistas históricas. Por isso, não podem ser substituídos simplesmente pelo direito ao trabalho. Não se pode priorizar o mal menor que é o desemprego, cometendo-se injustiças com a supressão de garantias trabalhistas.

Não se nega que a Constituição prevê hipóteses de flexibilização nos incisos VI, XIII e XIV do artigo 7º, que configuram exceção do princípio protetor, sob o espectro da norma mais benéfica. Entretanto, a fim de que seja efetivado o princípio da dignidade da pessoa humana do trabalhador, são necessários interpretação restritiva para as hipóteses de flexibilização da legislação trabalhista e também que a supressão de um direito decorra de uma real negociação coletiva com a concessão de outra vantagem em troca para a classe trabalhadora. Nesse sentido, adverte com propriedade Pedro Paulo Teixeira Manus⁵², “a nosso ver não permite o legislador constitucional, ainda que por instrumento coletivo, simples redução ou supressão de garantia constitucional ou legal, mas negociação que altere certo benefício em troca de outra vantagem, ou retire certo direito em favor de outra garantia compensatória”.

No mesmo sentido, destaca-se a seguinte ementa:

⁵¹ Souto Maior, Jorge Luiz. O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social, São Paulo, LTR, 2000, pág. 261.

⁵² Manus, Pedro Paulo Teixeira. “Direito do Trabalho”, 8ª Edição, São Paulo, Atlas, 2003, pág. 127.

“Acordo coletivo de trabalho. Flexibilização de direitos sem contrapartida. Efeitos. O acordo coletivo constitui uma unidade indivisível de condições que revelam renúncias recíprocas para a solução de um conflito bem definido. O sindicato profissional tem participação indispensável nas negociações pois cabe-lhe a defesa dos interesses coletivos de seus representados, mas também, de seus direitos individuais (CF, art. 8º, incisos III e IV). Sendo assim, quando admite a flexibilização de direitos supõe-se necessariamente sua substituição por outros que no conjunto atendam aos reclamos da maioria dos trabalhadores envolvidos. Do contrário, afetando direitos adquiridos ou fundamentais, a cláusula normativa não se mantém. Rev. 25/01, Turmas. Ac. 1.294/01, Proc. 50.887/99, Juiz José Carlos da Silva Arouca, 22.1.01” (REVTRIM. Ementário Oficial do TRT da 2ª Região –São Paulo, 02/04, São Paulo, LTR, 2004, pág. 158).

Portanto, no nosso sentir, para que haja efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana do trabalhador, há a necessidade de se dar interpretação restritiva à flexibilização, somente a admitindo nas estritas hipóteses dos incisos VI, XIII e XIV, da CF. Além disso, a perda de um direito trabalhista pressupõe negociação coletiva, no qual seja atribuída outra vantagem ao trabalhador.

Períodos de descansos e lazer

Otávio Amaral Calvet⁵³, sob o prisma jurídico, nos traz o seguinte conceito de lazer: “*o direito do ser humano se desenvolver existencialmente, alcançando o máximo das suas aptidões, tanto nas relações que mantém como outros indivíduos e como o Estado, quanto pelo gozo de seu tempo livre como bem entender*”.

O Direito ao lazer é um direito social previsto no artigo 6º, da CF e por ser um direito fundamental tem aplicabilidade imediata. Sob o prisma das relações do trabalho, presente direito tem por escopo a melhoria da qualidade de vida do trabalhador, bem como resguardar sua incolumidade física, intimidade e privacidade fora do ambiente do trabalho.

Trabalhadores que cumprem jornada de trabalho excessiva, como por exemplo trabalhadores externos, em turnos ininterruptos de revezamento, em regime de horas extras habituais ou que exercem cargos de gestão, muitas vezes têm o direito ao lazer violado. O direito ao lazer no âmbito da relação de trabalho, ou *direito à desconexão do trabalho* na feliz expressão de *Jorge Luiz Souto Maior* é um direito fundamental do trabalhador e uma das garantias para efetividade da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

No nosso sentir, o artigo 62, II, da CLT não foi

⁵³ Calvet, Otávio Amaral. O Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho, São Paulo, LTR, 2006, pág. 75.

recepcionado pelo artigo 7º, XIII, da CF. Chega a ser simplório e literal a interpretação do referido dispositivo legal no sentido de que o empregado de confiança não se enquadra no regime de proteção da limitação da jornada, pois o referido artigo 7º, XIII, se refere à jornada normal, e o empregado de confiança, por ser um tipo especial de empregado, sofrendo limitações de direitos não se enquadraria. Ora, o alto empregado tem direitos fundamentais assegurados à sua pessoa, como a intimidade e privacidade (artigo 5º, V e X, da CF), também tem o direito do lazer (artigo 6º, da CF) e também de ter reduzidos os riscos com eventuais doenças e acidentes do trabalho (artigo 7º, XXII). Além disso, a limitação de jornada contribuiu para um melhor meio ambiente de trabalho. De outro lado, em momento algum o artigo 7º, XIII, da CF excluiu o empregado que exerce encargos de confiança do regime de tutelar de limitação da jornada⁵⁴.

Nesse sentido, destacamos a seguinte ementa:

“HORAS EXTRAS, CARGO DE CONFIANÇA. TRABALHO EXTERNO. ART. 62, DA CLT. O art. 62, da CLT não se compatibiliza com o inciso XIII, do artigo 7º, que conferiu a todo os empregados, indistintamente, o direito à limitação da jornada de trabalho, em consonância, com o que consta no Tratado de Versalhes, na Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Somente não terá direito ao recebimento de adicional pelo trabalho em horas extras o empregado que as efetivamente não cumprir, cabendo ao empregador a obrigação de limitar a jornada de trabalho do empregado, seja qual for a sua função” (TRT/SP 15ª Região 5.847/03 – Ac 6ª T 29.470/03-PATR, Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DOE 26.09.2003).

Meio Ambiente do Trabalho e Proteção à Saúde do Trabalhador

Ensina Celso Antonio Pacheco Fiorillo⁵⁵ que o meio ambiente do trabalho “é o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc)”.

⁵⁴ Pelos mesmos argumentos, entendemos que o artigo 62, I, também não foi recepcionado pela CF/88. Aliás quanto ao trabalhador externo há uma antinomia na própria CLT, pois enquanto o artigo 62, I exclui o trabalhador externo do regime de limitação de jornada, o artigo 74., p. 3º, da CLT determina que o empregado que exerça serviços externo levará papeleta em seu poder para marcação de seu horário.

⁵⁵ Fiorillo, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 21.

Júlio César de Sá da Rocha⁵⁶ se refere à existência de um Direito Ambiental do Trabalho, com a seguinte definição, “o Direito Ambiental do Trabalho é compreendido como sistema normativo que tutela o meio ambiente do trabalho (de forma imediata) e a saúde dos trabalhadores (de forma indireta), e como disciplina jurídica *in statu nascendi*, que descreve e compreende essa proteção normativa, tendo em vista o trabalhador em seu entorno de trabalho. Convém registrar que essa disciplina se propõe estabelecer análise sobre a proteção jurídica ao meio ambiente do trabalho, absorvendo, principalmente, elementos do Direito do Trabalho (proteção à incolumidade do trabalhador) e do Direito Ambiental (proteção ao meio ambiente), sem descuidar das influências de outras disciplinas, como o recente Direito à Saúde”.

A proteção ao meio ambiente do trabalho é essencial para a dignidade da pessoa humana do trabalho, nos aspectos da melhoria de sua qualidade de vida, bem como preservação de sua incolumidade física e moral. O inciso 7º, XXII, da CF, por consagrar uma norma de direito fundamental não pode ficar somente em sede programática devendo o empregador ou o tomador dos serviços de um trabalhador tomar medidas efetivas para manutenção de um meio ambiente adequado de trabalho e coibir os riscos de acidentes de trabalho. Como bem adverte Raimundo Simão de Melo⁵⁷, “o meio ambiente do trabalho adequado e seguro é um direito fundamental do cidadão trabalhador (*lato sensu*). Não é um mero direito trabalhista vinculado ao contrato de trabalho, pois a proteção daquele é distinta da assegurada ao meio ambiente do trabalho, porquanto está última busca salvaguardar a saúde e a segurança do trabalhador no ambiente onde desenvolve as suas atividades”.

Também, a fim de assegurar a efetiva proteção do direito à vida e à saúde do trabalhador, no nosso sentir, deve ser atualizar a interpretação do artigo 7º, XXVIII, da CF, visando a maior eficiência do dispositivo constitucional, para reputar presumida a culpa do empregador em caso de acidentes de trabalho, pois cabe este tomar todas as medidas necessárias para evitar os acidentes de trabalho e lesões ao trabalhador, e ainda manter um meio ambiente salubre de trabalho (artigos 164 e seguintes da CLT, artigos 7º, 170, VI, XXII, 200, VIII, 225, p. 3º, ambos da CF e artigo 4º, parágrafo 1º da Convenção 155, da OIT). De outro lado, o empregador corre os riscos da atividade econômica (artigo 2º, da CLT) e se beneficia dos resultados da atividade do empregado. Além disso, em juízo, a prova do culpa do empregador carregada ao empregado é extremamente onerosa, tendo o empregador maior aptidão para a prova. Diante do avanço tecnológico e da competitividade entre as empresas, não

⁵⁶ Rocha, Júlio César de Sá da. *Direito Ambiental do Trabalho*, São Paulo, LTR, 2002, pág. 276.

⁵⁷ Melo, Raimundo Simão. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador*, São Paulo, LTR, 2004, pág. 31.

se pode admitir que o empregador deixe de fazer investimentos destinados a evitar os riscos de acidentes e garantir a incolumidade física de seus empregados. Por outro lado, a responsabilidade fixada no artigo 7º, XXVIII da CF transcende o aspecto individual para adquirir caráter social e publicista, porquanto é um direito fundamental de segunda geração, já que previsto no rol de garantias do artigo 7º, da CF. Cumpre destacar ainda que, atualmente a iniciativa privada vem tendo prevalência na atividade econômica e social do país, sendo a tendência, inclusive no Direito Comparado, atribuir-se maior responsabilidade social ao empregador. A propósito, o próprio novel Código Civil adota, no artigo 421⁵⁸, a função social do contrato, aí incluído o contrato de trabalho e, no artigo 966⁵⁹, adota a teoria da empresa, devendo esta cumprir a sua função social. Essa função social estará sendo cumprida quando forem respeitados os princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, da função social da propriedade e justiça social (artigos 1º, III, IV e 3º, IV, 5º, XXIII, da CF).

Reconhecimento de vínculo de emprego em face da Administração Pública e a Súmula 363 do C. TST

Há uma antinomia contundente entre as Súmulas 331, IV e 363, ambas do C. TST, porquanto, enquanto o inciso IV, da referida Súmula 331 prevê a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por todas as verbas trabalhistas, quando contrata empresa de fornecimento de mão-de-obra, ainda que respeitada a formalidade de licitação, a Súmula 363 assevera que quando a Administração Pública contrata o trabalhador de forma direta, sem concurso público (violando mandamento constitucional – artigo 37, II, da CF), não responde por qualquer direito trabalhista.

No nosso sentir, ainda que a nulidade do contrato de trabalho se justifique por falta do requisito do concurso público que visa a assegurar os princípios da legalidade e moralidade administrativa (artigo 37, “caput”, da CF), a proteção à dignidade da pessoa humana do trabalhador prevalece sobre eventual violação dos princípios da moralidade, impessoalidade e legalidade administrativa. Por isso, a fim de dar efetividade à proteção à dignidade da pessoa humana, deve ser reconhecido o vínculo de emprego em face da Administração Pública, mesmo não havendo o concurso público, deferindo-se ao trabalhador todas as verbas trabalhistas, e a nulidade do contrato ser decretada a partir de

⁵⁸ Artigo 421 do CC: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”

⁵⁹ Artigo 966, do CC: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços”.

então “ex nunc”, sem possibilidade de retroatividade.

Dinaura Godinho Pimentel Gomes⁶⁰, se referindo à redação da Súmula 363 do TST, tece de forma brilhante, as seguintes considerações:

Nesse contexto, ignora-se ser o trabalhador a *emanação da personalidade e da força de alguém*, o trabalhador, dependida em favor de outrem, empregador, que não tem como devolver ao agente, prestador de serviços e uma das partes da relação contratual, o trabalho subordinativo que, ilicitamente, o favoreceu de forma continuada. É por isso que, em se tratando de nulidade contratual no âmbito do Direito do Trabalho, não se utiliza de critérios do Direito Civil, sob pena de se permitir uma solução extremamente injusta, tal como ocorre para os trabalhadores das frentes de trabalho.

Assim, mesmo diante de manifesta violação ao preceito estatuído no art. 37, II da Constituição Federal, os efeitos de um contrato individual de trabalho formalmente considerado nulo devem ser mantidos como se válido fosse até o momento em que a nulidade venha a ser declarada pelo Estado-juiz, em respeito ao princípio da irretroatividade das nulidades, ao princípio que veda o enriquecimento sem causa e justamente pela impossibilidade de restituição das partes à situação anterior.

Em face do princípio da unidade da Constituição, cumpre aqui aplicar o princípio da proporcionalidade, no sentido de se obter a harmonização entre o princípio da moralidade pública e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana – *valor-guia não apenas dos direitos fundamentais mas de toda ordem constitucional* -, de modo que o trabalhador, nessa situação, não permaneça à margem do ordenamento jurídico”.

Discriminação

Segundo o Cardeal Dom Paulo Evaristo Arns⁶¹: “discriminar é excluir, é negar cidadania e a própria democracia. Não se trata de eliminar as diferenças, mas de se obter a igualdade, identificando as origens da desigualdade, para que a primeira possa ser garantida a todos”.

Sob o enfoque do Direito do Trabalho, ensina Alice Monteiro de Barros⁶²: “o termo discriminação tem origem anglo-americana e traduz caráter infundado de uma distinção em relação a uma qualidade

⁶⁰ Gomes, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do Trabalho e a Dignidade da Pessoa Humana*, no *Contesto da Globalização Econômica*, São Paulo, LTR, 2006, pág. 221.

⁶¹ Dom Paulo Evaristo Arns apud TÚLIO, Viana Márcio e Renault. *Discriminação*, São Paulo: LTR, 1998, p. 13.

⁶² BARROS, Alice Monteiro. *Proteção à Intimidade do Empregado*, São Paulo: LTR, 1997, p. 54.

possuída pelo sujeito capaz de provocar-lhe dano material ou mora”.

A discriminação no âmbito da relação de trabalho é uma das formas mais perversas de exclusão das minorias e violação da dignidade da pessoa humana do trabalhador. Por isso, tanto a Constituição Federal (artigos 3º, 5º e 7º, XXX) a proíbe e também a CLT, em vários de seus dispositivos (por ex: artigos 3º, p. único, 5º e 461).

Segundo Ari Possidonio Beltran⁶³, “em nosso ordenamento jurídico, o princípio da não discriminação é direito assegurado por diversos preceitos, não só no plano constitucional, como da legislação ordinária. Entre os principais dispositivos que asseguram tal direito, com larga aplicação no Direito do Trabalho, podem ser citados, na Constituição Federal de 1988, os seguintes: art. 3º, IV (constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil... ‘promover o bem de todo, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’); art. 5º, *caput* (princípio geral da isonomia) e inciso I (igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres); art. 7º *caput* (estabelecendo direitos dos trabalhadores ‘urbanos’ e ‘rurais’), incisos XXX (proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência); XXXII (proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos); XXXIV (igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso)”.

Se, por exemplo, empregados A e B, disputam a mesma vaga e estando em igualdade de condições. Caso o empregador prefira A em razão de ser branco ao invés de B, que é negro, seu ato será ilícito e configurará patente discriminação, nos termos do artigo 7º, XXXX, da CF.

Caso a não contratação se der por motivo de orientação sexual, convicção política ou idade, o empregador também estará praticando ato ilícito, acarretando danos de ordem psíquica no empregado excluído.

Quanto à mulher, no ato da contratação, não pode o empregador exigir atestado de gravidez ou esterilização da empregada, nos termos do artigo 2º, da Lei 9029/95⁶⁴.

Conforme adverte Márcio Túlio Vianna⁶⁵: “a lei dá ao empregador a faculdade de escolher entre João e Pedro, é em atenção ao princípio da propriedade privada, mas também em razão de seu fim social –

⁶³ Beltran, Ari Possidonio. *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*, São Paulo, LTR, 2002, pág. 208.

⁶⁴ Artigo 2º, a Lei 9029/95: “*Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias: I-exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a atestado de gravidez.*”

⁶⁵ Márcio Túlio Vianna apud PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O dano moral na relação de emprego*, 2ª Edição, São Paulo: LTR, 1999, p. 85.

tantas vezes declarado e tão poucas vezes cumprido. Se o empregador se vale daquela faculdade para dar vazão a seus preconceitos, está não apenas traindo o destino daquela norma, mas ferido a literalidade de outra norma - exatamente a que impede, em todos os níveis, a discriminação. Daí o artigo em questão, que surge como uma terceira noturna, a fazendo uma espécie de silogismo: se todos são iguais perante a lei, e se a liberdade de contratação tem o fim de atender as necessidades da empresa, quem escolhe A ou B como propósitos discriminatórios age ilicitamente”.

Cumpra-se destacar que o ato discriminatório também pode ser praticado quando da dispensa do empregado ou ser o motivo da dispensa do empregado. Nesse sentido, cumpre-se destacar a seguinte ementa:

Dano moral – Racismo. Seria hipocrisia negar a existência do racismo, embora condenável em quaisquer de suas manifestações. Tolos os que buscam na cor de suas peles fundamentos para afirmar a sua superioridade. Não basta, porém, a mera alegação de ter sido vítima de discriminação racial para assegurar ao trabalhador demitido a sua reintegração, ou o pagamento de indenização por dano moral. Consagrar-se tal procedimento como rotina em nada melhoraria a condição dos trabalhadores negros pois se constituiria em obstáculo ao oferecimento de novos empregos. Mister se faz, portanto, a análise conscienciosa das provas para que não pare dúvidas sobre o verdadeiro motivo da ruptura do pacto laboral. (TRT – 12ª R – 1ª T – Ac. nº 335/98 – Rel. Juiz Carlos Alberto Pereira Oliveira – DJSC 22.01.98 – p. 41).

CONCLUSÕES

a) A dignidade é inerente ao ser humano, sendo um valor intrínseco da própria condição humana. Todo ser humano tem dignidade pelo fato de ser pessoa. Por isso, é complexa a definição do conceito de dignidade. Embora a Constituição Federal mencione no artigo 1º, III que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e frequentemente a doutrina se refira ao *princípio da dignidade da pessoa humana*, na verdade, a dignidade é mais que um fundamento e também tem dimensão mais reluzente que um princípio, pois é inata à própria condição humana, de que o homem, conforme *São Tomás de Aquino*, foi criado à semelhança de Deus. Como cediço, é difícil se definir a dignidade, mas facilmente identificamos hipóteses de indignidades, que nos provocam um sentimento de injustiça e até mesmo de fúria. Desse modo, nos referimos à proteção à dignidade da pessoa humana na esfera jurídica e não ao princípio da dignidade da pessoa humana;

b) No nosso sentir *a proteção da dignidade da pessoa humana envolve todos os aspectos da pessoa, seja no seu aspecto*

exterior – papéis que representa na sociedade -, como função profissional, imagem, etc, como na sua individualidade – privacidade, intimidade (artigo 5º, V e X, da CF) -, assim, como o fato de pertencer ao gênero humano, seu aspecto físico, sua etnia, bem como a proteção do meio ambiente;

c)O princípio da proteção à dignidade da pessoa humana é o núcleo basilar do ordenamento jurídico, do qual irradiam todos os demais direitos fundamentais. Por isso, acreditamos que há a necessidade de fixação de *piso vital mínimo de direitos ao trabalhador*, a fim de dar efetividade à dignidade da pessoa humana do trabalhador, como elemento essencial;

d)O piso vital mínimo de direitos para garantia da dignidade da pessoa humana do trabalhador abrange:

a)*direitos fundamentais previstos nos artigos 1º e 3º, da CF;*

b)*direitos individuais previstos no artigo 5º, da CF, máxime os direitos atinentes à vida, à liberdade, à igualdade (“caput”); privacidade, imagem e intimidade (incisos V e X); liberdade de exercício de profissão (inciso XIII); liberdade de associação (XX) e acesso à Justiça do Trabalho (XXXV);*

c)*direitos sociais previstos no artigo 6º, máxime os direitos à saúde, lazer, proteção à maternidade, e à previdência social;*

d)*direitos trabalhistas mínimos previstos no artigo 7º, da CF, máxime proteção contra dispensa arbitrária (I), salário mínimo que atenda às necessidades básicas do trabalhador (IV), limitação de jornada e períodos de descanso (XIII e XV), redução dos riscos de acidentes de trabalho (XXII), vedação à qualquer forma de discriminação (inciso XXX) e proteção em face da automação (XXVII);*

e)*direito à livre filiação sindical (artigo 8º, da CF) e de participar da vida sindical;*

f)*direito de greve (artigo 9º, da CF)*

g)*direito ao meio ambiente equilibrado do trabalho (artigos 200, VIII e 225, da CF).*