

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

PAULO FERREIRA SOARES

OS PODERES DO EMPREGADOR E A DIGNIDADE DA PESSOA

SÃO PAULO

2009

Paulo Ferreira Soares

OS PODERES DO EMPREGADOR E A DIGNIDADE DA PESSOA

2009

PAULO FERREIRA SOARES

OS PODERES DO EMPREGADOR E A DIGNIDADE DA PESSOA

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientador: Prof. Dr. José Francisco Siqueira Neto

São Paulo

2009

SOARES, Paulo Ferreira

Os poderes do Empregador e a dignidade da pessoa.

UPM / SP, 2008. 83 f.

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Referências: f. 77-81

Palavras-chave: Direitos Humanos, Dignidade da pessoa humana, Poderes do empregador, Relação empregado – empregador.

PAULO FERREIRA SOARES

OS PODERES DO EMPREGADOR E A DIGNIDADE DA PESSOA

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Francisco Siqueira Neto - Orientador
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dra. Patrícia Tuma Martins Bertolin
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Jorge Pinheiro Castelo

À minha esposa Susana e aos meus
filhos, Paulo e Alexandre.

Agradecimentos

Agradeço a Deus, pela saúde, pela força e pela coragem que me concedeu, permanecendo a meu lado durante o percurso desta caminhada.

Ao Professor Doutor José Francisco Siqueira Neto, meu orientador, amigo, que com diretrizes seguras e incentivo, me aceitou e, com sua competência, me fez concluir esta empreitada.

À Professora Doutora Patrícia Tuma Martins Bertolin e ao Professor Doutor Jorge Pinheiro Castelo, pelos preciosos comentários e sugestões apontadas no decorrer do exame de qualificação.

Ao Professor e Mestre Túlio Augusto Tayano Afonso, amigo e companheiro, pelo apoio e incentivo à realização deste trabalho.

Ao Senhor Hothir Marques Ferreira, amigo, pelo incentivo à realização deste trabalho.

À Universidade Presbiteriana Mackenzie, por proporcionar a oportunidade de aprender e apresentar este trabalho.

Resumo

O objetivo desta dissertação é analisar a aplicação efetiva do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana nas relações de emprego. A globalização da economia afeta diretamente as relações entre o capital e o trabalho. O poder econômico ficou mais exigente e o trabalho, pelas circunstâncias, ficou mais submisso. No Brasil, o legislador constituinte elevou o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como direito fundamental, núcleo essencial dos direitos humanos. O respeito à dignidade da pessoa, nas relações de emprego, deve sobrepor-se às exigências do capital. Assim, partindo destes pressupostos, espera-se mostrar a importância do princípio constitucional da dignidade da pessoa, como limite dos poderes do empregador. Como possibilidade de solução de possíveis conflitos trabalhistas, sugere-se a criação de cláusulas humanas, por ocasião das negociações coletivas de trabalho e, no âmbito do judiciário, a propositura de ações que possam garantir aos empregados, a permanência no emprego com tranquilidade e sem constrangimentos. Com isto, intenta-se estimular a discussão inadiável sobre este tema que é imprescindível não apenas aos envolvidos na área de Direitos Humanos, mas também, à sociedade em geral, que precisa estar consciente das leis que garantem a dignidade do trabalhador no que tange os princípios humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Dignidade da pessoa humana, Poderes do empregador, Relação empregado – empregador.

RESUMEN

El objetivo de esta disertación es analizar la aplicación efectiva del principio constitucional de la dignidad de la persona humana en las relaciones de empleo. La globalización de la economía afecta directamente las relaciones entre el capital y el trabajo. El poder económico se puso más exigente, y el trabajo, por las circunstancias, se puso más sumiso. En Brasil, el legislador constituyente el aumento del principio constitucional de la dignidad de la persona humana como derecho fundamental, núcleo esencial de los derechos humanos. El respeto a la dignidad de la persona, en las relaciones de empleo, debe sobreponerse a las exigencias del capital. Así, partiendo de esas presuposiciones, se espera mostrar la importancia del principio constitucional de la dignidad de la persona como límite de los poderes del empleador. Como posibilidad de solución de posibles conflictos laborales, se sugiere la creación de derechos humanos, por ocasión de las negociaciones colectivas de trabajo y, en el ámbito del judicial, la propositura de acciones que puedan garantizar a los empleados la permanencia en el empleo con tranquilidad y sin constreñimientos. Con esto, se intenta estimular la discusión impostergable sobre este tema que es imprescindible no apenas a los involucrados en la área de Derechos Humanos, pero también a la sociedad en general, que necesita estar consciente de las leyes que garantizan la dignidad del trabajador en el ámbito de los principios humanos.

Palabras-llave: Derechos Humanos, Dignidad de la persona humana, Poderes del empleador, Relación empleado – empleador.

Sumário

Introdução.....	11
Capítulo I - Os Poderes do Empregador.....	15
1- Poder Diretivo.....	15
2- Poder Regulamentar	23
3- Poder de Fiscalização	24
4- Poder Disciplinar.....	25
Capítulo II - Os Deveres dos Empregados.....	28
5- Dever de Obediência	28
6- Dever de Diligência.....	30
7- Dever de Fidelidade.....	31
Capítulo III - As alterações no contrato individual de trabalho	32
8- O <i>jus variandi</i>	33
9- O <i>jus resistitiae</i>	35
Capítulo IV - A Dignidade da Pessoa	37
10- A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.....	41
11- A Constituição brasileira de 1988	41
12- Os Direitos e Garantias Fundamentais	446
13- Os Direitos da Personalidade	45
14- O princípio da dignidade da pessoa humana.....	50
15- O Princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses.....	57

Capítulo V - A aplicabilidade efetiva e a tutela do princípio constitucional da dignidade da pessoa nas relações de emprego.....	62
16- Negociação Coletiva – O acordo e a Convenção Coletiva de Trabalho.....	65
17- Ação Cautelar com pedido de liminar, como instrumento de defesa nas hipóteses de ameaça ou lesão, a direitos da personalidade	68
18- A tutela antecipada, com pedido de liminar – Aplicação dos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil brasileiro	69
19- O Ministério Público do Trabalho – A ação civil pública e a preservação da dignidade da pessoa	71
Conclusão	73
Referências	77
Anexos	82

Introdução

Esta dissertação de mestrado tem como objetivo estimular a reflexão crítica a respeito da aplicação efetiva e da inviolabilidade do princípio constitucional da dignidade da pessoa¹, nas relações de emprego. Devido à relevância do tema, faz-se necessária a apreciação da Constituição brasileira no que tange os princípios e os direitos humanos, e, ao mesmo tempo, a utilização de exemplos para que se possa examinar o efetivo cumprimento das leis que envolvem as relações entre empregados e empregadores.

Para tratar do assunto, leva-se em consideração o exercício do poder de comando do empregador em relação aos empregados, procurando identificar os abusos e quais as medidas de proteção disponíveis a eles, objetivando a eficácia plena do princípio da dignidade da pessoa humana.

Infelizmente, muitas vezes, nas relações de emprego, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é desrespeitado e violado, daí a necessidade de reação por parte do direito, que se propõe adotar medidas aptas a impedir a prática de atos de violação ou, pelo menos, neutralizar ou minimizar seus efeitos. Vale lembrar que a violação mais grave da dignidade da pessoa, no campo das relações de trabalho, consiste na prática do trabalho escravo, ou trabalho forçado².

Os direitos da personalidade³ que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais, também devem ser observados pelos empregadores, no exercício dos seus poderes de comando em

¹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10/12/1948, e assinada pelo Brasil na mesma data, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

² ROMITA, Arion Sayon. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. prefácio de Alberto Venâncio Filho. São Paulo: Ltr, 2005, p.253.

³ A consagração dos direitos da personalidade foi dada pela Constituição do Brasil de 1988, que no artigo 5º, X, estabelece: Art. 5º - “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

relação aos seus empregados. São direitos que não podem ser violados. O Código Civil brasileiro, no artigo 12º, estabelece o seguinte: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

Frequentemente observa-se que muitos empregados passam por constrangimentos físicos, psíquicos e morais no dia-a-dia das relações de emprego. Estes constrangimentos ocorrem, muitas vezes, por conta da aplicação exagerada dos poderes de comando do empregador. Os empregados, por sua vez, ficam fragilizados e muitos não reagem, com medo de perderem os seus empregos. Deste modo, ficam submissos, calados e até doentes ⁴.

Com esta dissertação, objetiva-se chamar a atenção para o tema, por conta dos excessos que são cometidos pelos empregadores ou seus prepostos, no cotidiano das relações de emprego.

O tema é de grande importância e está relacionado com as linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, “A cidadania modelando o Estado” e o “Poder Econômico e seus limites jurídicos”.

No intuito de contextualizar o assunto, pode-se dizer que o atual modelo econômico⁵ - economia globalizada - tem provocado diversas mudanças e alterações na organização das empresas e nos processos de produção ⁶.

⁴ Ana Paula Serafin Saladini, em artigo publicado pela revista LTr. 71-08/965, sob o título “*Trabalho, Medo e Sofrimento: Considerações acerca do assédio Moral*” distingue duas situações específicas que podem desencadear transtornos mentais e de comportamento relacionados com o trabalho: o medo e o sofrimento psíquico no ambiente de trabalho. E, a título ilustrativo, cita dois exemplos, uma empresa que foi condenada por se utilizar de dinâmicas de grupo, em treinamentos e no dia-a-dia de trabalho, que eram consideradas vexatórias, como dançar a dança da “boquinha da garrafa” e o “bonde do tigrão”. (TRT, 17ª Região, RO n. 01294.2002.007.17.00.9 – AC. 23.10.03 – Relatora Juíza Sônia das Dores Dionísio. O outro caso, julgado pelo TRT do Rio Grande do Sul, apurou a utilização, como política de incremento de produtividade, de humilhações e constrangimentos impostos a trabalhador que não cumpria metas estabelecidas. As alegações do empregado incluíam o relato de práticas como ser obrigado a vestir uma saia e desfilar em cima de uma mesa, enquanto os colegas gritavam “veado”. (TRT, 4ª Região, RO n. 00887.2003.015.04.00.4 – Ac. 8ª Turma – Relator Juiz Carlos Alberto Robnson – Djrs 16.7.04).

⁵ Jorge Pinheiro Castelo (*Globalização da economia*. São Paulo: LTr, 2003, p.58) explica: “No novo modelo econômico, construído a partir da década de 70, que se consolida na década de 80 e, a partir daí, torna-se hegemônico, ocorre a globalização da economia, a substituição do capitalismo clássico pelo capitalismo

Desde os anos 70, no Brasil, diversas empresas, nacionais e multinacionais, provocaram demissões em massa, praticaram desligamentos voluntários, reorganizaram sistemas de produção, implantaram novas formas de organização do trabalho, reengenharia, reestruturação produtiva, “toyotismo”, terceirização, tudo por conta da perversa competitividade mundial, sem limites.

Nesta conjuntura, o ser humano, muitas vezes, é considerado uma simples mercadoria, ou seja, não recebe o valor que lhe é digno. A pessoa humana é tratada como se fosse um objeto, é coisificada. Os empregados coisificados sofrem as conseqüências advindas dos novos processos produtivos, muitos perdem os seus empregos, ficam doentes, não são respeitados como pessoa. Neste cenário, a garantia de trabalho decente⁷ é fundamental para a efetivação da dignidade da pessoa humana, nas relações de emprego.

financeiro”. – O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do novo código civil.

⁶ Geórgia Ribar, na Revista Ltr. 70-09/1094, no seu artigo, aborda a questão da dignidade da pessoa e as transformações que ocorreram nas empresas, por conta do novo modelo econômico. Em que pese as intensas transformações ocorridas nas últimas décadas no mercado de trabalho, a discriminação nas relações laborais não deixaram de existir. Com as inovações tecnológicas e novos paradigmas de produção, um grande número de empregos formais foi destruído, cedendo espaço à precarização das relações e condições de trabalho, à informalidade e ao desemprego.

⁷ “O conceito de trabalho decente – Trabalho decente é um trabalho produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, e que garanta uma vida digna a todas as pessoas que vivem do trabalho e as suas famílias. Permite satisfazer as necessidades pessoais e familiares de alimentação, educação, moradia, saúde e segurança. Também pode ser entendido como emprego de qualidade, seguro e saudável, que respeite os direitos fundamentais do trabalho e garanta proteção social quando não pode ser exercido (desemprego, doença, acidentes, entre outros) e assegure uma renda para aposentadoria. Por seu caráter multidimensional, também engloba o direito à representação e à participação no diálogo social. Em todos os lugares e para todas as pessoas, o trabalho decente diz respeito à dignidade humana.

Este conceito está embasado em quatro pilares: a) respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho (liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, eliminação de todas as formas de trabalho forçado, abolição efetiva do trabalho infantil e eliminação de todas as formas de discriminação; b) promoção do emprego de qualidade; c) extensão da promoção social; e d) diálogo social.

Um elemento central e transversal do conceito de trabalho decente é a igualdade de oportunidades e de tratamento e o combate a todas as formas de discriminação – de gênero, raça / cor, etnia, idade, orientação sexual, contra pessoas com deficiência, vivendo com HIV e AIDS, etc”. *Emprego, desenvolvimento humano e trabalho decente: experiência brasileira recente*. Brasília: CEPAL/PNUD/OIT, 2008 – Projeto CEPAL/PENUD/OIT, p. 11.

O trabalho decente está apoiado no respeito às normas internacionais de proteção ao trabalho, promoção de emprego de qualidade, com boa remuneração, proteção social e diálogo social. “Não é compatível com a violação de direitos fundamentais, como por exemplo, com a prática de revistas íntimas nos empregados, que violam seu direito à intimidade e privacidade.”⁸

A mundialização da economia, regida exclusivamente pelas leis do mercado, reifica⁹ o ser humano, tornando-o um mero instrumento. Para reverter esta situação a sociedade deve lutar e não permitir o desrespeito à dignidade da pessoa humana. Trabalhadores, devem lutar contra tratamentos inadequados e que ofendem a dignidade da pessoa, individual ou coletivamente.

Nas relações de emprego devem os empregados lutarem diuturnamente contra as práticas abusivas que não respeitam o princípio da dignidade da pessoa.

“O atual “assedio às muralhas” do princípio da dignidade da pessoa humana revela, assim, que o mesmo ainda não encontrou o seu “fim da História” e que a sua afirmação, tanto teórica quanto concreta, depende ainda, como sempre, de luta diuturna e incansável”.¹⁰

E, como diz *Rizzatto Nunes* “Está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional”¹¹, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

⁸ GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador*: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra. São Paulo: Ltr, 2007, p.130.

⁹ Georg Lukács, pensador marxista desde a juventude, escreveu a obra monumental: *História e Consciência de classe* (1923), em que explica o fenômeno da reificação.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1 ed. 3ª tiragem. Livraria e Editora Lúmen Júris Ltda, 2003, p. 65 – 66.

¹¹ Revista do advogado, Ano nº 95, Dezembro de 2007, A dignidade da Pessoa Humana e o Papel do Julgador, p.132.

Capítulo I

Os Poderes do Empregador

1- Poder Diretivo

O poder diretivo do empregador brasileiro, contido no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, lhe dá autoridade para dirigir a prestação pessoal dos serviços praticados pelo empregado. Por outro lado, o empregado assume a obrigação de lhe prestar serviços de natureza não eventual e sob a sua dependência e mediante salário. De certa forma o empregado vende a sua força de trabalho. O capital compra pelo melhor preço e condições, a força de trabalho, sempre com o objetivo de obter bons lucros e, muitas vezes, em total desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. E, com certa frequência, o desrespeito à dignidade da pessoa se dá na pré-contratação (na seleção dos candidatos a determinadas vagas de trabalho), em que muitos são submetidos a situações humilhantes e vexatórias, nas conhecidas, dinâmicas de grupo. O desrespeito acontece muitas vezes também, durante o período de duração do contrato de trabalho e por ocasião do seu término.

Da relação de emprego, tem-se de um lado o poder de comando do empregador e do outro lado a submissão mediata do empregado. Nesta relação de poder e submissão, um compra e o outro vende a força de trabalho. O empregador compra a força de trabalho do empregado. Nesta etapa a dignidade da pessoa humana, muitas vezes, fica para o segundo plano. São poucos os empregados que negociam em condições de igualdade as condições e as cláusulas do contrato de trabalho.

Vale ressaltar, que o empregado é contratado para o exercício de determinada função e para isto está sujeito às ordens de serviço, que são como regra, emanadas pelos chefes, encarregados ou gestores de pessoas. Assim, a relação imediata é com o trabalho e não com a pessoa do trabalhador. Neste sentido, *Arion Sayão Romita* admite que no contrato individual de trabalho, o empregador exerce o seu poder de comando imediato em relação ao trabalho prestado e desenvolvido pelo empregado subordinado e mediato com o empregado em si.¹² A subordinação se dá então em relação à atividade ou função exercida pelo empregado e não sobre a pessoa do trabalhador. A subordinação não significa sujeição do empregado em relação ao empregador.

Alice Monteiro de Barros sustenta que são três as principais correntes utilizadas para fundamentar a existência do poder diretivo do empregador:

Afirmam os adeptos da primeira corrente que esse poder conferido ao empregador reside no fato de ser a empresa objeto do seu direito de propriedade, logo, o empregador comanda porque é dono. A opinião segundo a qual o poder diretivo funda-se na concepção institucional ou comunitária da empresa possui um caráter mais político e social do que jurídico, encontrando-se em franco declive. Mais consistente é a teoria que fundamenta a existência dos poderes do empregador no contrato de trabalho. Esses poderes são consequência imediata da celebração do ajuste entre empregado e empregador, o qual coloca sob a responsabilidade deste último a organização e a disciplina do trabalho realizado na empresa, quer vista sob a forma de empresa capitalista, quer sob o prisma da empresa socializada¹³.

Para Octávio Bueno Magano,

Poder diretivo do empresário é a capacidade, oriunda do seu direito subjetivo, ou então da organização empresarial, para determinar a estrutura técnica e econômica da empresa e dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando a realização das finalidades daquela¹⁴.

Além disso, distingue as áreas de atuação do poder diretivo do empregador, em: a organizacional, a diretiva stricto sensu e a disciplinar. O poder de organização

¹² Romita, Arion Saião. A subordinação no contrato de trabalho – Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.81.

¹³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2008, p. 577 - 578.

¹⁴ MAGANO, Octávio Bueno. *Do Poder Diretivo na Empresa*. Ed. Saraiva: 1982, p. 95.

consiste na capacidade do empregador, de determinar a estrutura técnica da organização, da estrutura econômica e as estratégias necessárias para a realização dos objetivos empresariais. O empregador faz o planejamento e cria todas as condições para o bom andamento dos serviços. *Magano* ressalta, no entanto, que muito embora sejam atribuições fixadas pelo empregador, relativamente à fixação de condições de trabalho, jornadas de trabalho, remuneração, dentre outras, estas, têm sido freqüentemente, inseridas nas convenções ou acordos coletivos de trabalho ¹⁵.

Evidentemente, referidas cláusulas são criadas, também com a participação dos trabalhadores. As cláusulas firmadas nos acordos ou convenções coletivas de trabalho, referentes às condições de trabalho, jornadas de trabalho, cláusulas sociais e sindicais, decorrem do entendimento, ajuste e vontade das partes envolvidas, empregados e empregadores.

O poder diretivo “*stricto sensu*” é a capacidade que tem o empregador de dar conteúdo às atividades dos empregados, objetivando a realização das finalidades da empresa. No âmbito do poder diretivo, compreende-se o poder de controle e o poder modular a atividade do empregado, também conhecido como *jus variandi* ¹⁶.

O poder de controle significa o poder de fiscalização que tem o empregador sobre os serviços praticados pelo empregado.

O *jus variandi* é o poder que tem o empregador de praticar ajustes necessários na prestação de serviços dos empregados, em decorrência das alterações estruturais das organizações empresariais. Não se admite as alterações nos contratos de trabalho, mas pequenos ajustes que não impliquem em alteração ao contrato de trabalho firmado. Os limites estão apontados nos artigos 9º e 468º da Consolidação das leis do trabalho.

¹⁵ *Ibidem*, p.99

¹⁶ *Ibidem*, p. 118.

Para *Márcio Túlio Viana*, a empresa não pode exigir do empregado serviços que ultrapassem as suas forças normais (art. 483, a, da CLT), e esclarece: “São superiores às forças do trabalhador não só os serviços que lhe esgotem as energias como os que excedem a sua competência profissional [...]”¹⁷.

O *jus variandi* é o poder que tem o empregador de praticar pequenas alterações no contrato individual de trabalho, portanto variar não é o mesmo que alterar. A variação não altera as condições ajustadas no contrato de trabalho, já a alteração modifica o contrato firmado pelas partes, empregado e empregador¹⁸.

O poder disciplinar para *Octávio Bueno Magano* gira em torno de duas questões básicas: se existe outro poder de punir que não seja o do Estado? No caso positivo, qual o fundamento desse poder?¹⁹ Para dar resposta às questões formuladas existem quatro teorias: a negativista, a civilista, a penalista e a administrativa.

Os que negam – teoria negativista - a existência do poder disciplinar baseiam-se na concepção de que o Estado possui o monopólio do poder, só o Estado pode punir, sendo-lhe, em consequência, privativo o exercício do *jus puniendi*²⁰.

Em contraposição, o autor sustenta que o Estado não possui o monopólio do poder, que a sociedade dividida em grupos, para manter a coesão destes grupos, exerce os seus respectivos poderes, com autoridade capaz de aplicar sanções, impor e manter a ordem²¹. É o que acontece nas relações de emprego, o empregador exerce o poder de direção da prestação pessoal dos serviços do empregado. Ocorre que, aquele, no exercício do seu poder de comando, não fica limitado, apenas à direção dos serviços praticados por este, muitas vezes o exercício do poder acaba ultrapassando os seus limites e atingindo a pessoa do empregado, a sua dignidade, a sua essência. Muitas vezes os empregadores exageram no

¹⁷ VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: Ltr, 1996. p. 273.

¹⁸ MAGANO, Octávio Bueno. *Do Poder Diretivo na Empresa*. Ed. Saraiva, 1982, p. 123.

¹⁹ *Ibidem*, p. 145.

²⁰ MAGANO, Octávio Bueno. *Do Poder Diretivo na Empresa*. Ed. Saraiva, 1982, p.145.

²¹ *Ibidem*, p. 145.

exercício dos poderes de comando e vão além dos limites da dignidade da pessoa humana.

A teoria civilista admite o exercício do poder, porque fundado no contrato.²² Nas relações de emprego, o contrato individual de trabalho pode ser objeto de livre estipulação da partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Para *Mozart Victor Russomano*, em seus comentários sobre a Consolidação das Leis do Trabalho, esclarece:

Os anticontratalistas negam ao contrato de trabalho o aspecto de uma relação jurídica contratual. Para isso, tomam por base o pressuposto de que não existe, no contrato de trabalho, um jogo de vontades livres. Pelas condições sociais e econômicas dos sistemas capitalistas, a empresa surge, no seu imenso poderio técnico e monetário, perante o empregado pobre e desvalido, com superioridade brutal. O empregado premido por suas necessidades, por seus dramas, por suas angústias tantas vezes inconfessadas, só tem um caminho para fugir à miséria e à fome: é sujeitar-se, aceitando as condições que o empregador, despoticamente, lhe impõe. Ora, nessa situação ninguém poderá falar em duas vontades livres coordenadas dentro de um contrato perfeito²³.

O fato é que, os empregados, em sua grande maioria, aderem às condições contratuais impostas pelo empregador no ato da celebração do contrato individual de trabalho, podendo se falar que este documento é um pacto de adesão. Os empregados simplesmente aderem e aceitam as condições que lhes são impostas, principalmente nas ocasiões em que a oferta de empregos é pouca e sua procura, concomitantemente, é grande e muito concorrida. Nestas condições o empregado se submete e acaba admitindo a contragosto o exercício do poder de comando do empregador sobre a sua pessoa.

²² Ibidem, p. 146.

²³ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 13. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990, p.390.

“O contrato de trabalho, portanto necessariamente, não é um contrato de adesão, embora na prática, costume apresentar-se como tal”²⁴.

Octavio Bueno Magano que não é adepto da teoria penalista, na fundamentação da sua terceira razão, esclarece [...] “que a repressão disciplinar se concretiza por meio da atuação do próprio titular do poder respectivo”²⁵.

A teoria administrativa que coloca em paralelismo o poder disciplinar dos entes públicos com o poder disciplinar dos entes privados, admite *Octávio Bueno Magano* que o poder disciplinar é um poder autônomo²⁶, e conclui: [...] “o poder disciplinar constitui complemento do poder diretivo por meio do qual se atualiza a coercibilidade das normas e ordens derivadas do exercício do último”²⁷.

O fundamento do poder diretivo do empregador é, para a teoria da propriedade privada, o direito de propriedade; para a teoria contratualista é o contrato individual de trabalho, o ajuste de vontades entre o empregado que se subordina ao poder de comando do empregador, aceitando que o mesmo dirija a sua prestação pessoal de serviços. Para a teoria institucionalista, o poder de comando decorre da natureza institucional do empregador e do exercício do poder hierárquico. Para a teoria do interesse, resulta do interesse que tem o empregador de organização e administração do seu negócio ou empreendimento. Para a teoria do direito potestativo, decorre da inoponibilidade do empregado em decorrência do poder diretivo do empregador. Para a teoria do direito-função, o empregador passa a ter deveres em relação aos seus empregados, os deveres de permitir a participação dos empregados nas decisões da empresa²⁸.

Enfim, são decorrentes do poder de direção, os poderes de organização, definição dos fins econômicos, estrutura da organização, enumeração de cargos, bem como os poderes de regulamentação, disciplina, e fiscalização²⁹.

²⁴ *Ibidem*, p. 391.

²⁵ MAGANO, Octávio Bueno. *Do Poder Diretivo na Empresa*. Ed. Saraiva, 1982, p. 149.

²⁶ *Ibidem*, p. 151 – 152.

²⁷ *Ibidem*, p. 155.

²⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 32. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 142.

²⁹ *Ibidem*, p. 142.

Maurício Godinho Delgado define o poder diretivo, como o conjunto de prerrogativas, concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaços empresariais internos, incluindo todo o processo de produção ou trabalho adotado pelo estabelecimento ou empresa ³⁰.

Para *Alysson Leandro Mascaro*:

O trabalhador que contrata com o patrão a venda da sua força de trabalho não o faz por liberdade, mas por necessidade. Como o trabalhador não possui capital, ele necessita vender sua força de trabalho a alguém ³¹.

É um contrato acertado, de certa forma, com dificuldades pelo empregado, pois um detém o poder e o capital o outro só a força do seu trabalho, que não é a única e exclusiva.

Por conseguinte, observa-se que realmente o poder de barganha do empregado no momento do acerto do contrato de trabalho, em relação ao poder do empregador, é muito inferior, é quase nada.

José Francisco Siqueira Neto, explica:

Como detentor dos meios de produção e empenhado em um projeto de atividade econômica, o empregador obtém, por contratos, a disponibilidade da força de trabalho alheia, o que tem por consequência uma certa autoridade sobre os trabalhadores admitidos ³².

E, mais adiante, define o poder do empregador:

[...] como a capacidade atribuída ao empregador para determinar a estrutura técnica e econômica da empresa e dar conteúdo concreto

³⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 633.

³¹ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 45.

³² SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 18.

à atividade do trabalhador, visando à realização das finalidades da empresa³³.

Nesta relação de poder e submissão, empregadores e empregados disputam os seus espaços políticos e de poder. O empregador no exercício do seu poder de comando, nas relações de emprego, fica submetido aos limites impostos pelas normas de proteção aos trabalhadores.

Nestas condições, o poder diretivo do empregador fica submetido a limites, controles e contrapesos³⁴. Como exemplos de limites externos, derivados da necessidade de coordenar o reconhecimento dos poderes do empregador em relação ao Estado, José Francisco Siqueira Neto, relaciona: respeito aos preceitos de ordem pública, acesso das pessoas ao poder judiciário, sociedade democrática, e à pessoa do trabalhador, enquanto pessoa e empregado. E, como limites internos, cita como exemplo, “os contornos doutrinários, legais ou jurisprudenciais atinentes ao exercício concreto dos poderes do empregador”³⁵.

Além disso, sobre a conclusão de um contrato de trabalho, faz uma observação de fundamental importância:

A conclusão de um contrato de trabalho não implica, de modo algum, a privação de uma das partes, no caso os trabalhadores, dos direitos que a Constituição reconhece aos cidadãos, pois que nem as organizações empresariais constituem um mundo separado e distante do resto da sociedade, nem a liberdade de empresa reconhecida pela Constituição legitima o fato de qualquer pessoa que preste serviço sob a sua dependência sofra privações transitórias ou limitações injustificadas dos próprios direitos fundamentais³⁶.

Sendo assim, o fato é que, o empregador ou seus prepostos no exercício do poder de comando, que não é absoluto, encontra limites nos direitos personalíssimos. Patrões ou seus representantes devem tratar, com respeito e dignidade, os empregados subordinados. O poder diretivo do empregador não pode

³³ Ibidem, p. 181.

³⁴ Ibidem, p. 182.

³⁵ SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 182.

³⁶ Ibidem, p. 183.

ofender um dos maiores bens juridicamente tutelados, o da dignidade da pessoa humana.

Amauri Mascaro Nascimento admite as transformações no mundo das relações de trabalho na atualidade. E, como consequência o direito do trabalho, que sempre fez a defesa do salário, da jornada de trabalho, do descanso do trabalhador, teve que redirecionar o seu foco “para a proteção de outros bens jurídicos e éticos importantíssimos, os direitos fundamentais e de personalidade e a dignidade do trabalhador [...]”³⁷ (Os referidos princípios e direitos são apresentados e discutidos nos capítulos III e IV).

2 - Poder Regulamentar

O poder regulamentar do empregador, para *Maurício Godinho Delgado*, é o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador, que são concretizadas, por meios informais e formais de comunicação com o público intra-empresarial. São instruções diretas e pessoais a cada trabalhador ou instruções ou regras gerais, regulamentos escritos, aditamentos ao contrato de trabalho, circulares, avisos, endereçadas a todos os trabalhadores de uma determinada empresa ou estabelecimento³⁸.

Para Magano, o regulamento da empresa é o conjunto sistemático de normas disciplinando condições de trabalho ou procedimentos técnicos, aplicáveis no âmbito da empresa.³⁹

As referidas regras e regulamentos como esclarecem *Maurício Godinho Delgado*, são “fruto de uma vontade unilateral meramente privada, tais dispositivos intra-empresariais não podem, por essa fundamental razão, assumir o seu status de norma jurídica, sendo tratados, desse modo, pelo Direito do Trabalho, como simples cláusula contratual”⁴⁰.

³⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 32. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 27 – 28.

³⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 634 - 635.

³⁹ Magano, Octávio Bueno, 3ª ed.- São Paulo:Ltr, 1988, p.92.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 635

Os trabalhadores ficam, portanto, submissos a todo tipo de ordens estabelecidas, nos regimentos internos, circulares e regulamentos das organizações e empreendimentos que integram o poder econômico.

3 - Poder de Fiscalização

Maurício Godinho Delgado entende que o poder fiscalizatório ou poder de controle, “seria o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetiva ao longo do espaço empresarial interno” ⁴¹. Pode-se colocar que, em decorrência do exercício do poder de fiscalização do empregador, muitas empresas e estabelecimentos, dispõem de dispositivos e sistemas de controles, tais como: controle nas portarias, seguidas de revistas nos empregados, sistemas de monitoramento eletrônico, dentre outras formas de fiscalização e monitoramento.

Delgado também faz um questionamento importante, “Há limites (ou não) ao poder fiscalizatório empresarial?”, respondendo em seguida: “Seguramente sim, embora existam dúvidas a respeito das efetivas e exatas fronteiras aplicáveis às prerrogativas de controle empresarial” ⁴².

Indubitavelmente, o empregador exerce e deve exercer o poder fiscalizatório ou poder de controle, contudo não pode praticá-lo sem limitações. O limite do exercício do poder de comando do empregador encontra óbice, exatamente, quando atinge a dignidade da pessoa do trabalhador. O empregador, no exercício do seu poder de comando, não pode avançar e desrespeitar o princípio constitucional, que garante a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana. O trabalhador não pode ter este seu direito, violado.

Neste sentido, a Constituição de 1988 rejeitou condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agridam à liberdade e dignidade básica da

⁴¹ Ibidem, p. 636

⁴² DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 636.

pessoa física do trabalhador. Tais condutas chocam-se, frontalmente, com o universo normativo e de princípios abraçados pela Constituição vigente. A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito (art.1º, III, CF/88), que tem por alguns de seus *objetivos fundamentais* “construir uma sociedade justa e solidária”, além de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV, CF/88)”⁴³.

Para *Flavia Piovesan* a Constituição de 1988 é o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos e garantias fundamentais, é uma das Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito aos direitos humanos e da proteção à dignidade humana e ressalta, ainda, a influência no constitucionalismo brasileiro das Constituições alemã (Lei Fundamental – GrundGesetz, 23 de maio de 1949), portuguesa (2 de abril de 1976) e espanhola (29 de dezembro de 1978), na qualidade de Constituições que primam pela linguagem dos direitos humanos e da proteção à dignidade humana⁴⁴.

4 - Poder Disciplinar

Para *Arion Sayão Romita*, na execução dos serviços prestados pelo empregado ao empregador, o trabalhador se submete ao seu poder disciplinar. O empregado fica com a obrigação de respeitar e cumprir com as regras disciplinares da empresa. “Essa disciplina tem por finalidade manter a boa ordem que deve presidir à execução de tarefas em comum, uma vez que a empresa pressupõe a organização do trabalho em grupo”⁴⁵.

A disciplina imposta pelo empregador não reveste, em consequência, a feição de um abuso de poder fundado no capital contra os trabalhadores com vistas à obtenção de lucro. É uma consequência da própria organização, que só pode alcançar seu objetivo – a realização de uma tarefa coletiva – mediante a

⁴³ Ibidem, p. 637 – 638.

⁴⁴ PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e o princípio da dignidade humana. *Revista do advogado*. São Paulo. Ano XXIII, n. 70, p. 39, jul. 2003.

⁴⁵ ROMITA, Arion Sayão. *O poder disciplinar do empregador*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983. p. 23.

submissão de todos a uma ordem superior aos interesses individuais

⁴⁶.

Por outro lado, o autor adverte:

Esse poder disciplinar tem limites. *A dignidade da pessoa humana deve ser preservada a todo custo*. O interesse coletivo há de ser considerado, mas não sem ajustar-se aos direitos individuais envolvidos” (grifo nosso) ⁴⁷.

De acordo com *Enoque Ribeiro dos Santos*

Poder disciplinar pode ser definido como o poder que cabe ao seu titular, o empregador, de aplicar sanções, tendo em contra partida a sujeição do sujeito passivo, o empregado, o que denota a expressão de sua subordinação jurídica, permitindo qualificá-lo como poder sancionatório decorrente da relação de emprego ⁴⁸.

O mesmo autor apresenta quatro teorias sobre o poder disciplinar do empregador: poder disciplinar convencional – é o poder previsto nas convenções coletivas de trabalho. As partes envolvidas no processo de negociação coletiva firmam através da convenção coletiva de trabalho, cláusulas de natureza disciplinar.

Poder disciplinar unilateral é o poder atribuído unilateralmente ao empregador, como decorrência do poder de direção, podendo ser exercido a seu livre alvitre, dentro dos juízos de razoabilidade, bom senso e proporcionalidade.

Poder disciplinar como delegação do poder público – modelo autoritário de poder e autocrático que prevaleceu na cultura política e jurídica do passado.

Poder disciplinar empresarial – exercício legítimo do poder do empregador com a conseqüente aceitação dos empregados sem contestação ⁴⁹.

Sobre as tendências de limitação do poder disciplinar do empregador, *Enoque dos Santos* explica a tese do poder disciplinar compartilhado. Ele esclarece que nos

⁴⁶ Ibidem, p. 23

⁴⁷ Ibidem, p. 23

⁴⁸ Artigo publicado na Revista Ltr, ano 72, nº 05 de maio de 2008, p. 72-055/46.

⁴⁹ Artigo publicado na Revista Ltr, ano 72, nº 05 de maio de 2008, p. 72-05/547.

países de economia avançada, existe a preocupação em garantir a defesa do trabalhador no processo disciplinar, e aponta as principais características da tese do poder disciplinar compartilhado, que são:

A aplicação da sanção ou penalidade deverá ser precedida da instauração de um processo de natureza administrativa, com fulcro na razoabilidade e na proporcionalidade.

O processo disciplinar compartilhado aproxima nas relações privadas trabalhistas ao processo penal e administrativo na apuração da autoria e materialidade da infração cometida pelo trabalhador.

A concessão de prazos maiores para o exercício da ampla defesa do trabalhador. Exigência de comunicação ao Sindicato representativo dos trabalhadores ou às comissões de fábrica, para acompanhamento do processo disciplinar.

Possibilidade de defesa escrita, em todos os casos. Responsabilização do empregador, nos casos de abusos ou excessos na aplicação de medidas disciplinares. Exigibilidade legal de emissão de nota de culpa. Necessidade da fundamentação da decisão disciplinar pelo empregador. Na aplicação da pena o empregador deve orientar-se no sentido de que a interpretação deverá ser sempre restritiva, jamais ampliativa. Direito de recurso da decisão disciplinar pelo trabalhador.

Do mesmo modo, *Enoque* faz um importante esclarecimento sobre a aplicação do poder disciplinar do empregador:

Em pleno século XXI, com o surgimento da quarta dimensão dos direitos humanos, entre eles, o direito de informação, de democracia, de pluralidade, da bioética, a sociedade já não tolera mais formas rudimentares e primitivas de tratamento do ser humano que seja colidente com o princípio nuclear da dignidade da pessoa humana, e é justamente nesse sentido que o poder disciplinar praticado hodiernamente nas relações privadas no Brasil deve sofrer profundas alterações, para que compatibilize-se com instrumentos e preceitos modernos levando-se em consideração o que se pratica no direito estrangeiro, especialmente os preceitos e prática mencionadas⁵⁰.

⁵⁰ Artigo publicado na Revista Ltr, ano 72, nº 05 de maio de 2008, p. 72-05/555.

Capítulo II

Os Deveres dos Empregados

5 - Dever de Obediência

Amauri Mascaro Nascimento trata da questão subordinação e poder de direção do empregador, como o verso e reverso da mesma medalha e faz um importante esclarecimento:

Subordinação e poder de direção são o verso e reverso da mesma medalha, porque é a situação em que fica o empregado perante o destinatário do seu trabalho que, por ser empregador exerce sobre a atividade daquele, e não sobre a sua pessoa, o seu poder de direção, que é a faculdade exercida pelo empregador de determinar o modo de execução da prestação do trabalho, para que possa satisfazer o seu interesse e em razão da qual paga salários e se submete a diversas restrições legais de finalidade protetiva do subordinado ⁵¹.

Do mesmo modo, *Alice Barros* complementa: “Sujeita portanto o empregado às ordens ou recomendações lícitas” ⁵².

É importante ressaltar que o empregador exerce o seu poder de comando, sobre a atividade exercida pelo empregado e não sobre a pessoa do empregado. O empregador não pode cometer exageros, não pode passar dos limites, no exercício do seu poder de direção, que deve ficar restrito às atividades executadas pelo empregado. Deve respeitar os limites, que impõe o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁵¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 32. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.106.

⁵² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2008, p. 607.

Para *Magano* a relação de emprego é uma relação de poderes e deveres:

O reconhecimento de poderes do empregador gera necessariamente a figuração de deveres do empregado. Como tais poderes e deveres encontram-se sempre referidos ao contrato de trabalho, de natureza bilateral, daí resulta a emergência de direitos, deveres e obrigações atribuíveis ao empregado e ao empregador ⁵³.

Magano, afirma sobre a questão de direitos e deveres, que: “Numa primeira aproximação com a matéria, pode-se, então dizer que os direitos, deveres e obrigações do empregado e do empregador são os fixados no contrato e na lei” ⁵⁴, posteriormente, prefere tratar a matéria sob a denominação: “deveres e obrigações do empregado e do empregador” ⁵⁵.

Para *Orlando Gomes e Élson Gottschalk*:

O contrato de trabalho, como sinalagmático à base de troca, dá origem, como vimos, à disciplina de duas obrigações fundamentais: a obrigação da prestação de trabalho a cargo do empregado e a obrigação da contraprestação, a cargo do empregador ⁵⁶.

Portanto, faz-se necessário registrar que é obrigação do empregado prestar trabalho ao empregador, mas é preciso observar também, que cabe ao empregador a obrigação de dar trabalho ao empregado. Estas distinções são de suma importância para que se possam identificar eventuais responsabilidades decorrentes do não cumprimento das obrigações do empregador e do empregado, na vigência do contrato individual de trabalho. Além das obrigações afeta aos empregados, e a contraprestação do salário, a cargo do empregador, existem outras obrigações complementares oriundas das diversas fontes normativas ⁵⁷.

⁵³ MAGANO, Octávio Bueno. *Do Poder Diretivo na Empresa*. Ed. Saraiva: 1982, p. 190.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 190.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 192.

⁵⁶ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 199.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 218.

“O empregador deve tomar a iniciativa de tornar possível a execução do trabalho por parte do empregado”⁵⁸. Esclarecem Orlando Gomes e Élon Gottschalk:

Pacífica é hoje, todavia, a possibilidade de cumprimento específico da obrigação na forma originalmente contratada com o recurso à previsão da tutela específica, para através de meios indiretos (v.g., astreintes) impor o cumprimento da obrigação de fazer, que somente em último caso se converte em perdas e danos (art. 461 do Código de Processo Civil)⁵⁹.

Medidas como esta, podem e devem ser utilizadas pelo credor da obrigação, quando o empregador deixar de satisfazer a obrigação de fazer, a de fornecer o serviço ao seu empregado. Muitas vezes o empregador no exercício do seu poder de comando, não fornece serviço ao seu empregado, com o objetivo de que este peça a dispensa do trabalho ou a rescisão indireta, nos termos do artigo 483 da consolidação das leis do trabalho, nas ocasiões em que fica sem receber os seus salários.

6 - Dever de Diligência

Segundo Orlando Gomes e Elson Gottschalk colaborar com o empregador e ser diligente são dois conceitos inseparáveis, na medida que o empregado colabora com o empregador, passa a ser diligente:

A diligência é entendida como critério ou ponto de referência para medir o comportamento do devedor da prestação no adimplemento de suas obrigações contratuais. Colaboração com a empresa e diligência são dois conceitos inseparáveis. Não pode o empregado colaborar com o empregador senão com a diligência que deve ao mesmo⁶⁰.

Para Alice Monteiro de Barros, o empregado não pode ser um mero executor de ordens, mas um empregado que realiza as suas tarefas, com zelo. “Apenas a observância de ordens não é suficiente; mister também que o empregado

⁵⁸ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élon. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.219

⁵⁹ *Ibidem*, p. 220.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 211.

cumpra o dever de diligência inserido na obrigação de trabalhar, ou seja, execute suas atividades com zelo”⁶¹.

Para o cumprimento da sua obrigação, a de prestar serviços em decorrência do contrato individual de trabalho, firmado com o empregador e mediante remuneração, deve o empregado cumpri-la com diligência. O empregado tem o dever de obediência em relação ao seu empregador, contudo, referido dever, não pode implicar no exercício de funções ilícitas ou vexatórias, que de alguma forma possa ofender os seus direitos fundamentais e a sua dignidade. Este dever de diligência pode ser aferido de forma objetiva, tomando-se como parâmetro o comportamento do trabalhador médio, ou de modo subjetivo, levando-se em conta o comportamento pessoal do empregado⁶².

7 - Dever de Fidelidade

Alice Monteiro de Barros esclarece que:

O dever de fidelidade se exterioriza por manifestações positivas caracterizadas pela obrigação de fazer, ou seja, de comunicar ao empregador perigos e anormalidades no local em que se desenvolvem as atividades, bem como relatar-lhe as deficiências no material e nos instrumentos de trabalho. Se não bastasse, o empregado deve, ainda, colocar o empregador a par do andamento do negócio⁶³.

O dever de fidelidade é praticado nas relações de emprego, pelas Cipas e pelas representações de empregados nos locais de trabalho, quando apontam condições inseguras de trabalho, ambientes insalubres ou perigosos, mas muitas vezes o empregador se sente incomodado com estas manifestações dos trabalhadores.

⁶¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2008, p. 610.

⁶² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2008, p. 611.

⁶³ *Ibidem*, p. 612.

“O dever de fidelidade na prestação de trabalho é o aspecto particular que assume o princípio de boa-fé inerente à execução de todo o contrato”⁶⁴.

Capítulo III

As alterações no contrato individual de trabalho

Ari Possidonio Beltran dispõe em síntese, sobre a relação contratual entre empregado e empregador:

O Direito do Trabalho – relacionado por Gênese própria com a situação do labor, em caráter não eventual, subordinado, por conta de terceiro e mediante remuneração – traz implícita a existência não só de direitos, mas de deveres e obrigações das partes contratantes. Os limites de tais deveres e obrigações, o exercício dos poderes diretivo, regulamentar e disciplinar do empregador, os respectivos direitos do empregado a não sofrer discriminações, a ver respeitada a sua dignidade, os institutos do *jus variandi* e o *do jus resistentiae*, enfim, encontram no contexto em exame situações a serem avaliadas ou reavaliadas⁶⁵.

Posteriormente, *Beltran* explica que:

[...] sendo a pactuação laboral estruturada sobre alguns princípios, especialmente a bilateralidade, o sinalagma, a comutatividade e a onerosidade, curial que empregadores e empregados devam arcar, de forma ínsita ao contrato, com certos deveres e obrigações. Evidentemente que a principal obrigação do empregado é prestar os serviços para o qual foi contratado, enquanto a correspondente obrigação do empregador é efetuar a remuneração devida pelo labor prestado⁶⁶.

⁶⁴ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 212.

⁶⁵ BELTRAM, Ari Possidonio. *Direito do Trabalho e direitos fundamentais*. São Paulo: Ltr, 2002, p. 229.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 230.

Jorge Pinheiro Castelo entende que a principal obrigação contratual do empregador não tem natureza patrimonial, mas o dever de respeito à dignidade moral da pessoa do trabalhador. E, como diz:

O mais importante direito e a precípua obrigação contratual (do Direito do Trabalho) do empregador não têm natureza patrimonial. E, é, justamente, o dever de respeito à dignidade moral da pessoa do trabalhador, aos direitos relativos à personalidade do empregado, cuja violação significa diretamente violação de direito e obrigação de lei trabalhista e do contrato de trabalho. O contrato de trabalho traz necessariamente (implícita ou explicitamente) o direito e a obrigação de respeito aos direitos personalíssimos (direitos morais). Tanto é que a ofensa a tais direitos autoriza a rescisão contratual pelo empregado e pelo empregador e a postulação da indenização patrimonial e moral conseqüente ⁶⁷.

8 - O *jus variandi*

É a possibilidade que tem o empregador, decorrente do seu poder diretivo, dentro de certos limites, de ajustar a prestação obrigacional do empregado às alterações estruturais e conjunturais da empresa ⁶⁸. Nesta etapa, é preciso identificar estes eventuais ajustes que podem ser praticados pelo empregador, em decorrência do seu poder diretivo.

O *jus variandi*, é o poder que tem o empregador de realizar modificações, que não altere o contrato individual de trabalho. No caso da ocorrência de alteração contratual, não se trata de *jus variandi*, mas alteração contratual de fato, disciplinada no artigo 468 da consolidação das leis do trabalho ⁶⁹. *Magano*, explica:

Segue-se daí que variar não é o mesmo que alterar. A variação diz respeito a modificações ocorridas nas prelas do contrato, isto é, nos espaços em branco existentes entre as suas cláusulas, ao passo que a alteração acarreta a modificação das referidas cláusulas ⁷⁰.

⁶⁷ CASTELO, Jorge Pinheiro. “Dano Moral Trabalhista – configuração própria e autônoma, competência da Justiça do Trabalho, ações individuais para a tutela de direitos morais laborais tradicionais, novas e ações civis públicas”, Temas atuais de Direito do Trabalho, *Revista do Advogado*, AASP, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 54/97, dezembro de 1998, p. 97.

⁶⁸ MAGANO, Octávio Bueno. *Do Poder Diretivo na Empresa*. Ed. Saraiva: 1982, p. 120.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 123.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 123.

Os elementos que compõem o *jus variandi* são os seguintes, gênero: o poder do empregador; causas: as alterações estruturais e conjunturais da empresa; objetivo: as condições de trabalho não essenciais, salvo exceções; forma: os atos unilaterais do empregador ⁷¹.

Existem três categorias de variações: as qualitativas, as quantitativas e as locativas. As qualitativas são as modificações incidentes sobre a qualificação dos empregados. As quantitativas são as incidentes sobre salários e à jornada de trabalho e as atinentes ao local de trabalho, que são as locativas ⁷². Com a reestruturação produtiva, para a sua implantação, muitas vezes não são observados os limites impostos pelo princípio da dignidade da pessoa humana ⁷³. O fato é que muitas alterações ocorreram nos contratos individuais de trabalho, muitos trabalhadores passaram a exercer múltiplas funções, deixaram de ser especialistas e passaram a ser multifuncionais, polivalentes e flexíveis. Nesse compasso, o *Jus variandi* tem sido utilizado com excesso. Para *Orlando Gomes e Elson Gottschalk*, pode-se considerar o *jus variandi* sob dois aspectos: o normal e o excepcional. Tanto o primeiro como o segundo, decorrem de um poder ex fato e ex lege. O primeiro deriva do próprio poder de comando do empregador, o segundo pode ser exercido pelo empregador nos casos de necessidade imperiosa, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização de serviços inadiáveis ⁷⁴.

Por conseguinte, alguns empregadores extrapolam os limites de respeito que deve presidir as relações de emprego e com isso atingem a dignidade do trabalhador. Muitos empregadores praticam alterações contratuais em total desrespeito à dignidade dos seus empregados, que não resistem, com receio de serem substituídos.

⁷¹ Ibidem, p. 124.

⁷² MAGANO, Octávio Bueno. *Do Poder Diretivo na Empresa*. Ed. Saraiva: 1982, p. 125.

⁷³ A década de 80 presenciou que, nos países de capitalismo avançado, empresas nacionais e multinacionais praticaram a reestruturação produtiva, com a implantação da robótica, microeletrônica, terceirização, flexibilização, novas formas de organização do trabalho, entre outras. Com a implantação destas novidades, evidentemente os empregadores ultrapassaram os seus limites de poder de comando – o *jus variandi* - em total desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois muitos trabalhadores perderam os seus postos de trabalho, perderam os seus empregos.

⁷⁴ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 331.

9 - O *jus resistantiae*

Para Jorge Pinheiro Castelo “*jus resistantiae* – Chama-se assim a resistência do trabalhador a certas ordens do empregador. Justifica-se tal procedimento toda vez que a ordem seja claramente ilegal e atentatória à dignidade do primeiro”⁷⁵. O autor explana que:

A proteção contra alterações contratuais ilegais tem maior realce quando a mudança tocar na esfera dos direitos da personalidade do empregado, ou direitos patrimoniais com função não patrimonial⁷⁶.

É o direito legítimo que tem o empregado de resistir contra a ordem do empregador, toda vez que importar em alteração unilateral do contrato individual de trabalho, que lhe traga prejuízos, principalmente quando é o caso do uso abusivo do *jus variandi*.

Para *Mauricio Godinho Delgado*:

O princípio do *jus resistantiae* obreiro informa a prerrogativa de o empregado opor-se, validamente, a determinações ilícitas oriundas do empregador no contexto da prestação laborativa. É princípio específico ao contrato de trabalho, derivando diretamente do uso irregular do poder diretivo patronal⁷⁷.

No Brasil, a prática do *jus resistantiae*, de certa forma, não é muito praticado pelos trabalhadores, em decorrência do desequilíbrio que persiste na relação de emprego. Como esclarece *Delgado*:

O *jus resistantiae* torna-se, na prática, mitigado, uma vez que o risco do rompimento do contrato pelo empregador inibe eventual posição defensiva do empregado em face de determinações abusivas recebidas⁷⁸.

Em tempos de globalização da economia, os empregados são constantemente chamados a participarem de programas ou processos de produção, e acabam assumindo outras funções ou tarefas diferentes daquelas para as quais

⁷⁵ CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada no processo do trabalho*. V. 2. São Paulo: Ltr, 1999, p. 151.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 151.

⁷⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008, p.1006.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 1006.

foram contratados. Muitos não resistem, concordam com as alterações de funções, são os empregados multifuncionais, flexíveis e polivalentes. Por causa de reduções salariais, outros concordam até em deixar de ser empregados e passam a prestar serviços ao empregador sob o rotulo de “pessoa jurídica”, evidentemente, sem “carteira assinada”. E, muitos outros trabalhadores aceitam a redução dos salários, com a promessa da manutenção no emprego.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk, sobre a alteração do contrato de trabalho, que pode ser unilateral e bilateral, explicam:

Como visto, a alteração unilateral das condições do contrato só é proibida quando não acarreta vantagens para o empregado. Se o prejudica, não vale.

Contudo, são diferentes os efeitos derivados das duas formas de alteração. Na bilateral, o efeito único é a nulidade da cláusula infringente. Na unilateral, entretanto, além da nulidade substancial do ato, o empregado pode considerar rescindido o contrato de trabalho e pleitear as respectivas indenizações⁷⁹.

Logo, caracterizado o ato ilícito, evidentemente faz jus o ofendido à indenização devida.

⁷⁹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 325.

Capítulo IV

A Dignidade da Pessoa

Para *Ingo Wolfgang Sarlet*, os valores da dignidade da pessoa humana encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente Greco-romana, e no pensamento cristão. Do antigo testamento, herdamos a idéia de que o homem tenha sido feito à imagem e semelhança de Deus⁸⁰.

Ana Paula de Barcellos aponta quatro momentos fundamentais que antecederam os valores da dignidade da pessoa humana: o Cristianismo, o iluminismo-humanista, a obra de Immanuel Kant e o reflexo dos horrores da segunda guerra mundial⁸¹.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988, no título I, que trata Dos Princípios Fundamentais, estabelece:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III- a dignidade da pessoa humana

De acordo com *José Joaquim Comes Canotilho*, que fala da outra esfera da República portuguesa, aponta a dignidade da pessoa humana (art. 2º), e ensina,

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 45.

⁸¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos princípios constitucionais: o Princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revovar, 2008, p. 122.

indagando: “o que é ou que sentido tem uma República baseada na dignidade da pessoa Humana?”. Em seguida, responde:

A resposta deve tomar em consideração o princípio material subjacente à idéia de dignidade da pessoa humana. Trata-se do princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola⁸²) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual (*plastes et fctor*).

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político – organizatórios. A compreensão da dignidade da pessoa humana associada à idéia de *homo noumenon* justificará a conformação constitucional da República Portuguesa onde é proibida a pena de morte (artigo 24º) e a prisão perpétua (artigo 30º/1). A pessoa ao serviço da qual está a República também pode assumir a condição de cidadão, ou seja, um membro normal e plenamente cooperante ao longo da sua vida.

Por último, a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à idéia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico. O exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana com núcleo essencial da República significará, assim, o contrário de “verdades” ou “fixismos” políticos, religiosos ou filosóficos⁸³.

Para Alexandre de Morais:

a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem

⁸² Para Giovanni Pico Della Mirandola, o problema da dignidade do homem é perspectivado em função do lugar central que ocupa no universo, ponto de referência de toda a realidade [...]. O homem é o ser mais digno da Criação de Deus, porque foi colocado no centro do universo e porque de tudo quanto foi criado ele possui sementes. MIRANDOLLA, Giovanni Pico Della. *Oratio de Hominis Dignitate*. Tradução: Maria de Lurdes Sirgano Ganho e Luís Loia. Edições 70, 2006, p. 21 e 22.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. República e dignidade da pessoa humana. *Direito Constitucional*. São Paulo: Edições Almedina. 2006, p. 225 - 226.

menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos⁸⁴.

Nas relações de emprego, temos de um lado o capital e o poder, e do outro, a força de trabalho, o empregado submisso aos poderes do empregador. O fato é que o empregador no exercício do seu poder de comando, muitas vezes, comete exageros e passa dos limites, ofende a dignidade da pessoa, princípio fundamental que não pode ser violado⁸⁵. “Direito fundamental integrante da categoria de direitos negativos ou de defesa, também denominados direitos individuais ou de liberdade”⁸⁶.

A sua violação constitui ato ilícito, nos exatos termos do artigo 186 do Código Civil⁸⁷. E, ao empregado ofendido cabe buscar a justa reparação, como estabelece o artigo 927 do Código Civil brasileiro⁸⁸. (A aplicação de medidas judiciais disponíveis será tratada no capítulo V desta dissertação).

Para *Guilherme Amorim Campos da Silva* “A CF prevê, em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro”⁸⁹. Logo depois, admite que “O texto constitucional busca assegurar a possibilidade de o indivíduo encontrar meios para promover o pleno desenvolvimento de sua personalidade”⁹⁰.

⁸⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 16.

⁸⁵ 1- DANO MORAL E MATERIAL GERAL - DANO MORAL.

INSULTOS PRATICADOS POR SUPERIOR HIERÁRQUICO NO AMBIENTE DE TRABALHO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. Ainda que não configure assédio moral, porquanto ausente a situação de cerco, o caráter continuado das agressões verbais e humilhações praticadas por superior, com gritos, xingamentos e revista de pertences, caracteriza método de gestão por injúria que importa indenização por dano moral (art.5º, V e X, CF; 186 e 927 do NCC). Tal modalidade de tratamento despótico dirigido à empregada caracteriza tirania patronal incompatível com a dignidade da pessoa humana, com a valorização do trabalho e a função social da propriedade, asseguradas pela Constituição Federal (art. 1º, III e IV, art. 5º,XIII, art. 170, caput e III).TRT/SP - 02216200506802006 - RO - Ac. 4ªT 20070399390 - Rel. RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS - DOE 01/06/2007.

⁸⁶ DICIONÁRIO BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Ccoordenador geral Dimitri Dimoulis. São Paulo: Saraiva, 2007. Vários autores. Vários organizadores, p. 114.

⁸⁷ CCB - Título II – Dos Atos Ilícitos – art. 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁸⁸ CCB – Título IX – DA Responsabilidade Civil – Capítulo I – Da Obrigação de Indenizar – art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 115.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 115.

Nas palavras de *Amauri Mascaro Nascimento* “Dignidade do ser humano, outro valor que o direito do trabalho procura preservar [...]”⁹¹.

O autor explica ainda:

A dignidade da pessoa humana aparece em textos jurídicos importantes a partir de 1945. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, art.1º (1948), proclama que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”. A Conferência Mundial de Direitos Humanos, de Viena, em junho de 1993, conclui que “todos os direitos humanos têm sua origem na dignidade e no valor da pessoa humana”. A constituição Federal do Brasil (art.1º, III) tem como princípio a dignidade da pessoa humana como fundamento da República⁹².

Fábio Konder Comparato, na introdução – Sentido e Evolução dos Direitos Humanos - do seu livro, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, sobre a situação do Homem no Mundo* destaca:

O que se conta, nestas páginas, é a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém, – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais⁹³.

O autor explica que:

Este livro procura mostrar como se foram criando e estendendo progressivamente, a todos os povos da Terra, as instituições jurídicas de defesa da dignidade humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria. Tudo gira, assim, em torno do homem e de sua eminente posição no mundo. Mas em que consiste, afinal, a dignidade humana?⁹⁴

⁹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 32. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 75.

⁹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 32. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.75

⁹³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 1.

Para esta indagação fundamental, o autor responde: “foi dada no campo da religião, da filosofia e da ciência”⁹⁵.

Referido autor, quando trata da questão do reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social, afirma:

Os direitos humanos de proteção do trabalhador são, portanto, fundamentalmente anticapitalistas, e, por isso mesmo, só puderam prosperar a partir do momento histórico em que os donos do capital foram obrigados a se compor com os trabalhadores. Não é de admirar, assim, que a transformação radical das condições de produção no final do século XX, tornando cada vez mais dispensável a contribuição da força de trabalho e privilegiando o lucro especulativo, tenha enfraquecido gravemente o respeito a esses direitos em quase todo o mundo⁹⁶.

É o que se tem visto nas relações entre o capital e o trabalho, o igual respeito que deve existir entre os homens, independentemente de classe social, muitas vezes não acontece. Ao contrário, o que se dá conta e a exploração do trabalho, pelo capital, e, muitas vezes em total desrespeito à dignidade da pessoa, do ser humano. O ser humano não é considerado, mas apenas a sua mão de obra, que pode interessar ou não. Na relação capital e trabalho o ser humano é descartável, é uma coisa que se utiliza e quando não serve mais, se descarta. Por conta deste entendimento, se faz necessário cada vez mais, a luta pela efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, nas relações de emprego.

10 - A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

“A Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma recomendação, que a Assembléia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros [...]”⁹⁷. Contudo, o autor esclarece que esse entendimento peca por excesso de formalismo, pois a Declaração Universal dos Direitos Humanos é reconhecida em toda parte, independentemente de sua declaração em constituições, leis, e tratados

⁹⁵ Ibidem, p. 1.

⁹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 53 - 54.

⁹⁷ Ibidem, p. 225.

internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não

98

Além disso, segundo *Comparato*:

o pecado capital contra a dignidade humana consiste ⁹⁹, justamente em considerar e tratar o outro, que pode ser um indivíduo, uma classe social, um povo, como um ser inferior, sob pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial ¹⁰⁰.

E, faz uma advertência importante: “A dignidade da pessoa humana não pode ser reduzida à condição de puro conceito” ¹⁰¹.

Para *André Ramos Tavares*:

Pode-se afirmar que o Homem, por ter dignidade, deve ser respeitado, estando acima de qualquer valoração de cunho pecuniário, como bem acentuou Kant, ao tratar da dignidade, “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade” ¹⁰².

Pode-se concluir, portanto que o homem que não tem preço tem dignidade, valendo-se da máxima popular de que “todo homem tem um preço”

Em seguida, *André Tavares* ensina que a dignidade do homem, enquanto princípio tem dupla dimensão, uma negativa e outra positiva. A primeira garante que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações e agrega a dimensão positiva de garantia de pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo ¹⁰³.

⁹⁸ Ibidem, p. 225.

⁹⁹ Ibidem, p. 226.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 226.

¹⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 226.

¹⁰² A CONTEMPORANEIDADE dos Direitos Fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 4, p. 228, jul. / dez. 2004.

¹⁰³ Ibidem, p.230

Do mesmo modo, *Paulo Bonavides* eleva a Declaração Universal dos Direitos do Homem à carta magna de todos os povos e afirma:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano¹⁰⁴.

Logo depois, o autor faz uma advertência:

A Declaração será porém um texto meramente romântico de bons propósitos e louvável retórica, se os países signatários da Carta não se aparelharem de meios e órgãos com que as regras estabelecidas naquele documento de proteção dos direitos fundamentais e sobretudo produzir uma consciência nacional de que tais direitos são invioláveis¹⁰⁵.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada na Assembléia Geral da ONU, em Paris, no ano de 1948. “contém trinta artigos, preâmbulo com sete considerandos, onde é reconhecida a dignidade da pessoa humana”.¹⁰⁶

Para *José Afonso da Silva*, sobre eficácia das normas da Declaração Universal, existe o fato de que a referida norma não dispõe de um aparato próprio que a faça valer, tanto que o desrespeito acintoso e cruel de suas normas, nesse mais de meio século de sua existência, tem constituído uma regra trágica, especialmente no continente americano e também no território nacional¹⁰⁷.

11 - A Constituição brasileira de 1988

No intuito de abordar o que tange a Constituição brasileira, pode-se iniciar o tema ponderando-se as palavras de *Daniel Sarmiento*, que diz:

¹⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 578.

¹⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 578, p. 578.

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 163 - 164.

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 164 – 165.

A Constituição brasileira de 1988, à semelhança do que ocorre em diversas cartas contemporâneas, reconheceu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF). A proclamação solene do princípio a dignidade da pessoa humana no primeiro artigo do texto constitucional é rica em simbolismo. A Carta de 1988 – Constituição cidadã, nas palavras do saudoso Ulisses Guimarães – representa um marco essencial na superação do autoritarismo e na reestruturação do Estado Democrático de direito, timbrado pela preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social do país¹⁰⁸.

O fato é que, não poderia ser diferente, pois a consolidação da democracia está intimamente ligada ao respeito ao ser humano, à sua dignidade, ao bem estar dos cidadãos.

No mesmo livro, *Daniel Sarmiento* faz a seguinte observação:

É difícil, de fato, conceber um princípio que porte um apelo emotivo tão intenso como o da dignidade da pessoa humana. A sua percepção sentimental não basta. É fundamental ancorá-lo em bases mais sólidas, até para que a sua aplicação não descambe para um decisionismo irracional.

Na verdade, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime, em termos jurídicos, a máxima Kantiana, segunda a qual o Homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio¹⁰⁹.

No entanto, o que se observa é que, no sistema capitalista, o homem tem sido utilizado como atividade meio, para outros fins, que é o lucro. No sistema de produção, por exemplo, os aspectos humanos ficam para um segundo plano, pois o objetivo final é o aumento da produtividade e das vendas dos produtos, a preços altamente competitivos. Desta forma, se, eventualmente, no sistema de produção, as metas não são atingidas, o homem acaba sofrendo as conseqüências dos resultados insatisfatórios, ficando para um segundo plano. Isso configura-se nas demissões em massa, participação nos planos de demissões voluntárias, ou seja, o homem serve ao sistema capitalista e depois se, “não serve mais”, é excluído. Então, ele não é tratado como um fim em si mesmo, mas como um meio para o atingimento de outros fins.

¹⁰⁸ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris Ltda, 2003, p. 57 – 58.

¹⁰⁹ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris Ltda, 2003, p. 59.

Para *Flávia Piovesan*, “À proteção internacional dos direitos sociais somam-se os mecanismos de proteção nacional desses direitos” ¹¹⁰. Com a democratização dos países latinos, muitos adotaram Constituições que pudessem servir como marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos ¹¹¹.

A Constituição brasileira de 05 de outubro de 1988, já no seu preâmbulo, aponta as suas intenções, a de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Pode-se dizer que a Constituição brasileira é uma constituição democrática, cidadã, que protege o ser humano e a sua dignidade. Para Flávia Piovesan:

A Carta de 1988 destaca-se como uma das Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria. Ressalte-se, ainda, a influência no constitucionalismo brasileiro das Constituições alemã (Lei Fundamental – GrundGesetz, 23 de maio de 1949), portuguesa (2 de abril de 1976) e espanhola (29 de dezembro de 1978), na qualidade de Constituições que primam pela linguagem dos direitos humanos e da proteção à dignidade humana.¹¹²

Mais adiante, a autora ressalta:

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro destacam-se a cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático ¹¹³.

Para *José Afonso da Silva*, a Constituição brasileira de 88, assinala os objetivos do Estado brasileiro, não todos, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a

¹¹⁰ *Revista do Advogado*, Ano XXVIII, nº 97, maio de 2008, p. 75.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 75

¹¹² *Revista do Advogado*, Ano XXIII, n. 70, julho de 2003, p. 39.

¹¹³ *Ibidem*, p. 39

democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana ¹¹⁴.

12 - Os Direitos e Garantias Fundamentais

Objetivando-se discorrer sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, faz-se necessário, primeiramente, definir o significados dos referidos termos. Para isso, pode-se mencionar a explicação de *José Joaquim Gomes Canotilho*, a qual é expressa de maneira muito pertinente:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são freqüentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-la da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente ¹¹⁵.

De modo complementar, *Arion Sayão Romita* afirma que os direitos fundamentais estão fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, e asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça ¹¹⁶. Ainda segundo este autor:

Os direitos fundamentais repousam sobre o valor básico do reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Sem este reconhecimento, inviabiliza-se a própria noção de direitos fundamentais ¹¹⁷.

Além disso, Romita esclarece:

No que concerne às relações individuais, a doutrina é acorde ao recomendar a conciliação do exercício do poder diretivo do

¹¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 93.

¹¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direitos do homem e direitos fundamentais. Direito Constitucional*. São Paulo: Edições Almedina. 2006, p. 393.

¹¹⁶ ROMITA, Arion Sayon. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. Prefácio de Alberto Venâncio Filho. São Paulo: Ltr, 2005, p. 36.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 37.

empregador com “o indispensável respeito à dignidade do trabalhador”¹¹⁸.

O empregador, em relação ao seu empregado, encontra no princípio da dignidade da pessoa humana, o limite para o exercício do seu poder de comando.

Segundo o mesmo autor:

A Constituição de 5 de outubro de 1988 ampliou o campo de atuação dos direitos fundamentais do trabalhador na regulação das relações de trabalho, valendo salientar que, logo em seu art. 1º, inclui a dignidade da pessoa humana entre os fundamentos do Estado democrático de direito em que se constitui o Brasil. O valor essencial da dignidade da pessoa humana rege, portanto, o ordenamento jurídico brasileiro em todas as suas manifestações positivas, abrangendo em seu raio de atuação (como não poderia deixar de ser) o direito do trabalho. Portanto, o referido princípio é fundamental para a manutenção do equilíbrio nas relações de emprego.

13 - Os Direitos da Personalidade

Em relação aos direitos da personalidade, *José Joaquim Gomes Canotilho* explana que:

Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade. Os direitos da personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito da cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão)¹¹⁹.

O autor também afirma que:

A primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos e liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coativos)¹²⁰.

¹¹⁸ Ibidem, p. 249.

¹¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direitos fundamentais e direitos de personalidade. *Direito Constitucional*. 7. ed. Edições Almedina. 2006, p. 396.

¹²⁰ Ibidem, B. Funções dos Direitos Fundamentais I: Função de defesa ou de liberdade, p. 407.

Os direitos da personalidade são atributos inerentes à pessoa humana, inalienáveis e intransmissíveis. Pertencem ao titular, surgindo com o nascimento, com a vida, e desaparecendo com a morte, porque estão diretamente atrelados à personalidade ¹²¹.

Os direitos da personalidade são direitos ínsitos à pessoa, em consonância com a Constituição brasileira de 1988:

Trata-se de um dos sintomas da modificação axiológica da codificação brasileira, que deixa de ter um perfil essencialmente patrimonial, característico do Código Civil de 1916, concebido para uma sociedade agrária, tradicionalista e conservadora, para se preocupar substancialmente com o indivíduo, em perfeita sintonia com o espírito da Constituição Cidadã de 1988 ¹²².

Por conseguinte, a Constituição brasileira assegura a inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Do mesmo modo, o Código Civil brasileiro protege o homem na sua essência. No documento, o capítulo II, que trata dos direitos da personalidade, garante às pessoas a intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos da personalidade e a possibilidade de exigir que cesse a ameaça, ou lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos ¹²³, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Com a consagração dos direitos da personalidade ¹²⁴ são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Com efeito, os direitos da personalidade não possuem valor pecuniário, mas afrontados, pode levar

¹²¹ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Curso de direito civil*. V. 1: parte geral. São Paulo: Ltr, 2008, p. 91.

¹²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. V. I: parte geral. 8. ed. ver., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 135.

¹²³ CC brasileiro/2002 - art. 402 – Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

¹²⁴ Constituição brasileira, art. 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

à estima de um montante reparatório, capaz de minimizar os efeitos da agressão sofrida pelo titular ¹²⁵.

Conforme mencionado, o artigo 12 do Código Civil brasileiro estabelece: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. Sendo assim, “as ameaças poderão ser paralisadas por meio de antecipação de tutela ou de liminar em ação cautelar” ¹²⁶.

No caso das hipóteses de lesões consumadas, admite-se a propositura de ação ordinária visando à reparação dos danos apurados, de natureza material e moral.

Carlos Alberto Bittar, sobre a tutela dos direitos da personalidade, dispõe:

A tutela geral dos direitos da personalidade compreende modos vários de reação, que permitem ao lesado a obtenção de respostas distintas, em função dos interesses visados, estruturáveis, basicamente, em consonância com os seguintes objetivos: a) cessação de práticas lesivas; b) apresentação de materiais oriundos dessas práticas; c) submissão do agente à cominação de pena; d) reparação de danos materiais e morais; e e) perseguição criminal do agente ¹²⁷.

Portanto, os direitos da personalidade ¹²⁸, como a vida e a integridade física, integridade psíquica, criações intelectuais e integridade moral ¹²⁹, precisam ser respeitados, mormente nas relações de emprego.

¹²⁵ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Curso de direito civil*. V. 1: parte geral. São Paulo: Ltr, 2008, p. 92.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 92.

¹²⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 53.

¹²⁸ A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), inserida em nosso ordenamento jurídico positivo pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, determina, no plano internacional, que os Estados se comprometam a respeitar e garantir os direitos da personalidade.

¹²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. V. I: parte geral. 8. ed. ver., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 150.

14 - O princípio da dignidade da pessoa humana

Ingo Wolfgang Sarlet, sobre a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, observa:

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é relativamente recente, ainda mais em se considerando as origens remotas a que pode ser reconduzido. Apenas neste século e, ressalvada uma ou outra exceção, tão somente a partir da Segunda Guerra Mundial, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecido expressamente nas Constituições, de modo especial após ter sido consagrado pela Declaração Universal da ONU de 1948¹³⁰.

Para fins ilustrativos, o referido autor aponta os diversos países da União Européia que inseriram o princípio da dignidade da pessoa humana em seus textos constitucionais e consagraram expressamente o princípio, como por exemplo, as Constituições da Alemanha (art. 1º, inciso I), Espanha (preâmbulo e art. 10.1), Grécia (art. 2º, inc. I), Irlanda (preâmbulo) e Portugal (art.1º)¹³¹. Porém, no âmbito do Mercosul, sua inserção se deu apenas na Constituição brasileira (art. 1º, inciso III) e na do Paraguai (preâmbulo)¹³². Em seguida, o autor esclarece que o Brasil reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal¹³³.

Paulo Bonavides a respeito da juridicidade dos princípios, explica:

A juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.¹³⁴ A mais antiga, a jusnaturalista, os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 113.

¹³¹ Ibidem, p. 113

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 113 - 114.

¹³³ Ibidem, p. 114 - 115.

¹³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 259.

reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira postulados da justiça ¹³⁵.

A segunda fase é a juspositivista, com os princípios já dispostos nos códigos, como fonte normativa ¹³⁶.

A terceira fase é a do pós-positivismo.

Segundo o autor, nesta última fase:

As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais ¹³⁷.

Na seqüência, *Bonavides* acrescenta que:

Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivativista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicista (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da filosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero da norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

Assim, com a supremacia dos princípios, a Constituição brasileira de 1988, estabelece no seu Título I – Dos Princípios Fundamentais, (Art. 1º, inciso III) que a República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana, princípio que deve ser efetivamente honrado e respeitado.

No dizer de *Wolfgang Sarlet*, a dignidade da pessoa humana é um princípio reconhecido, e respeitado, internacionalmente, “importa consignar, neste contexto,

¹³⁵ Ibidem, p. 259.

¹³⁶ Ibidem, p. 263.

¹³⁷ Ibidem, p. 264.

que o constitucionalismo nacional não chegou a constituir exceção, em se tomando como parâmetro a evolução constitucional na esfera internacional”¹³⁸.

O mesmo autor, na abordagem do princípio da dignidade da pessoa humana, entende que três aspectos devem ser priorizados: “considerações em torno do significado da dignidade da pessoa humana; caracterização do princípio da dignidade da pessoa humana como norma jurídica; posição ocupada pelo princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito da concepção materialmente aberta de direitos fundamentais consagrada pela Constituição brasileira”¹³⁹.

De acordo com as considerações do referido autor, sobre a dignidade da pessoa humana, em muitos países a dignidade da pessoa humana é efetivamente respeitada, não se admitindo a transformação do ser humano em coisa:

Como ponto de partida, vale citar a fórmula desenvolvida na Alemanha por G.Düring, para quem a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, mero instrumento, tratada como coisa, em outras palavras, na descaracterização da pessoa humana como sujeito de direitos¹⁴⁰.

E, mais adiante, o autor aponta que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente, o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo, não sendo, portanto permitido, a pena de morte, a tortura, penas de natureza corporal, a utilização da pessoa para experiências científicas, utilização de detector de mentiras e regras relativas aos transplantes de órgãos¹⁴¹.

Outra dimensão associada à dignidade da pessoa humana, segundo Sarlet, consiste na garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família (direitos sociais do trabalho), sistema efetivo de seguridade social, proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à asseguuração de uma existência com dignidade. Além da garantia da isonomia de todos os seres humanos,

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 113.

¹³⁹ Ibidem, p. 114.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 121.

¹⁴¹ Ibidem, p. 121.

sendo intolerável a escravidão, a discriminação racial, perseguições em virtude de motivos religiosos, garantia da identidade (autonomia e integridade psíquica e intelectual). Outras garantias são citadas pelo autor como sendo as principais expressões do princípio da dignidade da pessoa humana, como liberdade de consciência, de pensamento, de culto, na proteção da intimidade, da honra, da esfera privada, tudo que esteja associado ao desenvolvimento da sua personalidade. Por último destaca:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem – objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana ¹⁴².

Sendo assim, como afirmado pelo autor sobre o status jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana, o Constituinte de 1987/1988, não fez a inclusão da dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, dando-lhe, pela primeira vez, o tratamento de princípio fundamental da Constituição brasileira (art, 1º, inc.III) ¹⁴³.

Mais adiante, o autor é enfático e justifica:

Num primeiro momento, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art.1º, inc. III, de nossa lei fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela em última análise, não deixa de ter), mas constitui norma jurídico-positiva com status constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão da ética já apontada, em valor jurídico fundamental da comunidade ¹⁴⁴.

¹⁴² Ibidem, p. 122.

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 123.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 123 - 124.

E, Finalmente, esclarece que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana:

[...] vem sendo considerado fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que com base nesta devem ser interpretados.¹⁴⁵

A importância do respeito à dignidade da pessoa humana é fundamental para a manutenção do Estado Democrático de direito.

“A dignidade da pessoa humana atua como fundamento do princípio estruturante do Estado Democrático de direito e, em consequência, impregna a totalidade da ordem jurídica, espraia-se por todos os ramos do direito positivo e inspira não só a atividade legislativa como também a atuação do poder judiciário. Nenhum ato normativo nenhuma decisão judicial pode menoscabar a dignidade da pessoa humana, sob pena de ofensa ao princípio estruturante democrático de direito¹⁴⁶.”

Ainda segundo o referido autor, o Brasil é um Estado democrático de direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, portanto, qualquer que seja o aspecto pelo qual o tema seja focado, sobressai a dignidade da pessoa humana, como valor supremo que fundamenta todo o ordenamento jurídico brasileiro¹⁴⁷;

Em busca da melhor elaboração conceitual do referido princípio, *Ingo Wolfgang Sarlet* procura formular uma proposta de conceituação (jurídica) da dignidade da pessoa humana e preleciona:

Assim sendo, 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-

¹⁴⁵ Ibidem, p. 127.

¹⁴⁶ ROMITA, Arion Sayon. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. Prefácio de Alberto Venâncio Filho. São Paulo: Ltr, 2005, p. 251.

¹⁴⁷ ROMITA, Arion Sayon. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. Prefácio de Alberto Venâncio Filho. São Paulo: Ltr, 2005, p. 251.

responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹⁴⁸.

Para *Daniel Sarmiento*, a dignidade atinge todas as pessoas, a todos os seres humanos, sem distinção, como exposto na sequência:

Assim, a dignidade não é reconhecida apenas às pessoas de determinada classe, nacionalidade ou etnia, mas a todo e qualquer indivíduo, pelo simples fato de pertencer à espécie humana. Dela não se despe nenhuma pessoa, por mais graves que tenham sido os atos que praticou¹⁴⁹.

Na complementação de Ingo *Wolfgang Sarlet*, a dignidade da pessoa humana está diretamente relacionada à garantia de uma vida saudável, que constitui no bem-estar físico, mental e social, segundo os parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde.

Em seguida, o autor admite que:

[...] constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, não sendo tolerada a escravidão, discriminação racial, perseguições por motivos de religião, sexo, enfim toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico [...]¹⁵⁰.

Para *Eros Roberto Grau*, a dignidade da pessoa humana aparece no art. 1º, III da Constituição brasileira, como princípio e, no art. 170, caput, como diretriz (“assegurar a todos existência digna”)¹⁵¹.

Mais adiante, ele explica que:

Afirma o art. 1 (1) da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha: “A dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”. [...] Por outro lado, o

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 61.

¹⁴⁹ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris Ltda, 2003, p. 60.

¹⁵⁰ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris Ltda, 2003, p. 87.

¹⁵¹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2006, p. 161.

art. 1º da Constituição de Portugal: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana...”¹⁵².

Segundo *Eros Grau* “Embora assumida como direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos”¹⁵³.

O fato é que, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição brasileira, estabelece no art. 170:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]

Na relação capital e trabalho, muitas vezes, acaba prevalecendo os princípios norteadores da ordem econômica, ficando para segundo plano o princípio da dignidade da pessoa humana. Muitas são as situações decorrentes das relações de emprego, em que o empregador, para proteger o seu patrimônio, ofende a dignidade da pessoa¹⁵⁴.

Por outro lado, para *André Ramos Tavares*:

¹⁵² Ibidem, p. 195.

¹⁵³ Ibidem, p. 196.

¹⁵⁴ TIPO: RECURSO ORDINÁRIO – TRT da 2ª Região. DATA DE JULGAMENTO: 12/06/2007 RELATOR (A): RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS REVISOR (A): SERGIO WINNIK ACÓRDÃO Nº: 20070461915 PROCESSO Nº: 01964-2005-441-02-00-5 ANO: 2006 TURMA: 4ª DATA DE PUBLICAÇÃO: 22/06/2007

EMENTA: TRANSPORTADORA DE VALORES. REVISTA ÍNTIMA. ATENTADO À DIGNIDADE DO EMPREGADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

Ainda que se trate de empresa de transporte de valores, a prática de revista íntima, mesmo realizada por pessoa do mesmo sexo, não pode ser convalidada porque agride a dignidade humana, fundamento da República (CF, 1º, III). O direito do empregador, de proteger seu patrimônio e o de terceiros, termina onde começa o direito à intimidade e dignidade do empregado. A sujeição do empregado a permanecer nu ou de cuecas, diante de colegas, retira legitimidade à conduta patronal, vez que incompatível com a dignidade da pessoa, com a valorização do trabalho humano e a função social da propriedade (Constituição Federal, art. 1º, III e IV, art. 5º, XIII, art. 170, caput e III). A Carta Magna veda todo e qualquer tratamento desumano e degradante (art. 5º, inciso III), e garante a todos a inviolabilidade da intimidade e da honra (art. 5º, inciso X), que são direitos indisponíveis e irrenunciáveis. A invasão da esfera reservada da personalidade humana extrapola os limites do poder de direção, disciplina e fiscalização dos serviços prestados. A revista não pode ser vista como regra ou condição contratual. Nem mesmo a autoridade policial está autorizada a procedê-la sem mandado. Sem autorização judicial, a revista inverte a ordem jurídica vigente no sentido de que ninguém é culpado senão mediante prova em contrário. Presumir a culpa dos empregados pelo fato de a empresa lidar com valores é consagrar odiosa discriminação contra os trabalhadores da categoria. Decisão que se reforma para deferir indenização por dano moral (art. 5º, V e X, CF).

No campo econômico, poder-se-á considerar que a dignidade de uma pessoa possa ser afastada para dar prevalência à dignidade de todo um conjunto de pessoas. Assim, se é dignidade manter o cargo de um determinado funcionário, também o será quanto a inúmeros outros empregados. A questão numérica poderá ser determinante quanto à necessidade de redução de empregos, dando-se preferência àquele cuja remuneração é extremamente elevada. Para manter inúmeros outros empregos, seria de perquirir sobre a diminuição de salário de um alto funcionário, apesar de em ambas as situações estar presente a dignidade¹⁵⁵.

15 - O Princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses

O princípio da proporcionalidade¹⁵⁶ não está previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, contudo deve ser reconhecido, pois é elemento intrínseco essencial de qualquer documento jurídico que vise instituir um Estado de Direito Democrático, o qual, por essência obrigatória, baseia-se na preservação de direitos fundamentais¹⁵⁷. O referido princípio deve ser utilizado pelo intérprete, toda vez que verificar a existência da colisão entre princípios constitucionais.

O princípio da proporcionalidade deve ser utilizado sempre, como medida de proteção e para garantir a aplicação da justiça, na sua plenitude. Por ser um princípio vivo, protege o cidadão contra excessos do Estado, e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial¹⁵⁸.

Daniel Sarmento esclarece que:

¹⁵⁵ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Editora Método. 2006. p. 133.

¹⁵⁶ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. Para Luiz Antônio Rizzatto Nunes, o princípio da personalidade se impõe como instrumento de resolução do aparente conflito de princípios.

¹⁵⁷ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

¹⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Malheiros Editores Ltda. 2008, p. 434.

A noção de que atos do Poder Público devem ser adequados e proporcionais em relação às situações a que visam atender é até intuitiva. Há muitas décadas, o grande publicista Walter Jellinek já captara bem esta idéia, ao proclamar, em expressiva metáfora, que não se deve usar canhões para matar pardais.

Na verdade, o princípio da proporcionalidade visa, em última análise, a contenção do arbítrio e a moderação do exercício de poder, em favor da proteção dos direitos do cidadão ¹⁵⁹.

O autor explica que o princípio da proporcionalidade, manejado com cautela é muito eficaz na proteção dos valores constitucionais:

Não obstante, quando manejado com cautela a parcimônia, o princípio da proporcionalidade revela-se em excepcional instrumento para a proteção dos valores constitucionais, sobretudo daqueles não positivados no texto fundamental. A fluidez e a imprecisão do princípio permitem que ele se preste à tutela de uma multiplicidade de interesses de estatura constitucional, reforçando o papel da jurisdição constitucional como garantia de uma ordem jurídica mais justa.

Dentre as múltiplas funções do princípio da proporcionalidade, destaca-se a de atuar como pauta procedimental da ponderação de interesses ¹⁶⁰.

Para *Daniel Sarmiento* “um limite que a doutrina impõe à ponderação de interesses é o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais”.¹⁶¹ O conteúdo dos direitos fundamentais deve ser preservado. O conteúdo mínimo destes direitos não pode ser amputado.

Sobre a natureza do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, existem duas orientações: a teoria absoluta preconiza que o conteúdo essencial deve ser delimitado abstratamente, não podendo seus “confins” serem ultrapassados em nenhuma hipótese.

Por outro lado, a teoria relativa sustenta, por sua vez, que o núcleo fundamental só pode ser delimitado à luz do caso concreto mediante a ponderação

¹⁵⁹ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris Ltda, 2003, p. 77.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 78 – 79.

¹⁶¹ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris Ltda, 2003, p. 111.

de interesses em jogo. Esta teoria conduz a proteção ao núcleo fundamental ao próprio princípio da proporcionalidade.

Observa-se que certas questões concretas podem afetar ao mesmo tempo o cerne de dois direitos fundamentais contrapostos, levando o juiz ao dilema de ter de optar por um deles em detrimento do outro.

Para casos desta espécie, a teoria absoluta cria uma situação insustentável para o julgador que, se não a flexibilizar, é forçado a não julgar, o que é proibido. Assim, a teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais é a mais correta, por ser a que mais se adapta à dinâmica do processo decisório das questões constitucionais mais complexas.

Para *Daniel Sarmento*,

Além disso, a ponderação deve sempre se orientar no sentido da proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a ordem constitucional vigente¹⁶²,

Complementarmente, *Alice Monteiro de Barros* acrescenta que o conteúdo do princípio da proporcionalidade é composto pelos itens:

- a) o equilíbrio a ser ponderado pelos tribunais, segundo o qual a sanção aplicada em face da infração praticada deverá ater-se ao objetivo político-normativo que envolve a norma violada;
- b) a aplicação do princípio em estudo pressupõe a idoneidade da medida sancionadora, ou seja, ela deverá ser adequada ao fim legítimo perseguido;
- c) ao lado da adequação, mister ainda que a medida seja necessária, isto é, deve-se provar que não existem outras medidas menos gravosas, sem se impor o sacrifício

¹⁶² Ibidem, p. 105.

dos direitos fundamentais ou o menor grau dos mesmos. Em síntese, a sanção deverá submeter-se a uma adequada e razoável proporção entre meio e fim ¹⁶³.

Como exemplo, cita a colisão que poderá ocorrer entre a liberdade individual do empregado e a saúde pública ou a segurança nacional e o princípio da proporcionalidade que poderá ser invocado para sancioná-la ¹⁶⁴. A autora dá outro exemplo de utilização do princípio da proporcionalidade que poderá ser utilizado para conciliar o direito à intimidade do empregado com o direito à propriedade assegurados, respectivamente, no artigo 5º, incisos X e XXIII, da Constituição brasileira. A colisão dos princípios apontados acima, se dá exatamente, nos casos em que o empregado é obrigado a submeter-se a revista íntima, tendo em vista o princípio protetor do direito da propriedade que garante e protege o patrimônio do empregador.

Para a autora,

A solução dos conflitos envolvendo os direitos fundamentais do empregado e do empregador passa pela ponderação das circunstâncias que envolvem o caso concreto e a sanção a ser aplicada deverá observar uma adequada proporção de meios e fins.

E, explica que:

A doutrina do princípio da proporcionalidade é fruto do direito público alemão, que repousa sobre a noção de poder. Ele vem sendo conceituado como técnica de redução e controle judicial da discricionariedade. O princípio da proporcionalidade é muito utilizado na Corte Constitucional Alemã para proteger o núcleo dos direitos fundamentais. Ele expandiu-se, posteriormente, para outros ramos do ordenamento jurídico, inclusive para o Direito do Trabalho que, modernamente, repousa sobre uma colaboração necessária a qual impõe aos co-contratantes o dever de não negligenciarem os interesses do outro ¹⁶⁵.

Havendo conflito entre as normas internacionais e as alusivas ao direito positivo interno dos países, prevalece, em matéria de direitos humanos, a regra mais favorável ao sujeito de direito, tendo em vista

¹⁶³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2008, p. 177 - 178.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 178.

¹⁶⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2008, p. 176.

que a sua finalidade última é a proteção da dignidade da pessoa humana¹⁶⁶.

A justiça deverá promover a dignidade do ser humano, impedindo abusos em todos os sentidos.

Relativamente, a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais e as relações de trabalho, no Brasil, foi aprovado por Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, dentre outros estudiosos, a Comissão I – Direitos fundamentais e as relações de trabalho, que dispõe:

Os direitos fundamentais devem ser interpretados e aplicados de maneira a preservar a integridade sistêmica da Constituição, a estabilizar as relações sociais e, acima de tudo, a oferecer a devida tutela ao titular do direito fundamental. No direito do trabalho, deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 616.

¹⁶⁷ A 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, ocorrida nos dias 21, 22 e 23 de novembro de 2007, na sede do TST, propiciou importantes debates sobre temas ligados à competência do Judiciário Trabalhista após a Emenda Constitucional n. 45 e foram aprovados 79 enunciados pelos Ministros do TST, magistrados, de outras Instâncias, procuradores, advogados e professores, dentre outros participantes.

Capítulo V

A aplicabilidade efetiva e a tutela do princípio constitucional da dignidade da pessoa nas relações de emprego

Com referência à questão da aplicabilidade dos princípios constitucionais, *Rizzatto Nunes* é categórico, e afirma: que o princípio constitucional da pessoa humana é um supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. Por essa razão, não pode ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas ¹⁶⁸.

Mais adiante, a respeito da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, Nunes recomenda: “[...] é preciso que se lute por sua implementação, e é dever de todos os operadores do Direito – diga-se novamente – implementá-la, torná-la eficaz” ¹⁶⁹.

Todavia, sobre a questão da aplicabilidade das normas constitucionais, em estudo das modalidades de eficácia jurídica dos preceitos constitucionais, bem como dos motivos que impõem a produção normativa infraconstitucional para viabilizar a aplicação da Constituição, *José Carlos Francisco* explica que:

A expressão “aplicabilidade” pode ser empregada em sentido jurídico ou em sentido social. Em sentido jurídico, aplicabilidade é conexas à eficácia jurídica, representando preceito normativo provido dos requisitos necessários para seu potencial emprego aos casos concretos (pressupondo validade e vigência), vale dizer, o momento no qual o preceito está apto para ser usado integralmente ou em parte. Aplicabilidade em sentido social corresponde à colocação da norma em contato com uma situação concreta (o que pressupõe

¹⁶⁸ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 50 - 51.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 53.

aplicabilidade jurídica). Já a efetividade corresponde ao cumprimento ou não dos objetivos desejados pelo preceito normativo¹⁷⁰.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana tem aplicação imediata, e deve ser acionado, toda vez que houver a violação deste princípio, mormente nas relações de emprego. Mais adiante, José Carlos Francisco, enfatiza:

A situação mais comum é o silêncio dos preceitos constitucionais quanto à aplicabilidade. Devemos partir da premissa de que os dispositivos normativos nascem para ter o máximo de eficácia e para produzir a plenitude de seus efeitos, de modo que normalmente esses preceitos terão aplicação imediata. Havendo lacunas, o ordenamento deve ser integrado, e, em caso de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, o preceito constitucional deve ser interpretado, mas não é possível negar a sua eficácia¹⁷¹.

A aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana deve ser observada constantemente. O empregador, no dia-a-dia das relações de emprego, não pode deixar de atentar para o referido princípio constitucional. Não pode e não deve ofender a dignidade das pessoas.

O fato é que, no cotidiano das relações de emprego, este princípio é quase sempre ignorado. Nestas condições cabe ao ofendido provocar a tutela judicial para a solução de eventuais conflitos. Por outro lado, atuando preventivamente é possível a combinação de cláusulas normativas, decorrentes dos acordos ou convenções coletivas, que procurem inibir a prática e posturas patronais que desrespeitam o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A propósito, vale registrar que a 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, no Brasil, ocorrida nos dias 21, 22 e 23 de novembro de 2007, na sede do TST, propiciou importantes debates sobre temas ligados à competência do Judiciário Trabalhista após a Emenda Constitucional n. 45.

¹⁷⁰ DICIONÁRIO BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Coordenador geral Dimitri Dimoulis. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 21.

¹⁷¹ Ibidem, p. 22.

Foram aprovados pelos Ministros do TST, Magistrados de outras Instâncias, procuradores, advogados e professores, dentre outros participantes, 79 enunciados.

Os enunciados que apresentam relação com os temas apresentados nesta dissertação são transcritos abaixo:

A Comissão I – Direitos fundamentais e as relações de trabalho foram aprovados da seguinte forma:

1. Direitos Fundamentais. Interpretação e Aplicação.

Os direitos fundamentais devem ser interpretados e aplicados de maneira a preservar a integridade sistêmica da Constituição, a estabilizar as relações sociais e, acima de tudo, a oferecer a devida tutela ao titular do direito fundamental. No Direito do Trabalho, deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana.

2. Direitos fundamentais – Força Normativa.

I – Art. 7º, inc. I, da Constituição da República. Eficácia plena. Força normativa da Constituição. Dimensão objetiva dos direitos fundamentais e dever de proteção.

A omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantindo aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária.

II – Dispensa Abusiva do Empregado. Vedação Constitucional. Nulidade.

Ainda que o empregado não seja estável, deve ser declarada abusiva e, portanto, nula a sua dispensa quando implique a violação de algum direito fundamental, devendo ser assegurada prioritariamente a reintegração do trabalhador.

III – Lesão a Direitos Fundamentais. Ônus da prova.

Quando há alegação de que ato ou prática empresarial disfarça uma conduta lesiva a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais, incumbe ao empregador o ônus de provar que agiu sob motivação lícita.

3. Fontes do Direito – Normas Internacionais.

I – Fontes do direito do trabalho. Direito comparado. Convenções da OIT não ratificadas pelo Brasil.

O Direito Comparado, segundo o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, é fonte subsidiária do Direito do Trabalho. Assim, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho não ratificadas pelo Brasil podem ser aplicadas como fontes do direito do trabalho, caso não haja norma de direito interno pátrio regulando a matéria.

II – Fontes do direito do trabalho. Direito comparado. Convenções e recomendações da OIT.

O uso das normas internacionais, emanadas da Organização Internacional do Trabalho, constitui-se em importante ferramenta de efetivação do Direito Social e não se restringe à aplicação direta das Convenções ratificadas pelo país. As demais normas da OIT, como as Convenções não ratificadas e as recomendações, assim como os relatórios dos seus peritos, devem servir como fonte de interpretação da lei nacional e como referência a reforçar decisões judiciais baseadas na legislação doméstica.

4. Imagem do trabalhador. Utilização pelo empregador. Limites.

São vedadas ao empregador, sem autorização judicial, a conservação de gravação, a exibição e a divulgação, para seu uso privado, de imagens dos trabalhadores antes, no curso ou logo após a sua jornada de trabalho, por violação ao direito de imagem e à preservação das expressões da personalidade, garantidos pelo art. 5º, V, da Constituição. A formação do contrato de emprego, por si só, não importa em cessão do direito de imagem e da divulgação fora de seu objeto da expressão da personalidade do trabalhador, nem o só pagamento do salário e demais títulos trabalhistas os remunera.

16 - Negociação Coletiva – O acordo e a Convenção Coletiva de Trabalho

Negociação coletiva, para *Octavio Bueno Magano*, traduz entendimento direto entre as partes ¹⁷².

Da mesma forma, *Alice Monteiro de Barros* complementa a explicação da seguinte maneira:

A Constituição vigente, no inciso VI do art. 8º, considera obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas; embora tivesse dado destaque à negociação coletiva, manteve a competência normativa dos tribunais trabalhistas para a solução dos conflitos coletivos, por meio do processo ¹⁷³.

Do referido dispositivo constitucional, se depreende que é possível, empregadores e empregados, devidamente representados por seus sindicatos, firmarem cláusulas de acordo ou convenções coletivas, que privilegiem o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana nas relações de emprego.

¹⁷² MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr. 1988, p. 185.

¹⁷³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2008, p. 1242.

A criação de cláusulas, que poderiam ser chamadas de cláusulas humanas, fundamentadas no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, seria fundamental para a solução de conflitos coletivos. As partes envolvidas em eventuais conflitos poderiam encontrar as suas inspirações nas convenções internacionais, tratados e até mesmo na legislação estrangeira.

Na Itália, por exemplo, a Lei n. 300, de 20 de maio de 1970, que dispõe sobre a tutela da liberdade e dignidade dos trabalhadores, da liberdade sindical e da atividade sindical nos locais de trabalho e normas sobre colocação ¹⁷⁴, garante aos trabalhadores italianos, a liberdade de opinião nos próprios locais de trabalho, sem distinção de opinião política, sindical e religiosa.

O referido estatuto prevê, ainda, que os empregadores podem contratar guardas juradas, somente para fins de tutela patrimonial. Sobre o pessoal de vigilância das atividades trabalhistas, dispõe o estatuto que os empregados podem ter acesso aos nomes e funções específicas do pessoal de vigilância. Além disso, o documento proíbe o uso de instalações audiovisuais e de outros aparelhos com a finalidade de controlar, à distância, as atividades dos trabalhadores.

Sendo assim, as inspeções pessoais de controle são proibidas, salvo nos casos em que são indispensáveis para fins de tutela do patrimônio empresarial, contudo as relativas modalidades devem ser acordadas entre empregador e representação de empregados ou comissão interna.

Com relação à aplicação de sanções disciplinares, os trabalhadores devem tomar conhecimento das normas disciplinares relativas às sanções aplicáveis às infrações, bem como os procedimentos de contestação, mediante a afixação em lugares acessíveis a todos. O empregador não pode adotar nenhuma medida disciplinar contra o trabalhador, sem notificá-lo com antecedência e sem ter escutado a sua defesa.

¹⁷⁴ O Estatuto dos trabalhadores italianos foi publicado na Gazzeta Ufficiale n. 131 de 27 de maio de 1970 (N.A)

Existem também muitas outras disposições firmadas no Estatuto dos Direitos dos trabalhadores italianos, como seguem:

O empregador não pode efetuar pesquisas sobre as opiniões políticas, religiosas ou sindicais dos trabalhadores; tutela da saúde e da integridade física do trabalhador. Estudantes que deverão prestar exames têm o direito de usufruir da licença diária remunerada. Aos trabalhadores é permitido participar da gestão das atividades culturais, recreativas e assistenciais, promovidas na empresa. A liberdade sindical e o exercício de atividades sindicais no interior dos locais de trabalho, também são permitidos.

Neste sentido, *Segadas Viana* afirma:

A convenção coletiva como fonte do Direito do Trabalho. Se o Direito do Trabalho tem sido criado e aprimorado por via legislativa, em grande número de países, tem acontecido também que as decisões legislativas decorreram, em certos casos, da pressão dos acontecimentos, e não pode ser contestado, entretanto, que nas nações onde existe uma democracia plena, com liberdade de associação e de manifestação, o desenvolvimento do Direito do Trabalho se obteve através da negociação coletiva ¹⁷⁵.

Logo depois, o autor salienta:

E, na realidade, através da convenção coletiva se encontram fórmulas para ajustar pontos de controvérsia, talvez a princípio abrangendo grupos mais reduzidos para, gradativamente, outros grupos adotarem o que se comprovou ser útil, com a aplicação dos pactos coletivos, e assim, forma-se um caudal de pensamento, de vontades, que levará o legislador a concretizá-lo em leis gerais ¹⁷⁶.

E essa importância da convenção coletiva como fonte do Direito do Trabalho e como força criadora se compreende porque as relações entre o trabalho e o capital apresentam uma constante mutabilidade, que seria quase impossível acompanhar e regular através de atos legislativos ¹⁷⁷.

¹⁷⁵ SUSSEKIND, Arnaldo; MARAHÃO, Délio; VIANA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 11..ed. São Paulo: Ltr, 1991, p. 1043.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 1043.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 1043.

17 - Ação Cautelar com pedido de liminar, como instrumento de defesa nas hipóteses de ameaça ou lesão, a direitos da personalidade

A consagração dos direitos da personalidade se deu pela Constituição brasileira de 1988, que, no art. 5º, X, estabelece:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Com a propositura de eventual medida cautelar, objetiva-se assegurar ao empregado, ameaçado ou que vier a sofrer lesão, nos seus respectivos direitos da personalidade, por atos praticados por seus empregadores ou prepostos, medida cautelar, com pedido liminar, para poder exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Concomitantemente, em relação à proteção dos direitos da personalidade, *Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho* explicam que:

Em linhas gerais, a proteção dos direitos da personalidade poderá ser:

a) preventiva – principalmente por meio do ajuizamento de ação cautelar, ou ordinária com multa cominatória, objetivando evitar a concretização da ameaça de lesão ao direito da personalidade;

b) repressiva – por meio de imposição de sanção civil (pagamento de indenização) ou penal (persecução criminal) em caso de a lesão já haver efetivado ¹⁷⁸ (art. 12 do Código Civil brasileiro).

¹⁷⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. V. I: parte geral. 8. ed. rev, atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 176 - 177.

Fabrizio Zamprogna Matiello, a respeito do conteúdo econômico dos direitos da personalidade, esclarece:

Hoje coexistem harmonicamente os direitos economicamente avaliáveis e aqueles que resultam da personalidade, que não possuem valor pecuniário, mas cuja afronta pode levar à estimativa de um montante reparatório capaz de minimizar os efeitos da agressão sofrida pelo titular. O fato de não terem conteúdo econômico imediato não faz com que os direitos da personalidade sejam menos relevantes do que os de natureza genuinamente financeira. Ao contrário, a atual visão humanitária do direito confere àquelas prerrogativas singular inserção no mundo jurídico, munindo o titular de considerável arcabouço defensivo para as hipóteses de lesão.

Assim, os empregados que se sentirem ameaçados nos seus direitos da personalidade poderão propor ações específicas, objetivando a paralisação das ameaças, com pedido de antecipação de tutela ou através de pedido liminar em ação cautelar. Igualmente, nas hipóteses de lesões já consumadas, admite-se a propositura de ação ordinária, reclamando a reparação dos danos causados, tanto de natureza material, como moral ¹⁷⁹.

18 - A tutela antecipada, com pedido de liminar – Aplicação dos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil brasileiro

Nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 461 do Código de Processo Civil), o Juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou se procedente, o pedido determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (redação dada pela Lei nº. 8.952, de 13/12/1994).

Estas medidas anunciadas são deveras importantes para os empregados, ameaçados ou lesados na sua dignidade, por atos praticados por seus empregadores ou prepostos. Independentemente do pedido de rescisão indireta, do contrato individual de trabalho, (art. 483, da Consolidação das Leis do Trabalho), muitas vezes cumulados com pedido de indenização. Pode-se, por opção, alvitrar

¹⁷⁹ MATIELLO, Fabrizio Zamprogna. *Curso de direito civil*. V. 1: parte geral. São Paulo: Ltr, 2008, p. 91 - 92.

ações trabalhistas, com base nos artigos 273 ou 461 do Código de processo civil brasileiro.

Jorge Pinheiro Castelo, explica:

Fora do *jus variandi* normal ou excepcional, as alterações contratuais incidem em cláusulas essenciais do contrato de trabalho, facultando ao empregado o exercício do *jus resistentiae*.

Jus resistentiae – Chama-se assim a resistência do trabalhador a certas ordens do empregador. Justifica-se tal procedimento toda vez que a ordem seja claramente ilegal e atentatória à dignidade do primeiro.

A proteção contra alterações contratuais ilegais tem maior realce quando a mudança tocar na esfera dos direitos da personalidade do empregado, ou direitos patrimoniais com função não patrimonial.

Jorge Pinheiro Castelo enumera alguns exemplos ou situações decorrentes da relação de emprego, aos quais é perfeitamente pertinente o pedido de tutela antecipada do *jus resistentiae*, como por exemplo: situações em que o empregador deixa o empregado sem prestar serviços, na ociosidade; que determina o rebaixamento funcional unilateral; que deixa de fazer constar o nome do empregado como autor da invenção ou produto; empregador que continua utilizando ilegalmente o nome e imagem do empregado no produto que não mais foi fabricado sob sua responsabilidade técnica. Também são exemplos de pedido de tutela antecipada, situações, em que o empregador pratica a alteração unilateral de turno de trabalho, determina o trabalho em condições insalubres ou perigosas, posto que tais determinações unilaterais violam direitos da personalidade do empregado ¹⁸⁰.

¹⁸⁰ CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada no processo do trabalho*. v. 2. São Paulo: Ltr, 1999, p. 151 e 152.

19 - O Ministério Público do Trabalho – A ação civil pública e a preservação da dignidade da pessoa

De acordo com *Carlos Henrique Bezerra Leite*:

A Jurisdição trabalhista metaindividual busca, assim, com base em tais princípios, efetivar um outro princípio constitucional: a igualdade substancial, real, entre os cidadãos-trabalhadores. O trabalhador sozinho apresenta-se bastante vulnerável para exercer o direito constitucional de acesso ao Judiciário, máxime se levarmos em conta que a Justiça do Trabalho e, no plano real, a “Justiça dos Desempregados”, pois a regra geral é a de que o trabalhador, durante a vigência do contrato de trabalho, tem fundado receio de perder o emprego. É a chamada paralisia temporária de demandar. Daí a importância da implementação da jurisdição trabalhista metaindividual, que permite o acesso igualitário dos trabalhadores por meio de instituições ou associações que tem o papel de defender e proteger os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e sem o temor de figurarem na relação jurídica processual¹⁸¹ (art. 83, inciso III, da LC n. 75/93).

Sobre a importância do Ministério Público do Trabalho, como órgão do Estado, de natureza constitucional, a serviço da sociedade e do interesse público, o autor mencionado anteriormente, explica:

O Ministério Público do Trabalho, quando necessário, pode limitar o poder de comando do empregador, quando este ofende a liberdade de pensamento do empregado, proibindo-o de expor suas opiniões ideológicas, ou em situações nas quais o empregador desrespeite a dignidade do trabalhador, obrigando-o, por exemplo, à vistoria pessoal/corporal aviltante e humilhante¹⁸². A vistoria, quando existente interesse relevante que justifique, deverá, observados os incisos II e X, do artigo 5º da Constituição da República, salvaguardar a dignidade e a privacidade do trabalhador, bem como a aplicação de sistema idêntico e uniforme de vistoria a todo o grupo de empregados¹⁸³.

¹⁸¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática: ação civil pública, ação anulatória, inquérito civil*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 197.

¹⁸² Recurso Ordinário nº 20.492/01- TRT 1ª Região reverteu a decisão de origem – Ação civil pública, proposta pelo Ministério Público do Trabalho. Revista Íntima.

¹⁸³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2008, p. 183.

A propósito sobre o tema “revista de empregado”, o Enunciado 15, aprovado na 1ª jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, considera ilegal “toda e qualquer revista, íntima ou não promovida pelo empregador”¹⁸⁴.

O referido Enunciado dispõe nos seguintes termos:

I – Revista – Ilicitude. Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais da dignidade e intimidade do trabalhador.

II- Revista íntima – vedação a ambos os sexos. A norma do art. 373 - A, inciso VI, da CLT, que veda revistas íntimas nas empregadas, também se aplica aos homens em face da igualdade entre os sexos inscrita no art. 5º, inciso I, da Constituição da República.

Carlos Henrique Bezerra Leite, sobre o sistema de acesso dos trabalhadores à Justiça do Trabalho (jurisdição trabalhista metaindividual), explica:

O sistema integrado (CF, LOMPU, LACP e CDC) de acesso coletivo dos trabalhadores à Justiça do Trabalho, que é o único, dada a inexistência de legislação específica em matéria laboral, capaz de propiciar a adequada e efetiva tutela, via ação civil pública trabalhista, de qualquer interesse ou direito metaindividual dos trabalhadores¹⁸⁵.

Para o mesmo autor:

Os direitos ou interesses metaindividuais têm por destinatários não apenas o homem singularmente considerado, mas o próprio gênero humano. Compreendem, por isso, num sentido mais amplo, os direitos de fraternidade, é dizer, o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente sadio, o direito ao patrimônio comum da humanidade, o direito à comunicação, e, num sentido restrito, os direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 183.

¹⁸⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2008, p. 1199.

Conclusão

Esta dissertação objetivou estudar a aplicação efetiva do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana nas relações de emprego. Do referido estudo o que se depreende é que o empregador, muitas vezes, exagera, no exercício do seu poder de comando, e vai além dos limites, não respeita a dignidade da pessoa. Por essa razão, pode-se concluir que é necessário, não apenas recorrer à justiça, para que o cidadão tenha seus direitos obedecidos ao assumir a condição de empregado, mas que haja, também, uma reflexão sobre como e se a solução do problema é plenamente alcançada perante a lei.

Muitos empregados sofrem constrangimentos no exercício das suas funções, por conta do exercício dos poderes de comando dos seus empregadores ou prepostos ¹⁸⁶. O empregado, por sua vez, freqüentemente não reclama, não resiste, porque tem medo de perder o seu emprego, tem medo de sofrer represálias. A legislação trabalhista oferece pouco apoio aos trabalhadores, quando os empregadores praticam exageros ao desempenharem suas funções de comando de forma exagerada. Deste modo, ao empregado que se sente ofendido e humilhado, resta o pedido de rescisão indireta, cumulado com o pedido de eventual indenização pelo dano moral. Ocorre que o referido pedido não resolve o problema imediato do empregado, pois o que ele pretende é manter-se no emprego e ser reconhecido e tratado como ser humano e não como coisa ou mercadoria. A rescisão indireta não resolve o problema, pois o que os empregados querem é trabalhar tranqüilamente, sem constrangimentos.

¹⁸⁶ TIPO: RECURSO ORDINÁRIO – TRT da 2ª Região - DATA DE JULGAMENTO: 28/06/2007 RELATOR (A): LUIZ CARLOS NORBERTO REVISOR (A): LIZETE BELIDO BARRETO ROCHA PROCESSO Nº: 02521-1999-039-02-00-3 ANO: 2005 TURMA: 1ª DATA DE PUBLICAÇÃO: 31/07/2007 EMENTA: "Dano moral. Condução coercitiva. Cárcere privado. Coação. Indenização. Devida. O empregador que submete empregado à condução coercitiva, cárcere privado e atos de coação, com a finalidade de obter confissão de ilícito penal e a configuração de justa causa ou de falso pedido de demissão, excede os poderes de direção do contrato de trabalho, devendo reparar ofensa ao patrimônio moral do trabalhador."

As demandas versando sobre danos morais, praticados por empregadores ou prepostos contra empregados, aumentam a cada dia. As violações da privacidade, as revistas abusivas¹⁸⁷, o assédio sexual no trabalho, escutas telefônicas, devassa de informações personalíssimas que atingem a dignidade do indivíduo, a vigia por monitoramento eletrônico injustificada ou violando a intimidade da pessoa, são freqüentes¹⁸⁸.

Assim, os empregados ofendidos ou humilhados, com fundamento no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, devem lutar pela aplicação efetiva do referido princípio, propondo a criação de cláusulas humanas, por ocasião das negociações coletivas da categoria. No judiciário, devem propor ações cautelares ou pleiteando tutelas antecipadas, com o objetivo de se manterem nos seus empregos e ao mesmo tempo, resgatarem a dignidade.

Os cidadãos devem lutar pela garantia do trabalho decente, inspirados numa política de promoção de direitos humanos fundamentais, previstos na Constituição brasileira de 1988.¹⁸⁹ A expressão trabalho decente,¹⁹⁰ como definido pela OIT, aquele suficiente em qualidade e quantidade. O trabalho decente que está caracterizado, numa primeira formulação, pelos seguintes elementos: a) trabalho

¹⁸⁷ TIPO: RECURSO ORDINÁRIO – TRT da 2ª Região - DATA DE JULGAMENTO: 22/05/2007 RELATOR (A): RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS REVISOR (A): SERGIO WINNIK PROCESSO Nº: 02023-2005-047-02-00-4 ANO: 2006 - TURMA: 4ª DATA DE PUBLICAÇÃO: 01/06/2007 EMENTA: COMÉRCIO DE JÓIAS. REVISTA COM DETECTOR MANUAL DE METAIS. ATENTADO À DIGNIDADE DA TRABALHADORA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Ainda que se trate de empresa que atua no comércio de jóias, a prática diária de revista realizada de forma constrangedora, passando o detector de metais inclusive entre as pernas das empregadas, mesmo realizada por pessoa do mesmo sexo, o que, in casu, nem sempre ocorria, não pode ser convalidada porque agride a dignidade humana, fundamento da República (CF, 1º, III). O direito do empregador, de proteger seu patrimônio e o de terceiros termina onde começa o direito à intimidade e dignidade da empregada. A conduta patronal é incompatível com a dignidade da pessoa humana, com a valorização do trabalho e a função social da propriedade, asseguradas pela Constituição Federal (art. 1º, III e IV, art.5º, XIII, art. 170, caput e III) e ainda, porque a Carta Magna veda todo e qualquer tratamento desumano e degradante (art. 5º, inciso III), e garante a todos a inviolabilidade da intimidade e da honra (art. 5º, inciso X). Tratando-se de direitos indisponíveis, não se admite sua renúncia e tampouco, a invasão da esfera reservada da personalidade humana com a imposição de condições vexaminosas que extrapolam os limites do poder de direção, disciplina e fiscalização dos serviços prestados. A revista íntima não pode ser vista como regra ou condição contratual, pois nem mesmo a autoridade policial está autorizada a proceder dessa forma. Decisão que se reforma para deferir indenização por dano moral (art. 5º, V e X, CF).

¹⁸⁸ BELTRAM, Ari Possidonio. *Direito do Trabalho e direitos fundamentais*. São Paulo: Ltr, 2002, p. 230.

¹⁸⁹ COLEÇÃO PEDRO VIDAL NETO: *Curso de Direito do Trabalho*. V. 1. Teoria Geral do Direito do Trabalho. Organizador: Marcus Orione Gonçalves Correa. São Paulo: Editora Ltr, p. 152

¹⁹⁰ BELTRAM, Ari Possidonio. *Direito do Trabalho e direitos fundamentais*. São Paulo: Ltr, 2002, p. 232.

produtivo; b) com proteção dos direitos; c) com salários adequados; d) com proteção social; e, por fim, e) o tripartismo e o diálogo social como quinto caráter essencial¹⁹¹.

Para a OIT, o trabalho decente é uma condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável.

O relatório elaborado pelas representações no Brasil da Cepal, da OIT e do PNUD – Emprego, Desenvolvimento Humano e Trabalho Decente: A Experiência Brasileira Recente – Setembro de 2008, assim dispõe sobre o trabalho decente:

O acesso a um trabalho decente permite às pessoas obter certo número de bens e serviços, por meio dos seus rendimentos. Ao mesmo tempo, oferece a oportunidade de prover um serviço produtivo à sociedade e expandir habilidades e talentos.

Posteriormente aponta que:

Todas as oportunidades que constituem o desenvolvimento humano são importantes – liberdade para ir e vir e liberdade de expressão, oportunidade de acesso a serviços básicos de educação e saúde, oportunidade de acesso a moradia digna, com água potável e saneamento, entre outras. Porém, só o acesso ao trabalho decente pode converter o crescimento econômico em desenvolvimento humano.

O relatório – Cepal, PNUD e OIT, mostra que o mercado de trabalho no Brasil, entre o início de 1990 e 2006, caracterizou-se pela heterogeneidade e por um elevado déficit de trabalho decente, que se revela sobretudo em quatro principais traços:

- a) elevadas taxas de desemprego e de informalidade, que resultam em baixo grau de proteção social e inserção inadequada dos trabalhadores;
- b) expressiva parcela de mão-de-obra sujeita a baixos níveis de rendimento e produtividade;
- c) alta rotatividade no emprego;

¹⁹¹ Ibidem, p. 232.

d) alto grau de desigualdade entre diferentes grupos, refletindo um nível significativo de discriminação, sobretudo em relação às mulheres e à população negra.

Sobre crescimento econômico e desenvolvimento humano, o PNUD enfatiza dois pontos básicos:

o objetivo maior do desenvolvimento é o bem - estar social, com ênfase nos direitos humanos, nas liberdades e na participação política; o crescimento econômico não é um fim em si mesmo, mas um meio para atingir esse objetivo ¹⁹².

Portanto, a presente dissertação, que por meio das leituras mencionadas, dos exemplos citados e das leis devidamente ponderadas, conclui ser imprescindível repensar e rediscutir os meios legais que amparam o trabalhador. Este, nas circunstâncias em que, ao assumir a condição de empregado, diante da cruel competitividade do mercado de trabalho, da falta de opções profissionais que lhe garantam uma posição social digna e do receio ou medo de perder a ocupação que exerce, é submetido, muitas vezes sem chance de escolha, a situações que anulam os direitos mais básicos da pessoa humana.

¹⁹² Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL 2008 – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD 2008 – Organização Internacional do Trabalho – OIT 2008
Emprego, desenvolvimento humano e trabalho decente: a experiência brasileira recente.
Brasília: CEPAL/PNUD/OIT, 2008. CDU 331.

Referências

A CONTEMPORANEIDADE dos Direitos Fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 4, p. 228, jul. / dez. 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos princípios constitucionais: o Princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revovar, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2008.

BELTRAM, Ari Possidonio. *Direito do Trabalho e direitos fundamentais*. São Paulo: Ltr, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1998*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. São Paulo: Edições Almedina. 2006.

CASTELO, Jorge Pinheiro. Globalização da economia. *O Direito Material e Processual do Trabalho e a Pós – Modernidade. A CLT, o CDC e as repercussões do Novo Código Civil*. São Paulo: LTr, 2003, p. 58.

_____. *Tutela antecipada no processo do trabalho*. v. 2. São Paulo: Ltr, 1999.

_____. “Dano Moral Trabalhista – configuração própria e autônoma, competência da Justiça do Trabalho, ações individuais para a tutela de direitos morais laborais tradicionais, novas e ações civis públicas”, *Temas atuais de Direito do Trabalho, Revista do Advogado*, AASP, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 54/97, dezembro de 1998, p. 93.

COLEÇÃO PEDRO VIDAL NETO: *Curso de Direito do Trabalho*. V. 1. Teoria Geral do Direito do Trabalho. Organizador: Marcus Orione Gonçalves Correa. São Paulo: Editora Ltr.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE – CEPAL 2008 – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD 2008 – Organização Internacional do Trabalho – OIT 2008. *Emprego, desenvolvimento humano e trabalho decente: a experiência brasileira recente*. Brasília: CEPAL/PNUD/OIT, 2008. CDU 331.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Brasília, 1998.

Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>.

Acesso em: 20 Mar. 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DICIONÁRIO BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Coordenador geral Dimitri Dimoulis. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. V. I: parte geral. 8. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2006.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. São Paulo: Ltr, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2008.

LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe – Estudos sobre a dialética marxista*. Trad. R. Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 598 p.

_____. *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática: ação civil pública, ação anulatória, inquérito civil*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2006.

MAGANO, Octávio Bueno. *Do Poder Diretivo na Empresa*. São Paulo: Ed. Saraiva: 1982.

_____. *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr. 1988.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2007.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Curso de direito civil*. V. 1: parte geral. São Paulo: Ltr, 2008.

MIRANDOLLA, Giovanni Pico Della. *Oratio de Hominis Dignitate*. Tradução: Maria de Lurdes Sirgano Ganho e Luís Loia. Lisboa: Edições 70, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 32. ed. São Paulo: LTr, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e o princípio da dignidade humana. *Revista do advogado*. São Paulo. Ano XXIII, n. 70, p. 39, jul. 2003.

REVISTA Ltr. ano 72, n. 05, maio de 2008.

RIBAR, Geórgia. Emprego, desenvolvimento humano e trabalho decente: experiência brasileira recente. *Revista Ltr*. 70-09/1094. Brasília: CEPAL/PNUD/OIT. Projeto CEPAL/PENUD/OIT, 2008, p. 11.

ROMITA, Arion Sayon. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. Prefácio de Alberto Venâncio Filho. São Paulo: Ltr, 2005.

_____. *O poder disciplinar do empregador*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 13. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990.

SALADINI, Ana Paula Serafin. Trabalho, Medo e Sofrimento: Considerações acerca do assédio Moral. *Revista Ltr.* 71-08 / 965. São Paulo: Ltr Editora Ltda, p. 71-08/965 a 71-08/971.

SANTOS, Enoque Ribeiro. Limites ao Poder Disciplinar do Empregador – A tese do Poder Disciplinar Compartilhado. *Revista Ltr.* São Paulo: LTr. Editora Ltda. Ano 72, p. 72-055/46, n. 05 de maio de 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris Ltda, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARAHÃO, Délio; VIANA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Ltr, 1991.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Editora Método. 2006.

VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: Ltr, 1996.

Anexos

RECURSO ORDINÁRIO nº 20.492/01- TRT 1ª Região reverteu a decisão de origem – Ação civil pública, proposta pelo Ministério Público do Trabalho. Revista íntima.

I – Revista – Ilicitude. Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais da dignidade e intimidade do trabalhador.

TIPO: RECURSO ORDINÁRIO – TRT da 2ª Região. DATA DE JULGAMENTO: 12/06/2007 RELATOR (A): RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS REVISOR (A): SERGIO WINNIK ACÓRDÃO Nº: 20070461915 PROCESSO Nº: 01964-2005-441-02-00-5 ANO: 2006 TURMA: 4ª DATA DE PUBLICAÇÃO: 22/06/2007 EMENTA: TRANSPORTADORA DE VALORES. REVISTA ÍNTIMA. ATENTADO À DIGNIDADE DO EMPREGADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

Ainda que se trate de empresa de transporte de valores, a prática de revista íntima, mesmo realizada por pessoa do mesmo sexo, não pode ser convalidada porque agride a dignidade humana, fundamento da República (CF, 1º, III). O direito do empregador, de proteger seu patrimônio e o de terceiros, termina onde começa o direito à intimidade e dignidade do empregado. A sujeição do empregado a permanecer nu ou de cuecas, diante de colegas, retira legitimidade à conduta patronal, vez que incompatível com a dignidade da pessoa, com a valorização do trabalho humano e a função social da propriedade (Constituição Federal, art. 1º, III e IV, art.5º, XIII, art. 170, caput e III). A Carta Magna veda todo e qualquer tratamento desumano e degradante (art. 5º, inciso III), e garante a todos a inviolabilidade da intimidade e da honra (art. 5º, inciso X), que são direitos indisponíveis e irrenunciáveis. A invasão da esfera reservada da personalidade humana extrapola os limites do poder de direção, disciplina e fiscalização dos serviços prestados. A revista não pode ser vista como regra ou condição contratual. Nem mesmo a autoridade policial está autorizada a procedê-la sem mandado. Sem autorização judicial, a revista inverte a ordem jurídica vigente no sentido de que ninguém é culpado senão mediante prova em contrário. Presumir a culpa dos empregados pelo fato de a empresa lidar com valores é consagrar odiosa discriminação contra os trabalhadores da categoria. Decisão que se reforma para deferir indenização por dano moral (art. 5º, V e X, CF).

TIPO: RECURSO ORDINÁRIO – TRT da 2ª Região - DATA DE JULGAMENTO: 28/06/2007 RELATOR (A): LUIZ CARLOS NORBERTO REVISOR (A): LIZETE BELIDO BARRETO ROCHA PROCESSO Nº: 02521-1999-039-02-00-3 ANO: 2005 TURMA: 1ª DATA DE PUBLICAÇÃO: 31/07/2007 EMENTA:"Dano moral. Condução coercitiva. Cárcere privado. Coação. Indenização. Devida. O empregador que submete empregado à condução coercitiva, cárcere privado e atos de coação, com a

finalidade de obter confissão de ilícito penal e a configuração de justa causa ou de falso pedido de demissão, excede os poderes de direção do contrato de trabalho, devendo reparar ofensa ao patrimônio moral do trabalhador."

TIPO: RECURSO ORDINÁRIO – TRT da 2ª Região - DATA DE JULGAMENTO: 22/05/2007 RELATOR (A): RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS REVISOR (A): SERGIO WINNIK PROCESSO Nº: 02023-2005-047-02-00-4 ANO: 2006 - TURMA: 4ª DATA DE PUBLICAÇÃO: 01/06/2007 EMENTA: COMÉRCIO DE JÓIAS. REVISTA COM DETECTOR MANUAL DE METAIS. ATENTADO À DIGNIDADE DA TRABALHADORA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Ainda que se trate de empresa que atua no comércio de jóias, a prática diária de revista realizada de forma constrangedora, passando o detector de metais inclusive entre as pernas das empregadas, mesmo realizada por pessoa do mesmo sexo, o que, in casu, nem sempre ocorria, não pode ser convalidada porque agride a dignidade humana, fundamento da República (CF, 1º, III). O direito do empregador, de proteger seu patrimônio e o de terceiros termina onde começa o direito à intimidade e dignidade da empregada. A conduta patronal é incompatível com a dignidade da pessoa humana, com a valorização do trabalho e a função social da propriedade, asseguradas pela Constituição Federal (art. 1º, III e IV, art.5º, XIII, art. 170, caput e III) e ainda, porque a Carta Magna veda todo e qualquer tratamento desumano e degradante (art. 5º, inciso III), e garante a todos a inviolabilidade da intimidade e da honra (art. 5º, inciso X). Tratando-se de direitos indisponíveis, não se admite sua renúncia e tampouco, a invasão da esfera reservada da personalidade humana com a imposição de condições vexaminosas que extrapolam os limites do poder de direção, disciplina e fiscalização dos serviços prestados. A revista íntima não pode ser vista como regra ou condição contratual, pois nem mesmo a autoridade policial está autorizada a proceder dessa forma. Decisão que se reforma para deferir indenização por dano moral (art. 5º, V e X, CF).

CIT 182