

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Eduardo Simões Neto

**DANO MORAL: (im)possibilidade de utilização dos critérios socioeconômicos do
trabalhador-vítima para fixação do valor da compensação pecuniária**

Belo Horizonte
2013

Eduardo Simões Neto

**DANO MORAL: (im)possibilidade de utilização dos critérios socioeconômicos do
trabalhador-vítima para fixação do valor da compensação pecuniária**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Privado (linha Direito do Trabalho).

Orientadora: Prof^a. Dra. Maria Cecília Máximo Teodoro

Belo Horizonte

2013

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S593d Simões Neto, Eduardo
Dano moral: (im)possibilidade de utilização dos critérios socioeconômicos do trabalhador-vítima para fixação do valor da compensação pecuniária / Eduardo Simões Neto. Belo Horizonte, 2013.
167f.

Orientadora: Maria Cecília Máximo Teodoro
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Dano moral. 2. Trabalho. 3. Dignidade. I. Teodoro, Maria Cecília Máximo. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.426

Eduardo Simões Neto

DANO MORAL: (im)possibilidade de utilização dos critérios socioeconômicos do trabalhador-vítima para fixação do valor da compensação pecuniária

Dissertação apresentada ao programa de Pós- Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Privado (linha Direito do Trabalho).

Profa. Dra. Maria Cecília Máximo Teodoro (Orientadora) - PUC Minas

Prof. Dr. Jorge Luiz Souto Maior - USP

Prof. Dr. Marcio Túlio Viana - PUC Minas

Prof. Dr. Luiz Otavio Linhares Renault (suplente)- PUC Minas

Belo Horizonte, 26 Março de 2013.

A meus pais,
meus irmãos e
meus sobrinhos.

AGRADECIMENTOS

A toda a minha família.

Aos meus pais, João e Maibi, pelo melhor exemplo que um filho pode ter.

Aos meus irmãos, Adriana e Bruno, pela amizade.

Aos meus sobrinhos, Victor e Laura, pela constante alegria.

À minha orientadora, Professora Maria Cecília Máximo Teodoro, pela sua preciosa participação na confecção do presente trabalho e pelas importantes parcerias que mantivemos ao longo dos últimos dois anos, organizando Congressos, editando a Revista do Programa de Pós-Graduação da PUC/MG e escrevendo artigos.

Aos Professores do programa de Pós-Graduação da PUC MG por demonstrarem que o conhecimento e o sucesso profissional são compatíveis com a humildade e a disponibilidade.

Aos funcionários da secretaria do programa de Pós-Graduação da PUC MG pela diversão nas incontáveis horas de convívio.

Aos colegas de curso, pelo incentivo e diversão.

Aos meus amigos Tomaz F. A. Pinto, Olívia F. A. Pinto, Lucas Diz Simões, André L. A. Pinto, Priscila F. A. Pinto, Daniel A. Pinto, Francisco A. Ramos, Fernando A. Ramos, Ana Vidal Simões, Igor Ascarelli, Roberto Denis e Rodrigo Cândido Rodrigues.

E aos meus alunos dos cursos de graduação.

RESUMO

O trabalhador mal remunerado possui hipossuficiência superior ao do trabalhador bem remunerado, necessitando de maior proteção. A utilização das condições socioeconômicas da vítima para fins de fixação do valor da compensação pecuniária por dano moral inverte essa lógica, protegendo de menos o mais hipossuficiente. Também configura discriminação que viola o princípio da igualdade e a dignidade da pessoa humana, que não oscila de acordo com raça, credo, sexo ou condições socioeconômicas.

Não se pode diferenciar questões existenciais com base em critérios materiais.

O trabalho, fonte de construção do ser humano e da sua personalidade, vem sendo distorcido pelos excessos do capitalismo. O trabalho deve ser regulado pela dignidade, não pelo desrespeito.

Palavras-chave: dano moral; trabalho; hipossuficiência; dignidade.

ABSTRACT

The worker who receives bad remuneration has a bigger fragility than the well-paid worker, requiring a more intense protection. The use of the socioeconomic characteristics of the victim for the purpose of fixing the value of pecuniary compensation for moral damage reverses this idea, protecting less the most underprivileged. Also configures discrimination which violates the principle of equality and the dignity of the human person, which do not oscillate according to race, creed, gender, or socioeconomic conditions.

Existential questions cannot be differentiated according to materials assets.

Working helps construction the human being and of his personality, but it's concept has been distorted by the excesses of capitalism.

Working must be structured by human dignity, not by disrespect.

Keywords: moral damage; work; weaker position; dignity.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABGB - *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*,

AIDS - Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch*

CC- Código Civil

CDC- Código de Defesa do Consumidor

CLT - Consolidação das leis trabalhista.

CPC- Código de Processo Civil

CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social

DNA -. Ácido Desoxirribonucleico

EUA- Estados Unidos da América

IPEA- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

MTE- Ministério do Trabalho e Emprego

ONU - Organização das Nações Unidas

PMDB- Partido do Movimento Democrático Brasileiro

PRL - Participação nos Lucros e Resultados

SM - salários mínimos

SNI - Serviço Nacional de Informações

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ- Supremo Tribunal da Justiça

TRT- Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PODER E HIPOSSUFICIÊNCIA NA RELAÇÃO DE TRABALHO	13
2.1	Hipossuficiência e importância do trabalho para o ser humano	15
2.2	A acentuação da hipossuficiência no Brasil	21
2.3	O poder na relação de trabalho e sua relação com a hipossuficiência do trabalhador	24
2.4	Os excessos do capitalismo	31
3	O PAPEL DO ESTADO DIANTE DA HIPOSSUFICIÊNCIA OBREIRA	38
3.1	As revoluções burguesas e a insurgência contra o Estado absolutista	38
3.2	O Estado liberal e a banalização das péssimas condições de trabalho.....	41
3.3	O Estado social, a igualdade material e os direitos positivos.	48
3.4	O Estado no século XXI: O Estado democrático de direito	56
3.5	O constituinte brasileiro de 1987-1988	59
3.6	A Constituição de 1988 – alguns pontos que importam para o presente estudo	61
4	O DANO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO	67
4.1	Da responsabilidade civil	67
4.2	Fundamentação legal	68
4.3	Elementos da responsabilidade civil: ato, dano e nexos.	70
4.4	Culpa	75
4.5	Dano Moral	78
4.6	O assédio moral	82
4.7	A insuficiência das normas do Código Civil de 2002 para fins de cálculo da compensação pecuniária por dano moral.....	83
4.8	Projetos de lei.....	85
4.9	Forma de cálculo do valor da compensação pecuniária por dano moral – estado da arte	87
4.10	Natureza jurídica da compensação pecuniária por danos morais.....	97
4.11	O dano moral no Japão.....	99
4.12	O dano moral na França.....	101
4.13	O dano moral na Itália	103
4.14	O dano moral na República Federativa da Alemanha	105
4.15	O dano moral na Bélgica.....	107
4.16	O dano moral na Suíça.....	108

4.17	O dano moral na Áustria	108
4.18	O dano moral na Polônia	109
4.19	O dano moral em Portugal	109
4.20	O dano moral no Chile.....	110
4.21	O dano moral no Peru.....	110
4.22	O dano moral nos países anglo-americanos (Inglaterra e Estados Unidos da América)	110

5	OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR E A SUA PROTEÇÃO	114
5.1	Histórico	114
5.2	História dos direitos da personalidade no Brasil.....	122
5.3	Direitos da Personalidade – conceito e características	123
5.4	Dignidade da Pessoa Humana.....	127
5.5	Os direitos da personalidade no art. 5º da Constituição de 1988.....	133

6	AS CARACTERÍSTICAS SOCIOECONÔMICAS DO TRABALHADOR-VÍTIMA E A COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA POR DANO MORAL.....	135
6.1	Trabalho, hipossuficiência, condições socioeconômicas da vítima e dano moral... 135	
6.2	Poder no ambiente de trabalho, condições socioeconômicas da vítima e dano moral.	137
6.3	Responsabilidade civil, direitos da personalidade, condições socioeconômicas da vítima e dano moral.....	141
6.4	Dignidade da pessoa humana, Estado Democrático de Direito, condições socioeconômicas da vítima e dano moral.....	144
6.5	Da necessidade de tornar o desrespeito um fator econômico indesejado	145
6.6	O dano, o ofensor e a memória: um argumento de reforço.....	146
6.7	Novos costumes e uma humanização do ambiente de trabalho	147

7	CONCLUSÃO	151
----------	------------------------	------------

	REFERÊNCIAS	153
--	--------------------------	------------

1 INTRODUÇÃO

É antiga a ideia de que ninguém pode lesar o seu semelhante (*neminem laedere*), devendo o descumprimento de tal norma gerar reparação proporcional ao dano causado. A indenização do dano exclusivamente moral, entretanto, era bastante controversa, tendo a dúvida sido encerrada pela Constituição de 1988, que inaugurou a existência do dano moral e a possibilidade de compensação pecuniária pela sua ocorrência. Assim, admite-se a compensação pecuniária pela lesão a um direito da personalidade, direito de defender o que é próprio e essencial ao ser humano, como identidade, honra, liberdade, sociabilidade, reputação, autoria, nome, imagem, integridade física, corpo vivo, corpo morto, ou, como determina a cláusula geral protetiva inserida no texto constitucional, são direitos necessários para assegurar uma vida digna. Tratando-se de compensação de um fato cuja lesão não é economicamente mensurável, persiste até hoje dúvida sobre como se deve calcular o valor dessa compensação.

Determinava o revogado art. 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações¹ que “na estimativa do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa”. Tais parâmetros causaram efeito tão significativo no Direito Brasileiro que, mesmo após a expressa revogação desse artigo, ele continua sendo mencionado pela doutrina e adotado por juízes e Tribunais.

Aos critérios mencionados pelo revogado Código Brasileiro de Telecomunicações, a doutrina e a jurisprudência foram, gradativamente, agregando outros, como as condições socioeconômicas do ofendido.

Em função dos critérios acima apontados, o valor da indenização de uma lesão a um direito da personalidade oscila em direta proporcionalidade à capacidade socioeconômica da vítima: indenização maior para vítimas com maior remuneração e indenização menor para vítimas com menor remuneração.

A validade desse consagrado critério merece análise pormenorizada.

Determina a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Destarte, o valor da dignidade da

¹ BRASIL, Lei 4.117 de 27.08.1962.

pessoa humana preserva de forma igual todo ser humano, ou seja, o valor do ser humano independe de sua remuneração.

A Constituição de 1988, por sua vez, consagra a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), assumindo o Estado brasileiro o compromisso de proteção do ser humano independente de sua capacidade socioeconômica.

Uma pergunta se torna evidente: se todos os seres humanos possuem igual dignidade, é possível o ajuste do valor de eventual penalização por sua violação de acordo com as condições socioeconômicas da vítima?

A análise da questão é efetuada no âmbito trabalhista em função das particularidades que interessam diretamente ao estudo do dano moral: a hipossuficiência do trabalhador que precisa do trabalho para adquirir ou, pelo menos, confirmar a sua identidade. A manutenção do trabalho é, ainda, em função da remuneração, essencial para que o trabalhador atinja o mínimo existencial. Salvo raras exceções, sem a remuneração, o trabalhador não possui meios de satisfazer necessidades, como moradia, alimentação, higiene e educação. Assim, diante de eventuais danos causados pelo patrão à dignidade do trabalhador, o ser humano se vê diante da necessidade de sopesar o que considera mais indesejável: os danos ou a ausência de moradia, de alimentação e de higiene.

A relação de trabalho também contribui para a análise da pergunta acima em função de existir no Brasil uma grande disparidade remuneratória.

Temos, assim, delineado o objetivo do presente trabalho: verificar se as condições pessoais da vítima podem ser utilizadas como fator de cálculo do valor da indenização por dano moral do trabalhador ou se tal variação configuraria violação à ideia de que todo ser humano possui igual dignidade e, conseqüentemente, os mesmos direitos da personalidade.

Especifica-se a pergunta que se busca responder: a utilização das características da vítima para fixação do valor de indenização por dano moral no ambiente de trabalho afronta a ideia de que todos os homens, independente da sua classe social, possuem igual dignidade?

Para tanto, o estudo foi dividido em seis partes.

Na primeira parte, analisam-se o ambiente de trabalho, as relações entre o trabalhador e o tomador de serviços, a hipossuficiência do trabalhador e o poder de direção, geralmente concentrado nas mãos do empregador.

A postura do Estado diante de tal cenário é avaliada na segunda parte, à luz dos principais paradigmas de Estado vivenciados a partir do século XVIII, com foco, especificamente, na necessidade de sua atuação para assegurar a dignidade do ser humano trabalhador.

Na terceira parte, faz-se uma análise do dano moral no ambiente de trabalho, com base na teoria da responsabilidade civil, nos direitos da personalidade e no direito comparado.

Na quarta, utilizam-se todas as ideias trazidas nos capítulos anteriores para responder especificamente se as condições socioeconômicas do trabalhador podem ser elemento de fixação do valor da compensação pecuniária por dano moral.

Por fim, apresentam-se as conclusões que se revelaram durante todo o trabalho.

2 PODER E HIPOSSUFICIÊNCIA NA RELAÇÃO DE TRABALHO

A prestação de serviços por uma pessoa física a um tomador pode concretizar-se por meio de grande quantidade de formatos que são criados de acordo com a necessidade e a criatividade das partes, especialmente do empregador. Surgem várias modalidades de relações de trabalho, como trabalho autônomo, eventual, avulso, estagiário, cooperado, estatutário, doméstico e rural.

A natureza jurídica do vínculo existente entre as partes será definida por meio da análise dos elementos constitutivos da relação e da subsequente comparação com as figuras jurídicas conhecidas. Nesse sentido, é irrelevante o nome que lhes atribuírem as partes, pois, em função do princípio da primazia da realidade sobre a forma, deve-se privilegiar “os fatos acima da forma, sem prévia máscara mortuária”².

O vínculo será empregatício quando uma pessoa física prestar trabalho para um tomador, de maneira pessoal, com onerosidade e subordinação, mas sem eventualidade, conforme os elementos fático-jurídicos³ presentes no art. da CLT⁴, *in verbis*:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Para que o vínculo seja empregatício, também será necessária a ausência de fatos impeditivos previstos em lei⁵, como a ausência de ilegalidade das tarefas prestadas, e na Constituição, como ausência de vínculo de estatutário.

O modo de relação entre as partes varia nas relações trabalhistas, sendo a subordinação um elemento específico da relação empregatícia e, portanto, o seu principal elemento

² MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, **0140500-08.2008.5.03.0009 RO**, Data de Publicação: 14/09/2009, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator: Luiz Otávio Linhares Renault, Revisor: Júlio Bernardo do Carmo, Divulgação 11/09/2009. DEJT. p.104.

³ De acordo com Maurício Godinho Delgado são elementos que ocorrem no mundo fenomênico independente do Direito, sendo, portanto, fáticos. O Direito, em função da sua relevância sócio-jurídica, capta-os e lhes atribui efeitos compatíveis com o mundo jurídico. Tornam-se, assim, elementos fático-jurídicos. (DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 283).

⁴ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). Consolidação das Leis do Trabalho. In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de. **Vade mecum RT**. 7ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 757-876.

⁵ De acordo com Maurício Godinho Delgado, o trabalho irregular, isto é, o trabalho que “desvia normas proibitivas do Estado” possui “efeitos justralhistas plenos”, devendo haver o pagamento de todas as parcelas legalmente asseguradas. O trabalho que contribuiu para a formação de um tipo penal, entretanto, é ilícito e como regra não gera efeitos jurídicos. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 512-513.

diferenciado⁶. Quanto mais o trabalho se intelectualiza o trabalho, entretanto, mais rarefeita se torna a subordinação.

As espécies de relações trabalhistas também possuem consequências pecuniárias distintas. Assim, no caso do vínculo de estágio, por exemplo, admite-se uma quantidade menor de direitos pecuniários, admitindo-se, até mesmo, no estágio obrigatório, a total ausência de contraprestação pecuniária⁷, o que se fundamenta na prevalência de objetivos intelectuais, educacionais e pedagógicos.

A proteção aos direitos extrapatrimoniais de todos os trabalhadores, entretanto, independe do tipo de vínculo de trabalho existente entre as partes, pois é assegurada pela Constituição, inclusive, fora do ambiente de trabalho⁸. Ora, se direitos como vida, saúde e integridade devem ser observados em todos os locais, não se pode admitir que no ambiente de trabalho, onde há enorme hipossuficiência, a parte mais frágil esteja sem a sua proteção somente em função de o vínculo não ser empregatício⁹. O entendimento encontra suporte ainda no *caput* do art. 7º, que consagra a proteção a tais direitos¹⁰ para os “trabalhadores urbanos e rurais”, e não apenas para os empregados urbanos e rurais.

Nessa esteira, as leis federais 11.788/08¹¹ e 12.690/12¹², que regulamentam o estágio e as cooperativas de trabalho, respectivamente, determinam expressamente que, apesar da ausência de vínculo empregatício, a legislação sobre saúde e segurança no trabalho se aplica aos estagiários e cooperados.

O art. 160 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977, já exigia que o estabelecimento fosse previamente inspecionado por órgãos de segurança e medicina do trabalho, sendo realizada nova inspeção quando ocorresse modificação substancial das instalações, o que, mesmo sem mencionar os trabalhadores sem vínculo empregatício, também lhes assegura um meio ambiente de trabalho hígido.

⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, 294 p.

⁷ O art. 12 da lei 11.788/08 determina que nessa forma de estágio o estagiário poderá receber bolsa ou outra forma de contraprestação. Registre-se ser compulsória a concessão de bolsa no caso de estágio não obrigatório.

⁸ Art. 5º *caput* e incisos III, V, X, XXII, XLIII, XLIX, art. 6º, art. 225.

⁹ A ausência de vínculo empregatício é imposta justamente aos trabalhadores que, por estarem precisando de trabalho, possuem maior hipossuficiência, aceitando assinar contratos que lhe excluem o vínculo de forma fraudulenta.

¹⁰ Art. 7º IV, XIII, XIV, XV, XXII, XXIII, XXVIII, XXXVIII, XXX, XXXIII, art. 200, II e VIII.

¹¹ O art. 14 da lei 11.788/08 determina que “aplica-se ao estagiário a legislação relacionada à saúde e segurança no trabalho, sendo sua implementação de responsabilidade da parte concedente do estágio”.

¹² O art. 8º da lei 12.690/12 que dispõe que as Cooperativas de Trabalho “devem observar as normas de saúde e segurança do trabalho previstas na legislação em vigor e em atos normativos expedidos pelas autoridades competentes”.

Para Raimundo Simão de Melo¹³, é credor de um meio ambiente de trabalho sadio “todo trabalhador que desempenha alguma atividade, remunerada ou não, homem ou mulher, celetista, autônomo ou servidor público de qualquer espécie”, de modo que “o meio ambiente do trabalho adequado e seguro é um direito fundamental do cidadão trabalhador (*lato sensu*)”. Assim, independentemente da modalidade de relação de trabalho, o tomador deve respeitar a propriedade corpórea e incorpórea do trabalhador que seja o adjetivo que se atribua à sua relação (trabalhador estagiário, trabalhador estatutário, trabalhador celetista, etc.).

Embora a proteção aos direitos extrapatrimoniais seja estendida a todos os trabalhadores independentemente do seu vínculo, os elementos fático-jurídicos da relação de emprego possuem relevância para o presente trabalho, para que se possa avaliar se a existência de vínculo empregatício pode influir na dosagem da compensação pecuniária¹⁴ por dano moral, o que será analisado em capítulo próprio.

2.1 Hipossuficiência e importância do trabalho para o ser humano

De acordo com Antônio Álvares da Silva¹⁵, o trabalho é “resultado da conjugação da ciência e das ferramentas para produzir, transformando a natureza, para torná-la cada vez mais útil aos propósitos humanos”. Ao desenvolver essa atividade de transformação da natureza o homem, no processo, acaba ele próprio transformado¹⁶.

A palavra trabalho deriva da palavra latina *tripalium*¹⁷, que descreve um instrumento de três aguçados bastões com pontas de ferro contra as quais os agricultores golpeavam o trigo e as espigas de milho e o linho para esfiapá-los^{18 19}. Posteriormente o instrumento passou a ser utilizado por pecuaristas para prender os animais durante o parto, em intervenções veterinárias, ou para marcá-los com ferro quente²⁰. Esse mesmo instrumento

¹³ MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**: responsabilidade legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 28.

¹⁴ No presente trabalho, se utilizam as expressões “compensação pecuniária” e “reparação” ao invés de “indenização”, em função dela não refletir com precisão a natureza jurídica do valor pago em caso de condenação, como estará desenvolvido em tópico próprio.

¹⁵ SILVA, Antônio Álvares. **Direito do trabalho no pós-moderno**. Belo Horizonte: RTM, 2010, p. 10.

¹⁶ VIEIRA, Carlos Eduardo Carrusca; BARROS, Vanessa Andrade; LIMA, Francisco de Paula Antunes. **Psicologia em Revista**. Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 155-168, jun. 2007, 156 p.

¹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009, 53 p.

¹⁸ ALBORNOZ, Suzana. **O que é trabalho**. São Paulo: Brasiliense, 1986, 10 p.

¹⁹ SANTOS, João Bosco Feitosa dos. **O avesso da maldição do Gênesis**: a saga de quem não tem trabalho. São Paulo: Annablume; Fortaleza: Secretaria da Cultura e Desporto do Governo do Estado de Ceará, 2000, 43 p.

²⁰ RESENDE, Paulo S. **Tripalium**. Disponível em: < <http://paulosresende.wordpress.com/works-in-progress/tripalium/>>. Acesso em: 30 jun. 2012.

também foi utilizado para torturar escravos, com a fixação da vítima em dois dos seus bastões, cruzados em forma de um “x”, servindo o terceiro bastão, em forma vertical, como apoio ao corpo do torturado²¹. Em alguns casos, após determinado tempo de sofrimento, a morte do torturado era acelerada pelo fogo²².

O trabalho recebe, portanto, já em seu batismo, indissociável ligação com a contradição²³. Fatura ou tortura. Vida ou morte. E assim variou ao longo do tempo e espaço²⁴.

Ensina Jorge Luiz Souto Maior²⁵ que “na antiguidade clássica imperava a noção de que o trabalho era uma atividade menor, afeita aos homens não livres, que causa fadiga ao corpo e entorpece o espírito”. Dessa forma, como destaca Renato César Cardoso²⁶, trabalhar era uma desonra reservada aos escravos, devendo os homens livres “menosprezar o trabalho e dedicar-se à contemplação, aproximando-se, com isso, dos Deuses”. Na mesma esteira, Márcio Flávio Salem Vidigal²⁷ especifica que os gregos, “tinham o trabalho manual em conta de atividade ignóbil, causador de fadiga física e motivo de aprisionamento do homem”.

No mundo contemporâneo “imperava, culturalmente, a ideia do trabalho como fator dignificante da pessoa humana e como elemento de socialização do indivíduo”²⁸. O homem moderno, em muitos aspectos, é o trabalho²⁹; só existe com o trabalho; adquire ou, no mínimo, confirma a sua identidade e personalidade por meio do trabalho³⁰. Basta perceber que, após se apresentar dizendo o nome, uma pessoa é naturalmente indagada sobre “o que

²¹ SECRETARIA DA EDUCAÇÃO, Governo do Estado do Paraná. Disponível em: <<http://www.sociologia.seed.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=334>>. Acesso em: 04 jul. 2012.

²² No sítio da internet possui um desenho que ilustra duas pessoas presas em um *tripalium* sendo queimadas. Disponível em: <<http://www.saltoquantico.com.br/2009/08/18/ferramenta-de-redencao-e-gloria/>>. Acesso em: 30 de jun. de 2012.

²³ O trabalho está ligado à completude do ser humano, mas também a momentos de enorme violência.

²⁴ Eduardo Antônio Bonzatto afirma que “existem sempre duas ou mais versões sobre quaisquer assuntos. O trabalho, essa quase unanimidade, tem também pelo menos dois lados”.

²⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do trabalho**: teoria geral do Direito do trabalho. vol. I - Parte I. São Paulo: LTr, 2011, p. 29.

²⁶ CARDOSO, Renato César. **O trabalho e o direito**: reflexões acerca da evolução histórico-filosófica do trabalho enquanto objeto das relações jurídicas e da sua crise no direito do trabalho na contemporaneidade. 2ª ed. Belo Horizonte: RTM, 2010, p. 22-23.

VIDIGAL, Márcio Flávio Salem. Trabalho e direito do Trabalho. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/77_trabalho_direito_trabalho.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2012.

²⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do trabalho**: teoria geral do Direito do trabalho. vol. I - Parte I. São Paulo: LTr, 2011, p. 41.

²⁹ JARDIM, Sílvia Rodrigues. O trabalho e a construção do sujeito. In: SILVA FILHO, João Ferreira da; JARDIM, Sílvia Rodrigues (Org.) **A danação do trabalho**: relações de trabalho e sofrimento. Rio de Janeiro. Te Corá Editora, 1997, p. 79-87.

³⁰ CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. **Trabalho**: do hoje para o amanhã. São Paulo: LTr, 2006, p. 49-53.

faz”. O ser humano encontra-se, assim, preso ao ambiente de trabalho, só admitindo se desligar dele se tiver outro para se inserir – ou melhor, para aderir.

Para Antônio Álvares da Silva³¹, “o homem sem trabalho é um cérebro sem a ferramenta transformadora”. E conclui que o trabalho assume “diferentes nuances valorativas, que transcendem o aspecto econômico e se afirmam também na ética, na religião, na política e no Direito”.

Maurício Godinho Delgado³² afirma que o emprego, modalidade de trabalho mais relevante na ótica jurídica e econômico-social, “torna-se o epicentro de organização da vida social e da economia”, tornando-se “um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar, social, econômica” além de ser “um dos pilares principais de estruturação da ordem econômica, social e cultural de qualquer sociedade capitalista que se queira minimamente democrática”. O emprego regulado e protegido torna-se, assim, “o principal veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica capitalista, visando a propiciar-lhe um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômica e até mesmo ética”.

Christophe Dejours³³ destaca a importância do trabalho, alertando que “a principal fonte de injustiça e sofrimento na sociedade francesa é o desemprego”.

Lado outro, no capitalismo, o desemprego contribui para a fixação da remuneração do trabalho no mercado de fatores. As normas de proteção social é que ainda permitem ao homem e à mulher sem trabalho andar e respirar: o capitalismo deixa quem está desempregado à própria sorte e só remunera, em meio à mais-valia, quem efetivamente trabalha.

Hannah Arendt³⁴ destaca que a época moderna trouxe a glorificação do trabalho, e teme a existência de uma sociedade de trabalhadores sem trabalho³⁵, na qual os homens restariam destituídos da única atividade que lhes resta, o que conclui ser gravíssimo. A autora também diferencia labor de trabalho³⁶, que “foi ignorada na antiguidade clássica”³⁷ e também

³¹ SILVA, Antônio Álvares. **Direito do trabalho no pós-moderno**. Belo Horizonte: RTM, 2010, p. 10.

³² DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**. São Paulo: LTr, 2010, p. 29-30.

³³ DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. Tradução de Liz Alberto Monjardim. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 37.

³⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, 95 p.

³⁵ A expressão traduz interessante paradoxo.

³⁶ A autora fala que a vida ativa se desdobraria em labor, trabalho e ação, sendo esta a única que se exerce diretamente entre os homens, pois está ligada aos corpos políticos que buscam o aprimoramento da comunidade e a busca do bem para todos os seus integrantes.

na era moderna, fazendo uma nítida diferenciação entre as esferas pública e privada. Para ela, labor refere-se à tarefa do homem de, em sua esfera privada, buscar na natureza tudo que é vital à sua existência, representando uma condição da própria existência da vida. O labor é incessante e sem produto final, pois reincorpora o que foi produtivo. Só se esgota com a morte. Esse processo é também espontâneo, biológico e natural do corpo humano, à medida que, guardadas certas proporções, equipara o homem com os demais animais que vivem na terra. Fala-se em *animal laborans*, que planta, colhe e come, e que seria, na melhor das hipóteses, a mais desenvolvida das espécies animais que vive na Terra. Esse labor permite a vida contemplativa.

O trabalho corresponderia, para Hannah Arendt, a uma atividade por meio da qual o homem utilizaria a sua capacidade técnica-intelectual para transformar a natureza (sobre)vivendo e deixando a sua marca. O trabalho é um fazer que ocorre no espaço público e apresenta um produto final. Há uma artificialidade. Ademais, a obra – *poiésis* – continua existindo mesmo com o perecimento do seu criador. É o que ocorre na fábrica há produções de produtos fisicamente palpáveis e identificáveis.

Com o tempo, passa a surgir uma confusão entre público e privado, pois o alimento produzido não é inteiramente consumido, sendo parte comercializada. Assim, a tarefa deixa de ser labor e se torna trabalho – utilidade que invade espaço público e privado.

Hannah Arendt fala ainda em ação como o agir que não produz um produto final materialmente visível, ainda que possa causar uma diferença. O melhor exemplo seria o da atividade docente, que transforma sem gerar um produto final. O ensino é, portanto, ação e não trabalho, para a autora.

Ação e labor se assemelham, pois não resultam em produtos.

Essa diferenciação explica a subjugação de certos grupos na sociedade, como a mulher que cuida do lar, pois sua atividade representa um labor sem produto final, e, apesar da sua enorme importância para a sobrevivência de todos, não interessa diretamente ao capital.

Ainda com base na obra de Hannah Arendt para os romanos a expressão “viver” era sinônima de “estar entre os homens” e a expressão “morrer” era sinônima de “deixar de estar entre os homens”. O banimento equivalia, assim, à morte, à medida que impedia que estivesse entre os homens. O banido continuava biologicamente vivo, andando e respirando, mas sem

³⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 95.

contato com os seus pares. A noção pode ser trazida para o mundo moderno: no atual capitalismo o trabalhador sem trabalho anda e respira, mas é um homem fora do mundo, ou ainda pior, um homem sem valor.

A importância do trabalho é também percebida pelo artista que destaca que sem trabalho o homem não tem honra³⁸.

Além dos benefícios sociais e psicológicos do trabalho “na sociedade contemporânea a vasta maioria das pessoas vive dos rendimentos propiciados por seu trabalho”³⁹, como destaca Maurício Godinho Delgado. Assim, a sua ausência, com a consequente perda da remuneração, representa para essa imensa maioria a impossibilidade de arcar com os custos de moradia, higiene, saúde e alimentação.

Não estamos defendendo que o ser humano seja apenas trabalho: além deste, há outros interesses e necessidades, como a família, a saúde, os esportes a procriação e as artes, dentre tantos outros. Yves Clot⁴⁰ identifica todas essas dimensões, afirmando que o ser humano é policêntrico. O que se defende é que o trabalho é um dos aspectos essenciais para a plenitude do ser humano.

Explica Maurício Godinho Delgado⁴¹ que, exatamente em função desse desequilíbrio, há no Direito do Trabalho “uma teia de proteção à parte hipossuficiente”, de modo que predominam “normas essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros” - princípio da proteção que influi em “toda a estrutura e caracterização próprias desse ramo jurídico especializado”. Dessa forma:

A noção de tutela obreira e de retificação jurídica da reconhecida desigualdade socioeconômica e de poder entre os sujeitos da relação de emprego (ideia inerente ao princípio protetor) [...] abrange quase todos (senão todos) os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho.

[...]

Desse modo, o princípio tutelar não se desdobraria em apenas três outros, mas seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem esse ramo jurídico especializado.

³⁸ De acordo com a música “Um homem também chora (guerreiro menino)”, de Gonzaguinha:

Um homem se humilha se castram seu sonho

Seu sonho é sua vida, e vida é trabalho...

E sem o seu trabalho o homem não tem honra

E sem a sua honra se morre, se mata...

³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Relação de emprego e relações de trabalho: a retomada do expansionismo do direito trabalhista. In: SENA, Adriana Goulart; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coord.). **Dignidade e inclusão social: caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010, p. 16.

⁴⁰ CLOT, Yves. **A função psicológica do trabalho**. Petrópolis: Editora Vozes, 2006, 50 p.

⁴¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 193.

Explica Nicola Abbagnano⁴² que no capitalismo ocorre uma alienação que foi estudada por Marx. Explica o autor que o conceito de alienação para Marx “para descrever a situação do operário no regime capitalista”⁴³. De acordo com a teoria do marxismo⁴⁴ a realização humana decorre do trabalho. O trabalho é que forma a consciência do homem. Há, portanto, uma diferença entre o trabalho e do que o capitalismo faz com ele, o que pode ser chamado de exploração. Karl Marx afirma que há um movimento do material para o imaterial. O homem já inserido no mundo parte para a transformação de si mesmo. Parte do mundo para modificar as ideias.

Ainda de acordo com Marx, o homem se dissocia do que produziu. Exemplifica-se: o operário produz um carro, mas não se identifica com o produto, que pertence apenas à empresa. Em que pese ser autor da obra (obra coletiva de operários), essa paternidade lhe é afastada. Marx chama isso de alienação do trabalho. Isso produz grande frustração no trabalhador capitalista. Toda a sua vida ocorre sem que nada leve o seu nome ou tenha o seu reconhecimento. Muitos não encontram naquilo que fazem o sentido de sua existência. Nada do que foi feito lhe pertence.

Se não estiver em sistema de alienação, o trabalho será uma realização de quem o fez, e não da empresa. Exemplo: a obra do escritor leva o seu nome. Há uma cisão entre autor e obra, esta não é o autor, mas tem relação com ele e tem ligação com a sua existência. Assim, houve trabalho sem reconhecimento, não havendo realização da sua dimensão humana.

A importância do trabalho para o ser humano e a sua forma de alienação são essenciais para a presente dissertação. Isto porque, por depender do trabalho o trabalhador, não possui real capacidade de se impor perante aquele que pode lhe subtrair o trabalho ou alienar o seu resultado. Muitos tomadores de serviços, cientes de que oferecem algo essencial para a outra parte, abusam dessa posição de vantagem, causando danos morais quando atingem direitos da personalidade.

⁴² ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. . Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 26.

⁴³ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 27.

⁴⁴ Essas ideias estão no Dicionário de Filosofia de Nicola Abbagnano ao definir de comunismo, materialismo dialético e materialismo histórico. (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, 651 p..

O fato de todo o ramo justralhista ser fundado sobre a proteção também é relevante, como restará demonstrado à frente.

2.2 A acentuação da hipossuficiência no Brasil

Como exposto, o trabalhador é hipossuficiente em função de necessitar do trabalho não apenas em função da remuneração, mas também para formar sua identidade e atingir a plenitude como ser humano. No Brasil, essa hipossuficiência é acentuada por outros fatores.

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios realizada pelo IBGE em 2001⁴⁵, aproximadamente 30% dos 75.458.172 empregados ativos trabalham com carteira de trabalho assinada. Apurou-se, por exemplo, que, dos 4.352.572 empregados domésticos, apenas 1.535.046 tinham a carteira de trabalho assinada. Após citar essa pesquisa, Maurício Godinho Delgado⁴⁶ oferta um contraponto: na Alemanha e na França, nada menos que 80% dos trabalhadores da gozam da proteção de trabalho com vínculo empregatício e CTPS assinada. Conclui o autor que mesmo em contexto histórico de retomada “da matriz ultraliberalista de gestão econômico-social na Europa [...] o Direito do Trabalho manteve ali sua amplitude e abrangência, de modo a preservar a essência dos fundamentos dos papéis por ele cumpridos no capitalismo”.

Mesmo a minoria de trabalhadores brasileiros que possui CTPS assinada continua mais fragilizada que o empregado do velho continente em função da excessiva desigualdade salarial, como abaixo se demonstrará.

De acordo com Carlos Alberto Gomes Chiarelli⁴⁷, a desigualdade salarial varia de acordo com o grau de desenvolvimento do país, sendo que “entre países modelares na distribuição de renda – como Dinamarca, Finlândia e Canadá etc. – do piso ao teto da hierarquia remuneratória, [a diferença] não ultrapassa a 1 x 15”. Já “nas regiões subdesenvolvidas, há diferenças que superam 1 x 200 (o mais bem remunerado recebe 200 vezes o salário do menos aquinhado)”. Esse desajuste, conclui o autor, não é apenas econômico, pois humilha as pessoas, agride a dignidade e coloniza países. Entretanto, de

⁴⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Pesquisa nacional por amostras de domicílios**: síntese de indicadores 2001. Departamento de Empregos e Rendimentos. Rio de Janeiro: IBGE, 2002. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2001/sintese2001.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

⁴⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006, p. 134-135.

⁴⁷ CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. **Trabalho**: do hoje para o amanhã. São Paulo: LTr ; Caxias do Sul, RS : Universidade Caxias do Sul, 2006. p. 31.

acordo com pesquisa do IPEA⁴⁸, o Brasil não está inserido em tal quadro, possuindo diferença entre o menor e maior salário de 1.714,3 vezes⁴⁹, quase nove vezes superior à de regiões consideradas subdesenvolvidas. Senão vejamos:

Dizer que o Brasil encontra-se entre os países de maior desigualdade do mundo não representa mais uma novidade. No entanto, perceber que a distância entre o menor e o maior salário no país chega a atingir quase 2 mil vezes parece inacreditável nesse início de terceiro milênio.

Mas é realmente isso que está acontecendo no Brasil. Com base no estudo recente realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), a desigualdade salarial constatada no interior do setor estruturado do mercado de trabalho foi de 1.714,3 vezes no ano de 2006.

Isso porque a menor remuneração paga recebida pelo trabalhador foi de R\$ 70 mensais, enquanto o maior salário capturado pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) do IBGE foi de R\$ 120 mil mensais. A desigualdade salarial no interior do mercado de trabalho pode ser ainda maior, uma vez que o estudo considerou tão somente o setor estruturado do mercado de trabalho, responsável por 7,7 milhões de trabalhadores⁵⁰.

Essa enorme disparidade não sobrevive sem que existam interesses políticos, sociais e econômicos lutando pela sua manutenção e, quiçá, até mesmo pelo seu incremento.

Contra esse quadro preocupante deve haver um reforço dos direitos trabalhistas, investimento em sua efetividade e a educação do cidadão para que consiga reconhecê-los e exigí-los.

Essa enorme disparidade é relevante para a presente dissertação, pois, caso a remuneração seja utilizada como variável para o cálculo de indenizações por danos morais, a violação da dignidade de um ser humano poderia ser de até 1.714,3 vezes superior ou inferior à de outro. A dor do homem mais rico valeria 1.714,3 vezes a dor do homem mais pobre⁵¹.

Defende-se ainda que o trabalhador bem remunerado pode acumular patrimônio ou praticar investimentos tornando-se menos frágil. Poderia, por exemplo, pagar as contas com o dinheiro acumulado e/ou investido, e obteria os benefícios sociais e psicológicos do trabalho iniciando seu próprio negócio – trabalhando⁵² como autônomo ou mesmo como empresário.

⁴⁸ A obra de Chiarelli, publicada pela editora LTr em 2006, não especifica em qual situação o Estado brasileiro estaria em tal quadro.

⁴⁹ Consta na obra a data de maio de 2006, o que, como é sabido, implica na sua entrega ao editor com meses de antecedência. Daí a afirmação de que a pesquisa de 2006 é posterior à conclusão da obra.

⁵⁰ POCHMANN, Márcio. Desigualdade salarial. **Revista Fórum**. 2011. Disponível em: < http://www.revistaforum.com.br/conteudo/detalhe_materia.php?codMateria=1408>. Acesso em: 26 jun. 2012.

⁵¹ A constitucionalidade dessa adoção e a sua possibilidade à luz do princípio justtrabalhista da proteção serão analisados em tópico específico.

⁵² A palavra trabalho está aqui utilizada em sua forma mais ampla, qualquer alteração da realidade por meio de esforço humano.

Pode-se falar assim em trabalhador *hipossuficiente* e trabalhador *ainda mais hipossuficiente*. Aquele é bem remunerado e este, mal remunerado.

Como se não bastasse, de acordo com informações do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE - nada menos que 36.759 trabalhadores foram resgatados de condições análogas a de escravo entre 1995 e 2010 no Brasil, sendo a grande maioria na zona rural⁵³, onde, em algumas fazendas o gado é bem tratado, alimentado e apresentado com orgulho em exposições enquanto o ser humano é agredido, humilhado, preso e escondido, especialmente das fiscalizações.

Toda forma de escravidão é cruel, independente de sua justificação. Mas essa nova forma de exploração demonstra crueldade ímpar, pois não se fundamenta em justificativas filosóficas ou religiosas, mas sim na busca pelo lucro máximo.

Esse fenômeno envolve não apenas os trabalhadores brasileiros, mas também trabalhadores de países vizinhos que, sem oportunidade de trabalho no seu país, migram para o Brasil ofertando sua força de trabalho e, até mesmo por estarem em situação irregular, aceitam qualquer remuneração e péssimas condições de trabalho. Cite-se o exemplo dos cerca de seis mil haitianos⁵⁴ que, iludidos com promessas de salários de até US\$ 2.000,00 (dois mil dólares)⁵⁵ migram de forma ilegal para o Brasil para se deparar com condições de trabalho bem diferentes das originalmente prometidas.

A existência de tal forma de exploração aumenta a hipossuficiência do trabalhador, à medida que representa forma mais barata de sua substituição, ainda que ao arrepio da lei. Representa ainda a manutenção da mentalidade de que o trabalhador não merece respeito nem possui direitos, o que, como restará demonstrado, gera reflexos no momento do cálculo da compensação pecuniária por dano moral.

⁵³ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO – MTE. **Quadro Geral das Operações de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo – SIT/SRTE 1995 a 2010**. 2011. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/fisca_trab/quadro_resumo_1995_2010.pdf>. Acesso em: 21 maio 2012.

⁵⁴ AGÊNCIA BRASIL. **No Acre, secretário diz que ajuda a haitianos chegou ao limite**. D24am, Amazônia povos. 2012. Disponível em: <<http://www.d24am.com/amazonia/povos/no-acre-secretario-diz-que-ajuda-a-haitianos-chegou-ao-limite/61667>>. Acesso em: 26 jun. 2012.

⁵⁵ AGÊNCIA BRASIL. **Coiotes vendem aos haitianos ilusão de grandes salários no Brasil**. Terra. 2012. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/OOI5850967-EI306,00-Coiotes+vendem+aos+haitianos+ilusao+de+grandes+salarios+no+Brasil.html>>. Acesso em: 26 jun. 12.

2.3 O poder na relação de trabalho e sua relação com a hipossuficiência do trabalhador

A ciência jurídica estuda e regulamenta o exercício do poder nos seus mais diversos campos, podendo-se citar como exemplos o poder constituinte, o poder concedente, o poder da república, o poder de julgar, o poder de representar, o poder disciplinar, o poder discricionário, o poder hierárquico, os poderes de mandato, o poder familiar, o poder de polícia, o poder investigativo, o poder empregatício. Para Dalmo de Abreu Dallari⁵⁶, essa presença “do fenômeno em circunstâncias infinitamente variáveis torna extremamente difícil chegar à tipologia do poder.”

O poder é, para Dalmo de Abreu Dallari⁵⁷, o fenômeno “mais importante para qualquer estudo da organização e funcionamento da sociedade”, sendo “o núcleo de todos os estudos sociais”. Assim, devemos analisar o fenômeno do poder no ambiente de trabalho para apurar a sua relação com a hipossuficiência.

A palavra “poder” é derivada do latim *potere*, da raiz *poti*, que significa chefe de um agrupamento, estando assim ligada às ideias de posse, força, governo, sanção, vontade, obediência e influência⁵⁸.

Como atributo da soberania, é único e indivisível.

De acordo com De Plácido e Silva⁵⁹, como verbo, “poder” assume o significado de “ser autorizado, ser permitido, dar autoridade, facultar, ter autoridade”, diferindo do “dever” por trazer uma alternativa. Como substantivo, traduz “o domínio e a posse, tida sobre certas coisas, ou a faculdade, permissão, força ou autorização para que se possam fazer ou executar certas coisas”.

O dicionário Aurélio⁶⁰ também lhe confere uma grande quantidade de significados e possíveis utilizações, valendo destacar a “faculdade de” e “ter força para”.

⁵⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 29.

⁵⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 29.

⁵⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª edição revista e ampliada. São Paulo: LTr, 2009, 582 p..

⁵⁹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulo jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2010, p. 1045.

⁶⁰ Novo dicionário básico da língua portuguesa Folha/FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da língua portuguesa. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1994/1995, 513 p.

Mario Stoppino⁶¹ entende que o Poder⁶² envolve a possibilidade de agir em determinada atividade produzindo efeitos, de exercer autoridade, de determinar a conduta de outrem⁶³, de causar alterações sociais no mundo fenomênico, de impor-se perante terceiros ou de fazer valer a sua vontade, ainda que se depare com resistência da outra parte; mas sempre perante outrem. Trata-se de uma relação triádica: quem exerce o Poder quem se submete ao Poder, ainda que forçadamente e o campo no qual pode ser exercido. Destaca ainda que a conflituosidade da relação de Poder pode ter fundamento no fato de uma parte extrair vantagem de grave situação de desigualdade entre os seus recursos e os recursos da outra parte, o que, como exposto, é corriqueiro no ambiente de trabalho. O “Poder”, conclui, e isso é de grande importância para este trabalho, pode ser exercido de formas não conflituosas se o comportamento da outra parte for determinado de certo modo e, ainda, sem que a desigualdade seja explorada de forma desleal.

Para Michel Foucault⁶⁴, o poder não é uma propriedade que possa ser apropriada por alguém, mas sim um fenômeno plural com suporte em uma malha de micropoderes que estão difusos em todo o tecido social. Não está, portanto, concentrado nas mãos de alguns detentores, mas sim envolto em uma complexa teia de relações econômicas, políticas e sociais travadas entre todas as pessoas, instituições, burocracias, discursos, interesses e mercados, como a polícia, o sistema legal, a mídia, o capital e as escolas. Essa complexa malha de interesses fornece alicerce aos que detêm poder. Ainda que fosse atendido de modo satisfatório a todos os interesses dessa malha social, o poder não estaria petrificado, sempre transitando entre novos modelos e formas.

Foucault também vislumbra no poder uma relação de mutualidade com o saber, pois quem detém o saber poderá exercer algum poder. Não há uma única fonte controladora do poder, que é exercido todos os dias e em variadas direções e em diferentes níveis. Nem

⁶¹ No Dicionário de política coordenado por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Mario Stoppino fica encarregado de escrever sobre o fenômeno do Poder. (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 13ª ed., vol. 2. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2007, 2008, 2009 (reimpressão). p. 933-942).

⁶² O autor utiliza a expressão sempre com letra maiúscula, critério que será seguido no presente tópico.

⁶³ Hobbes o define como a posse de instrumentos capazes de produzir um fim objetivado ou uma vantagem futura, sendo seguido por Glumpowicz, para quem Poder é o meio de satisfazer as necessidades humanas. Poder seria, assim, para esses autores, a possibilidade de saciar um anseio. Esses conceitos são criticados por Mario Stoppino por não existir Poder sem que existam outros indivíduos que se comportem da maneira imposta pelo seu exercício.

⁶⁴ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1988a, p. 179-191.

sempre para oprimir, mas também para criar, pois toda relação de poder é acompanhada de um saber.

Foucault fala sobre o poder soberano, ligado ao Estado, poder disciplinar, ligado às instituições capitalistas e sobre o biopoder⁶⁵. A disciplina seria uma tecnologia de poder, uma forma de poder exercido sobre o corpo de cada indivíduo. O biopoder, ao contrário, age sobre o grupo de indivíduos, ou sobre os grandes corpos populacionais. O saber, por sua vez, é igualmente complexo, sendo composto de várias noções, ideias, perspectivas, leis, costumes e narrativas adotados pelos diferentes saberes, e não mecanicamente determinado pelas praxes institucionais vigentes em determinado momento⁶⁶.

A participação de Foucault nos movimentos estudantis de maio de 1968 pode ilustrar bem essa relação entre poder e saber. O movimento havia adquirido forte significado revolucionário com a adesão de diversos setores da sociedade, tendo, entretanto, sido posteriormente enfraquecido até ser finalmente vencido pelo presidente Charles De Gaulle. Ainda assim, o movimento conseguiu imprimir alterações valorativas nas ideias vigentes, mudando o saber do cidadão francês, que se tornou aberto a ideias antes inadmitidas⁶⁷. A relação entre alunos e professores, por exemplo, passou a envolver uma maior quantidade de debates, não mais se limitando-se a mera exposição. O estudante passara a ser incentivado a concluir, pensar, formar uma visão de mundo. A educação passara a ser reconhecida como uma etapa de um processo de aprimoramento das sociedades, e não mera fase de aquisição de conhecimentos. Esses novos saberes teriam redistribuído a influência na sociedade francesa, imprimindo alterações nas relações de poder.

Com base nessa premissa de interconexão entre poder e saber, Foucault⁶⁸ tece críticas ao entendimento linear e determinista de poder e saber pensando na doutrina marxista:

[...] Não vejo quem – na direita ou na esquerda – poderia ter colocado este problema do poder. Pela direita, estava somente colocado em termos de constituição, de soberania etc., portanto em termos jurídicos; e, pelo marxismo, em termos de aparelho do Estado. Ninguém se preocupava com a forma como ele se exercia concretamente e em detalhe, com sua especificidade, suas técnicas e suas táticas. Contentavam-se em denunciá-los no “outro”, no adversário, de uma maneira ao mesmo tempo polêmica e global: o poder no socialismo soviético era chamado por

⁶⁵ OLIVER, Paul. **Foucault: the key ideas**. UK. Hodder Headline. Kindle edition. 2010.

⁶⁶ DANAHER, Geoff; SCHIRATO, Tony; WEBB Jen. **Undestanting Foucault**. Sidney: Allen & Unwin.. Kindle edition. 2001.

⁶⁷ OKSALA, Johanna. **Como ler Foucault**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges, revisão técnica de Alfredo Veiga-Neto, Karla Saraiva. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, 07 p..

⁶⁸ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981, p. 6-7.

seus adversários de totalitarismo; no capitalismo ocidental, era denunciado pelos marxistas como dominação de classe; mas a mecânica do poder nunca era analisada.

Essa crítica leva a um deslocamento do poder do Estado (centro) para a própria sociedade (periferia), pois todos, sem qualquer exceção, possuem algum benefício no funcionamento do sistema, ainda que esse benefício seja em certos casos diminuto, quase imperceptível. Torna-se, assim, artificial e equivocada a divisão entre os detentores e os destituídos de poder.

Assim, “a noção de repressão é totalmente inadequada para dar conta do que existe justamente de produtor no poder”⁶⁹. As ideias de poder de Michel Foucault não explicam o ambiente de trabalho, no qual há um poder de direção concentrado nas mãos do empregador, devendo o empregado atender às suas ordens, desde que lícitas.

De fato, no ambiente de trabalho há um poder de direção que pode ser definido como o conjunto de prerrogativas e capacidades que dizem respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia de todos os fatores, econômicos ou não, internos à tomadora de serviços⁷⁰. Essas prerrogativas incidem sobre a forma de desenvolvimento do trabalho, e não diretamente sobre a pessoa do trabalhador. Esse poder de direção também é denominado poder hierárquico, poder empregatício, poder interempresarial e poder de comando⁷¹. A denominação “poder hierárquico” deve ser descartada, pois, como ensina Maurício Godinho Delgado⁷², “não esconde face autoritária de retrograda – portanto equívoca – inerente à ideia de hierárquico”. No mesmo sentido destaca Alice Monteiro de Barros tratar-se de expressão carregada de corporativismo⁷³.

Na modalidade empregatícia o fundamento legal está no *caput* art. 2º da CLT⁷⁴, que fornece ao empregador a prerrogativa de dirigir a prestação de serviço. O tomador de serviços poderá manipular a força de trabalho do trabalhador como um dos fatores de produção independente do tipo de vínculo de trabalho⁷⁵. A forma como o fizer, com mais ou menos

⁶⁹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1988a, p.7-8

⁷⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 658-664.

⁷¹ A expressão “poder de comando” está na obra da autora CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 4ª ed. Niterói : Impetus, 2010, 1037 p.

⁷² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 659.

⁷³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª edição revista e ampliada. São Paulo: LTr, 2009, P. 582.

⁷⁴ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). Consolidação das Leis do Trabalho. In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de. **Vade mecum RT**. 7ª.edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 757-876.

⁷⁵ Ainda que ausente o vínculo de emprego haverá certa subordinação e possibilidade de o tomador manipular a força de trabalho do trabalhador. Assim, um tomador que contrata um pintor para pintar a sua casa poderá

subordinação, ganhará maior proeminência por ser a subordinação o principal elemento diferenciador das demais formas de prestação de trabalho: quanto maior subordinação, maior será a chance de estarmos diante de um contrato de emprego⁷⁶.

Adotando assim o entendimento de Mário Stoppino de que o poder envolve uma relação triádica, pode-se afirmar que o (1) tomador (2) exerce um poder de direção sobre a forma de prestação de serviços (3) na sua atividade profissional⁷⁷.

De acordo com Maurício Godinho Delgado, os fundamentos do poder de direção são controversos⁷⁸. A ideia mais antiga é a de que o poder de direção teria fundamento na propriedade privada do empregador, que, titular dos meios de produção, teria a prerrogativa de direcionar a força de trabalho do obreiro, mas tal concepção peca por não trazer nenhuma diferença entre o poder de direção na relação de trabalho escravo e o poder na relação celetista – em ambos há uma propriedade do tomador. Ademais, não absorve toda a complexidade do fenômeno, limitando-o a uma consequência da propriedade. Como se não bastasse, não consegue explicar o exercício do poder de direção na moderna empresa em que o titular do empreendimento nem sempre concentra a propriedade. Possui viés autoritário, devendo ser descartada.

A teoria do institucionalismo prega que o fundamento está na necessidade de manutenção da empresa e da sua finalidade econômico-social, havendo, assim, um “direito penal da empresa”⁷⁹. Como a teoria acima, porém, ela não absorve toda a riqueza do fenômeno que busca descrever, pecando ainda por não diferenciar a relação empregatícia de outras relações de produção. Por seu viés autoritário deve, igualmente, ser descartada.

Uma terceira justificativa seria uma delegação do poder público⁸⁰, impedindo que se configure o exercício de tal poder em uma justiça privada. As críticas são as mesmas lançadas à teoria acima: desaparecimento da liberdade, vontade, processo multilateral e dialético. A noção de que poder tem origem exclusivamente no Estado também não pode ser acolhida, especialmente em função do crescente processo de sua absorção pela sociedade civil.

determinar, mesmo sem que isso implique na existência de vínculo de emprego, a cor e marca das tintas utilizadas, o horário da prestação de serviços e que o serviço comece por determinado cômodo (por exemplo, pela varanda, pois irá receber convidados para um churrasco no dia seguinte).

⁷⁶ A conclusão dependerá, como exposto, de outros elementos fático jurídicos e higidez do contrato.

⁷⁷ A forma de prestação está submetida ao poder de direção, não à pessoa do prestador.

⁷⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 666-674.

⁷⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 4ª Ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 1039 p.

⁸⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 669.

Também se tenta justificar o poder de direção pela ideia de contrato, pelo qual as partes concordariam com a sua existência e com a concentração nas mãos do tomador. Trata-se de concepção que goza de grande prestígio em função de possuir capacidade de explicar tantos as visões mais assimétricas como as mais dialéticas do poder de direção.

Para Maurício Godinho Delgado⁸¹,

o contraponto entre as diversas concepções ora examinadas demonstra a clara superioridade da vertente contratualista, ao menos em sua leitura mais moderna. Efetivamente, trata-se da única concepção que abrange qualquer hipótese de configuração histórico-jurídica do fenômeno do poder empregatício.

Finalmente, surge, mas ainda com pouco prestígio, a existência de uma variante da teoria contratual⁸², fundamentando o poder de direção com base na autonomia das partes nas diversas situações da vida em sociedade, confirmatórias da democracia social e afinada com o momento histórico vivido. A teoria é criticável em função do contrato de emprego ser hoje, em sua grande maioria, celebrado por meio de adesão do obreiro aos termos propostos pelo empregador. Mesmo quando os termos lhe negam os direitos que lhe são assegurados por lei, o obreiro os adere em função da necessidade de se trabalhar.

Certo é que esse poder não pode ser utilizado de modo abusivo ou ilimitado⁸³.

Para Leda Maria Messias da Silva⁸⁴, “o empregador dirige a prestação de serviços de seus empregados”, mas “não pode ferir-lhe a honra ou a dignidade, a reputação, a intimidade, enfim, não pode dirigir seus pensamentos, desejos e anseios”.

Luiz Otávio Linhares Renault⁸⁵ destaca que o trabalhador “não deve receber um tratamento excessivamente rigoroso e desrespeitoso, como se fosse uma máquina funcionando sob constante cobrança, a cada dia atingindo e superando metas propostas pela chefia”, de modo que o poder de direção deve ser utilizado de forma razoável. “Aliás, quanto mais forte a

⁸¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito o Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 672.

⁸² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 672.

⁸³ Em função do art. 187 do Código Civil a impossibilidade de abuso se aplica a toda e qualquer situação de vantagem jurídica, não apenas ao poder de direção trabalhista.

⁸⁴ SILVA, Leda Maria Messias da. Dano moral: direitos da personalidade e o poder diretivo do empregador. **Revista LTr**. São Paulo, vol. 69, n. 4, abril. 2005, p. 69-04/423

⁸⁵ MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, **0060300-13.2006.5.03.0032**, Data de Publicação: 09/11/2009, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator: Luiz Otávio Otávio Linhares Renault, Revisor: Júlio Bernardo do Carmo, Divulgação: 06/11/2009. DEJT. p.117...

relação de poder, maior o rigor científico estrutural-normativo-axiológico, pois não há legitimidade sem base humanitária”⁸⁶. Destaca ainda, na mesma decisão, que

todo homem tem direito a um tratamento digno no ambiente de trabalho, prolongamento de sua cidadania, assim como de sua personalidade, valores esses imprescritíveis e inalienáveis. O círculo da moral é concêntrico (tempo e espaço); ele é monogênico, é confluyente; não há desvios; há realizações; e a sua transcendência é recíproca - homem/homem; homem/sociedade. Toda pessoa humana tem direito natural ao respeito, a uma dignidade e à boa fama, bases para a construção individual, familiar e social.

Antônio Álvares da Silva⁸⁷ defende que a democratização do poder diretivo faz com que o capital e o trabalho se integrem de maneira a criar uma “unidade funcional”, que passa a ser de tal forma tratada até mesmo pelo poder legiferante, que “não vai mais fazer leis para o empregador e para o empregado separadamente, mas sim para a empresa composta agora pelos dois”. Dessa forma, “só com esta visão e com esta metodologia a relação de emprego deixará de ser conflitual e a empresa se transformará num ponto de convergência, não mais de oposição entre o capital e o trabalho”. O seu fundamento não é meramente utilitarista, tendo “como fim maior a dignidade da pessoa humana (*Menschenwurde*) e a própria liberdade do trabalhador (*Freiheit des Arbeitsnemers*)”⁸⁸. Configura ainda “visão valorativa do trabalho em relação ao capital”, que “deixa de ser um mero fator de custo para se integrar à empresa como fator da produção tão importante como o capital”⁸⁹, tornando clara a inseparabilidade entre o homem e o trabalho, “antiga reivindicação ética do cristianismo e do marxismo”. Álvares da Silva destaca ainda a sua experiência positiva na Europa. Aliás, apresentou notáveis vantagens (*erhebliche Vorteile*): foi importante para a reconstrução econômica da Alemanha e permitiu que se consolidassem direitos e benefícios para a classe trabalhadora. As críticas, conclui, são meras desculpas (*vorgeschobener Grund*). Assim, além de ser uma forma “mais humana” de se exercer o poder, a democratização do poder de direção também se configura numa forma mais funcional e produtiva, devendo, por isso, ser priorizada.

⁸⁶ MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, **0037000-66.2008.5.03.0027**, Data de Publicação: 14/09/2009, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator: Luiz Otávio Linhares Renault, Revisor: Júlio Bernardo do Carmo, Divulgação: 11/09/2009. DEJT. p. 72.

⁸⁷ SILVA, Antônio Álvares da. **Co-gestão no Estabelecimento e na Empresa**. São Paulo: LTr, 1991, p. 26.

⁸⁸ SILVA, Antônio Álvares da. **Co-gestão no Estabelecimento e na Empresa**. São Paulo: LTr, 1991, p. 46.

⁸⁹ SILVA, Antônio Álvares da. **Co-gestão no Estabelecimento e na Empresa**. São Paulo: LTr, 1991, p. 52.

Para José Luiz Quadros de Magalhães⁹⁰, a co-gestão é “uma das formas de co-participação do trabalhador na empresa”. Assim, a “co-participação poderá se dar de diferentes maneiras, sendo, portanto, uma expressão mais ampla, mais abrangente que a co-gestão”.

Em que pese a existência do poder empregatício, os trabalhadores possuem espaço discricionário, pois como ensina Christophe Dejours,⁹¹ todo trabalho, desde o mais intelectual até o mais mecânico, precisa de “artimanhas, macetes, quebra-galhos, truques” para funcionar, de modo que se os trabalhadores seguirem sempre à risca as orientações dos seus superiores, o resultado será desastroso. No mesmo sentido, escreve Bruno Alves Rodrigues⁹² que há uma tendência de se valorizar o “conhecimento do empregado, com a cessão de autonomia”, permitindo que ele “ajude o desenvolvimento de todo o grupo, com o qual o mesmo interage, dentro do processo produtivo”.

Assim, o poder no ambiente de trabalho flui, no plano fático, de modo constante e de modo microfísico, mas o poder possui uma série de limitações no plano normativo, como a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a necessidade de utilidade em seu uso. Entretanto, em função da hipossuficiência obreira, é comum o abuso do poder diretivo no ambiente laboral, violando-se direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, causando dano moral.

2.4 Os excessos do capitalismo

Como ensina Jorge Luiz Souto Maior⁹³ o capitalismo não é a “mera busca pelo lucro”, mas sim “um modo de produção, no qual se requer a transformação de tudo em mercadoria, incluindo o trabalho”. Há duas “classes evidentemente identificadas: a dos capitalistas, que detêm o dinheiro, a propriedade e os meios de produção, e a dos trabalhadores expropriados e que não têm alternativa de sobrevivência a não ser a venda da força de trabalho”.

⁹⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos Humanos 29 – Co-Gestão** 1991. Disponível em: <<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2011/05/345-direitos-humanos-29-co-gestao.html>>. Acesso em: 25 out. 2012.

⁹¹ DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. Tradução de Liz Alberto Monjardim. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, 56 p.

⁹² RODRIGUES, Bruno Alves. Novo Paradigma de Subordinação na Relação de Emprego. **Rev. Trib. Reg. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 39, n. 69, p. 57-74, jan/jun. 2004. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Bruno_Rodrigues.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2012.

⁹³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho**, vol. I - Parte I. São Paulo: LTr, 2011, p. 130.

O lucro capitalista vem da mais valia. A força de trabalho não é remunerada pelo que vale, mas por valor inferior, pois há um lucro da produção. Assim, paga-se ao trabalhador uma fração do valor do seu trabalho. Entretanto, os excessos pervertem os valores do trabalho.

Entretanto, esse modo de produção nem sempre aceita moderação. O resultado é que o trabalho, como fonte de construção do ser humano e da sua personalidade é distorcido pelos exageros da produção capitalista em sua ânsia inesgotável de *mais: mais* trabalho, *mais* dedicação, *mais* produção, *mais* consumo, *mais* renovação, *mais* máquinas, *mais* emprego, *mais* valia, *mais* exploração, *mais* lucro, *mais* lucro, *mais*, *mais*, *mais*, *mais* e *mais*.

O descanso e ócio, “arte refinada e insubstituível fonte de ideias”⁹⁴, tornam-se vexatórios.

Esses excessos impostos pelo capital foram condenados em 1891 pela Encíclica *Rerum Novarum*. A situação hoje, entretanto, assume especial gravidade em função da tecnologia: deve haver trabalho mesmo fora do horário de trabalho, por meio de bips, celulares, computadores e, o que é mais grave, pensamentos. Assim, como destaca Jorge Luiz Souto Maior⁹⁵, “mesmo nos momentos de pretense lazer, o homem, sobretudo o trabalhador, é invadido pela lógica do processo produtivo”.

A exigir *sempre mais*, o capitalismo exige *demais*, desgastando e sufocando o ser humano. A dor do excesso substitui o prazer do trabalho comedido. Zygmunt Bauman⁹⁶ vê nesse excesso postura similar a de um parasita que “pode prosperar durante certo período, desde que encontre um organismo ainda não explorado que lhe forneça alimento”. E “não pode fazer isso sem prejudicar o hospedeiro, destruindo assim, cedo ou tarde, as condições de sua prosperidade ou mesmo de sua sobrevivência”. Essa lógica parasitária faz com que a causação de um dano moral a um determinado trabalhador tenha um alcance muito maior do que aquele problema pontual, pois, ainda que ocorra uma eventual compensação pecuniária posterior, persistirá uma racionalidade parasitária que levou àquela agressão e que possui potencial de levar a outras.

⁹⁴ DE MASI, Domênico. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Tradução de Yadir A. Figueiredo. Rio de Janeiro/Brasília: José Olympio, p. 279.

⁹⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do trabalho**: teoria geral do Direito do trabalho, vol. I - Parte I. São Paulo: LTr, 2011, p. 576.

⁹⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário e outros temas contemporâneos**. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar: 2012, p. 07.

Christophe Dejours⁹⁷ menciona a constante exigência de desempenho superior que gera uma guerra econômica. Assim, os “velhos que perderam a agilidade, jovens mal preparados, os vacilantes” são demitidos em prol da saúde da empresa – deve-se tirar toda a gordura. Ao final há mais vencidos que vencedores; e o pior: a hipótese de que essa guerra é fundada em leis econômicas é raramente formulada, aceitando-a como natural e inevitável. Mas, ainda com Dejours, o capitalismo não se importa com o ser humano, afinal pode ser trocado. Como uma lâmpada queimada. Essa cruel maquinaria econômica causa nos empregados “a macabra impressão de que o trabalho e a empresa estão tirando sua substância vital, seu elã e mesmo seu sangue: de que estão sendo consumidos, espoliados, sugados”. Esse sofrimento aumenta à medida que perdem gradativamente a esperança de melhoras.

O discurso econômico atribui o infortúnio à causalidade do destino, estando, assim, fora do alcance dos homens. Disso decorre o que Dejours chama de “banalização do mal”, que justifica os atos dos que não são vítimas da exclusão e, ainda, justifica o sistema. O liberalismo econômico não permite uma solução para esse quadro. Aliás, o apoia. Essa banalização do mal decorre de um longo processo que pode ser interrompido, controlado, contrabalançado. Entretanto, isso não ocorre.

Em situações de extrema dificuldade, os trabalhadores, não possuindo a possibilidade de não trabalhar, optam muitas vezes por sutis “estratégias coletivas de defesa”⁹⁸, como brincadeiras com o intuito de banalizar o sofrimento, como se dissessem para si mesmos que está tudo bem.

O trabalhador, vítima de reiterados abusos à sua personalidade no ambiente de trabalho precisa do trabalho, para se completar como ser humano e para pagar pelo que necessita para sobreviver, mas ele não pode rescindir o contrato com o causador do dano, pois deve comparecer no dia seguinte para a próxima jornada de trabalho. O resultado, de acordo com Luiz Otávio Linhares Renault e Amanda Helena Guedes Azeredo, é que “os empregados humilhados, muitas vezes, preferem o silêncio ao desemprego; preterem a sua saúde física e mental ao mercado de trabalho.”⁹⁹

⁹⁷ DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. Tradução de Liz Alberto Monjardim. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 13 e 48.

⁹⁸ A expressão é emprestada da obra de Christophe Dejours (2005, p. 35)

⁹⁹ AZEVEDO, Amanda Helena Guedes; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. O princípio da dignidade da pessoa humana como base para a diminuição do assédio moral nas relações de emprego. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v.49, n. 79, p. 201-211, jan/jun. 2009. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_79/amanda_

O tomador de serviços pode dispensar aquele que o incomoda. O trabalhador não possui essa prerrogativa.

Defende-se, no presente trabalho acadêmico que o trabalhador é mais frágil que o consumidor, pois, ao contrário deste, não possui meios de reduzir o contato com o agressor. De fato, o consumidor pode muitas vezes mudar de banco ou de empresa de telefonia com facilidade inexistente para o trabalhador. Slavoj Žižek, no programa Roda Viva do dia 02 de fevereiro de 2009¹⁰⁰, fornece embasamento para essa afirmação. De acordo com o entrevistado, a expressão “pós-trauma” deve ser descartada por não representar situações nas quais a violência não cessa após uma primeira agressão. Argumenta Žižek que, quando ocorre um trauma, como um estupro, a vítima busca formas de conviver com aquela experiência. Fala-se, assim, no EUA em “pós-trauma”. No Congo, explica, não há um momento posterior ao trauma, pois a congoleza estuprada será novamente vítima de novos estupros, tendo, inclusive, ciência disso. Não há um momento pós-trauma, pois “ela vive em um trauma permanente”¹⁰¹. Não há assim um momento pós-traumático para o trabalhador que é reiteradamente vítima de agressões à sua dignidade, pois, ao se manter no mesmo trabalho para poder pagar as suas contas, vive em trauma constante. Além disso, mesmo após o término da relação de emprego, o trauma persiste por ramificações como o desemprego, com as suas consequências econômicas e sociais, e o receio de ajuizar uma ação e ser perseguido. O raciocínio defendido por Slavoj Žižek define, assim, com precisão a relação de medo do empregador: não há pós-trauma, o trauma é permanente, o trauma é o retrato da ausência de resistência nas relações de emprego.

Enfim, se o consumidor que tem sua moral abalada por uma loja pode passar a efetuar compras noutra loja, vivendo um momento “pós-traumático”, o trabalhador viverá um “trauma permanente”, pois, sem condições de sair daquele ambiente, sofrerá novos abalos.

Essa hipossuficiência torna-se rarefeita à medida que se galgam degraus na hierarquia do tomador de serviços. Não se defende que a hipossuficiência deixe de existir nos cargos mais altos, mas sim que ela é mais enfática na situação dos trabalhadores com remuneração inferior. Dessa forma, o trabalhador que recebe um salário mínimo possui menos capacidade

azeredo_luiz_Otávio_Renault.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2012.

¹⁰⁰ ŽIŽEK, Slavoj. **Roda Viva**. 2009. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=boRoSOrP5a0>>. Acesso em: 14 mar. 2012

¹⁰¹ A ideia é exposta por Žižek aproximadamente aos 16min40seg do programa.

de se afirmar dentro do ambiente de trabalho do que o diretor da empresa. Nesse contexto, destaca Sílvia Jardim¹⁰² que

produz-se indivíduos trabalhadores que se dizem livres e iguais. Entretanto, numa sociedade que se diz igualitária, o trabalho produz diferenças entre homens e mulheres, pais e filhos, entre patrões e empregados, entre profissionais e intelectuais e entre quem tem trabalho e quem está desempregado. Falar de trabalho e de trabalhadores acaba sendo uma generalização necessária, mas que encontra um campo onde entre um trabalhador manual e um trabalhador intelectual existem muitos hiatos.

Assim, quem mais precisa de proteção é o trabalhador que recebe salários pequenos e que não ocupa cargos de destaque na organização empresarial. Ninguém o vê, ninguém o escuta e poucos o respeitam.

Dessa eterna hipossuficiência operária decorre uma inversão de valores no ambiente empregatício: o empregado, muitas vezes, não trabalha pensando em crescer como ser humano ou crescer profissionalmente dentro da empresa, mas sim em não ser substituído. O foco do empregado, que deveria ser o crescimento pessoal e talvez até a promoção, é substituído pelo foco na manutenção do emprego.

Essa distorção do trabalho leva Christophe Dejours¹⁰³ a afirmar que o local de trabalho se torna “o grande palco do sofrimento”, tanto para “os que dele se acham excluídos quanto para os que nele permanecem”.

Essa inversão de valores viola o Estado Democrático de Direito consagrado no art. 1º da Lei Maior, que pretende assegurar a dignidade da pessoa humana através de uma sociedade mais ética, justa, livre e solidária, valorizando os princípios jurídicos. Também contraria o art. 170 da Constituição de 1988 que consagra uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e o art. 193 que determina que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

O fundamento do trabalho é distorcido pela lógica capitalista. O empregado, que precisa daquele trabalho, pensa: *ruim com esse emprego, muito pior sem ele. Basta lembrar o colega que estava ao meu lado na semana passada e hoje está na fila do desemprego.*

Mas não é só.

¹⁰² JARDIM, Sílvia Rodrigues. O trabalho e a construção do sujeito. In: SILVA FILHO, João Ferreira da; JARDIM, Sílvia Rodrigues. **A danação do trabalho**: relações de trabalho e sofrimento. Rio de Janeiro: Te Corá Editora, 1997, p. 81.

¹⁰³ DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. Tradução de Liz Alberto Monjardim. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 37.

Vivemos uma nova revolução, que guarda grande similaridade com a revolução industrial, embora seja de cunho essencialmente tecnológico. O trabalhador lê. Escuta. Vive. Sente. Percebe essa revolução e absorve a sua tensão. Indaga, silenciosamente, a si próprio: *será* criada uma máquina capaz de me substituir? Ou, para os mais pessimistas, *quando* será criada uma máquina capaz de me substituir?

Poderá o trabalhador realmente tornar-se um dia obsoleto? Em suas aulas no curso na pós-graduação da PUC Minas o Prof. Dr. Márcio Túlio Viana menciona o trabalho do artista australiano Stelios Arcadiou, pseudônimo Stelarc, que cria obras de arte ligadas à robótica e que questionam o papel do corpo humano no futuro. Concluiu Sterlac que em breve o conhecimento do ser humano poderá ser armazenado em dispositivos eletrônicos similares a um pen drive, e que o corpo poderá ser substituído por estruturas de metal similares a um esqueleto, estas, inclusive, já desenhadas e construídas por ele e utilizadas em shows e performances. Haveria sobrevida de cada um de nós em um momento “pós-humano”, o que confirmaria a sua afirmação de que o corpo humano estaria obsoleto. Ora, se realmente vier a existir dispositivo capaz de armazenar memória, conhecimento, treinamento e know-how, este dispositivo, quando acoplado a uma estrutura metálica similar ao corpo humano poderá substituir trabalhadores de determinados cargos, em fenômeno similar ao que se verificou na segunda metade do séc. XVIII e que, aliás, continua ocorrendo pontualmente. A ideia, que a primeira vista parece futurista e surreal, não é totalmente distante das revoluções implantadas pelas máquinas de fotocópias, que praticamente sepultou o trabalho dos escribas. Ademais, a história ensina que o que se considera impossível em um dia, como voar, navegar pela internet e produzir em larga escala, se torna realidade anos, décadas ou mesmo séculos depois. Não deve assim ser ignorada tal previsão.

Jorge Luiz Souto Maior¹⁰⁴ sintetiza o que até aqui foi exposto:

O que parece incontestável é que o trabalho representa, por si, um valor fundamental para o ser humano, mas o trabalho inserido em relações capitalistas, servindo à reprodução do capital e ao mesmo tempo ao sentimento de pertencimento a esta sociedade por parte do trabalhador, que perde, assim, a noção de sua exploração ou a aceita como forma de gratidão à oportunidade oferecida, tende a transformar o trabalho em mercadoria e o homem na coisa, a máquina motriz que o expelle. Produz-se indivíduos trabalhadores que se dizem livres e iguais. Entretanto, numa sociedade que se diz igualitária, o trabalho produz diferenças entre homens e mulheres, pais e filhos, entre patrões e empregados, entre profissionais e intelectuais e entre quem tem trabalho e quem está desempregado. Falar de trabalho e de

¹⁰⁴SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do trabalho**: teoria geral do Direito do trabalho. vol. I - Parte I. São Paulo: LTr, 2011, p. 29.

trabalhadores acaba sendo uma generalização necessária, mas que encontra um campo onde entre um trabalhador manual e um trabalhador intelectual existem muitos hiatos.

Esse terreno é fértil para a exploração e para os abusos dos trabalhadores por parte dos contratantes.

3 O PAPEL DO ESTADO DIANTE DA HIPOSSUFICIÊNCIA OBREIRA

No presente ponto desta dissertação, já se pontuou que no ambiente de trabalho opera um poder empregatício que, somado à hipossuficiência obreira, resulta em ampla desigualdade entre as partes.

Passa-se agora a se analisar como deve o Estado proceder diante de tal cenário. Para tanto, apresentaremos os modelos de Estados nos quais havia o trabalho livre, pois como ensina Maurício Godinho Delgado¹⁰⁵, sem liberdade, impossível falar em Direito do Trabalho¹⁰⁶.

3.1 As revoluções burguesas e a insurgência contra o Estado absolutista

No Estado absolutista, no qual ao agir o Rei (re)escrevia o Direito, tudo que lhe agradava ganhava automática força legal. Foi consagrado no brocardo que aquilo que agrada o príncipe tem força de lei (*quod principi placuit habet legis vigorem*).

Dessa forma, o Estado era ilimitado, absoluto e superior à lei, não podendo sequer ser responsabilizado pelos danos causados pelos seus soberanos. Essa ideia foi sintetizada pela máxima de que o rei nunca erra - *the King can do not wrong*, na Inglaterra e *le roi ne peut mal faire*, na França. A ideia é basicamente a mesma:

Os abusos eram frequentes, e essa forma absolutista de Estado passou a ser vista no século XVIII como inimiga da liberdade primitiva pensada por Kant. É preciso lembrar que

a liberdade foi o princípio que assumiu maior relevância nos primeiros textos Constitucionais por ser *standart* burguês. Com base em postulados jusnaturalistas, não foi considerada como um direito ofertado pelos entes estatais, mas como um direito que era anterior ao Estado e por isso devia ser por ele respeitado. Por essa premissa, a liberdade era considerada como um princípio superior às normas positivadas, não podendo ser suprimida pelas leis impostas pelo homem.¹⁰⁷

As ideias iluministas¹⁰⁸ de George Berkeley, David Hume, Hobbes, Locke, Voltaire, Montesquieu e Rosseau (*Aufklärung*) contrárias ao obscurantismo e fundadas na razão e

¹⁰⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 86.

¹⁰⁶ Podem-se identificar normas esparsas de proteção ao trabalhador em períodos anteriores às revoluções burguesas, mas eram incapazes de formar um conjunto de normas protetivo sistematizado suficiente para compor um ramo do direito.

¹⁰⁷ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 132.

¹⁰⁸ Registre-se o alerta de Francisco José Calazans Falcon, citado por Jorge Luiz Souto Maior, que em que pese sua importância para as revoluções burguesas, o iluminismo não se limita a isso, permanecendo presente até hoje como doutrina “capaz de promover debates e tomadas de posições dos mais variados tipos”. (FALCON, 2004

valorização do homem passaram a exercer forte influência¹⁰⁹. Passa a vigorar a ideia individualista de que quanto menos atuante fosse o Estado mais feliz seria o indivíduo - sem intervenção de terceiros, especificamente sem intervenção do Estado, o indivíduo poderia encontrar a sua luz interna e, conseqüentemente, a felicidade. A infelicidade seria creditada exclusivamente ao indivíduo que não tivera coragem para buscar a felicidade por meio da razão.

Deflagraram-se revoluções burguesas buscando distanciar o Estado do paradigma absolutista. Como destaca Gabriela Neves Delgado¹¹⁰,

foi por meio dessas revoluções que se firmou o ‘declínio do absolutismo, do mercantilismo e dos resquícios do regime feudal [...]’ e a ascensão de um novo modelo de Estado, fundado na [...] prática do individualismo econômico e no liberalismo político [...], o Estado Liberal de Direito.

Em 26 de agosto de 1789, foi aprovada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, sepultando o antigo regime, o que, de acordo com Norberto Bobbio¹¹¹, “representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalaram o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano”.

Em substituição do modelo absolutista, é criado um modelo completamente oco, desprovido de conteúdo. Sua função era permanecer inerte, mínimo, indiferente às questões particulares, que poderia ser tratadas com enorme liberdade - embora o lema da Revolução Francesa fosse “liberdade, igualdade e fraternidade”, resultou na criação de um Estado cujo lema era, em verdade, “liberdade, liberdade e ainda mais liberdade.”

Nos Estados Unidos cria-se uma Constituição que fixa as regras do mercado, determinando que o Estado permaneça inerte, assistindo à equipe mais forte sufocar a mais fraca. Na França, a Constituição não se contenta apenas em estabelecer as regras do jogo, sendo, ela própria, um projeto político de transformação política e social que pretende participar diretamente do jogo, estabelecendo diretrizes.

apud SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do trabalho**: teoria geral do Direito do trabalho. vol. I - Parte I. São Paulo: LTr, 2011, p. 92).

¹⁰⁹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do trabalho**: teoria geral do Direito do trabalho, vol. I - Parte I. São Paulo: LTr, 2011, p. 9-93.

¹¹⁰ DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006, p. 29.

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 85.

A justificativa para a criação de um modelo de Estado tão ausente é bem sintetizada por Paulo Bonavides¹¹²:

[...] na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional, como o maior inimigo da liberdade.

Os direitos foram surgindo como resposta lógica e coerente às necessidades da época, especialmente daqueles que tinham força política para conseguir sustentar a sua criação e manutenção. De acordo com Jean Morange¹¹³, os direitos humanos, por exemplo, surgiram por estar

em acordo com o ‘espírito da época’ e por aquilo que hoje se chama de cultura dominante. Também se justificavam por servir a interesses políticos bem concretos. Arma de guerra ideológica a serviço de uma classe social e do imperialismo da Grande Nação, os direitos humanos foram apresentados como um conjunto perfeitamente coerente, resultando de uma evolução inelutável e puramente racional.

Dessa forma, esclarece,

a liberdade de ir e vir se reporta à Bastilha [...], a liberdade de escrever e de imprimir lembra Emílio queimado pelas mãos do carrasco e Rousseau banido por um dos mais belos livros do século; a liberdade de consciência lembrava os protestantes expulsos do Reino e destituídos de estado civil. A propriedade confirmada como direito natural respondia às velhas dívidas feudais às quais ela havia sido subjugada [...] a igualdade diante da lei se opunha às justiças excepcionais; a igual admissibilidade dos encargos aos privilégios dos graus reservados aos nobres; a partilha proporcional dos impostos à *taille* – imposto cobrado dos plebeus.¹¹⁴

Completa Norberto Bobbio¹¹⁵:

[...] não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outra categoria de pessoas: o reconhecimento do direito de não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos; o reconhecimento do direito de não ser torturado implica a supressão do direito de torturar.

Assim, à medida que a classe dominante necessitava, criavam novos direitos que lhes assegurassem as práticas desejadas, eliminando, automaticamente, as práticas que considerava

¹¹² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 27.

¹¹³ MORANGE, Jean. **Direitos Humanos e Liberdades Públicas**. 5ª. ed. rev. e ampl. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 17.

¹¹⁴ JANET, Paul. *Philosophie de la Révolution Française*. 4ª ed., Paris. 1892 *apud* MORANGE, Jean. **Direitos Humanos e Liberdades Públicas**. 5ª. ed. rev. e ampl. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 18-19.

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 20.

indesejáveis. Quanto à classe dominada, assistia à essa criação sendo, invariavelmente, massacrada por ela.

Passamos, então, a analisar detalhadamente essa forma de Estado talhada para se contrapor ao Estado absolutista: o Estado liberal.

3.2 O Estado liberal e a banalização das péssimas condições de trabalho

Se no absolutismo o Estado era considerado um inimigo da autonomia da vontade, as revoluções burguesas do século XVIII cunharam um modelo que possuía um mínimo de prerrogativas interventivas, assegurando ampla liberdade aos particulares¹¹⁶, e amparado pela primeira dimensão¹¹⁷ de direitos fundamentais protetivos das liberdades da pessoa humana, direitos negativos, de resistência, de defesa contra atuação do Estado¹¹⁸. Acreditava-se que essa plena liberdade seria suficiente para assegurar a felicidade de todos¹¹⁹.

O Estado liberal foi talhado como um Estado mínimo, sem estrutura e sem conhecimento de administração e, ainda assim, foi considerado na época como exagerado - sua atuação era tomada como intervenção indevida que diminuía o lucro.

Surge um grande distanciamento entre o público e o privado (“modelo da incomunicabilidade”), com prevalência do privado com grande valorização da propriedade, que na época não vinha acompanhada do dever de observância de uma função social.

Havia forte sentimento de confiança na lei. A liberdade era compreendida como a faculdade de ser limitado somente por leis com as quais escrevemos ou, pelo menos, consentimos. O aspecto formal de sua produção deveria ser observado, independente do seu conteúdo. Vivia-se pelo adágio “suporta a lei que fizeste”¹²⁰. Esse positivismo jurídico

¹¹⁶ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 132

¹¹⁷ Optamos pela nomenclatura dimensão ao invés de geração por entendermos que esta traz a inadequada ideia de que os direitos fundamentais se substituem no tempo, quando, na verdade, se somam, em processo evolutivo-cumulativo conforme explicam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior. (ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. rev. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 115-116.) No mesmo sentido Walber de Moura Agra afirma que “a doutrina moderna prefere o termo dimensão, pois sugere que não existe uma alternância nas prerrogativas, mas uma evolução, contribuindo cada fase anterior na elaboração da fase posterior. [...] As dimensões de direitos são quantitativas e qualitativas” (AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 123)

¹¹⁸ Este Estado liberal não intervencionista limitava-se a reconhecer direitos civis e políticos, estes de forma incipiente.

¹¹⁹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do trabalho: teoria geral do Direito do trabalho**. vol. I - Parte I. São Paulo: LTr, 2011, p. 149.

¹²⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional positivo. 14ª edição revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 646.

acrítico levou a um ordenamento jurídico ora injusto, ora insuficiente e a ausência de intervenção do Estado permitia a exploração do homem pelo homem.

O mercado funcionaria sem qualquer intervenção do Estado, sendo guiado pela sua “mão invisível”. Christophe Dejours¹²¹ aponta que havia uma verdadeira “guerra econômica” na qual, para ofertar produtos a preços mais competitivos, os dirigentes optavam por, utilizando suas próprias expressões, “enxugar os quadros”, “tirar o excesso de gordura”, “arrumar a casa”, “passar o aspirador”, “fazer faxina”, “desoxidar”, “tirar o tártaro” e “combater a esclerose ou a ancilose” e, por que não, aniquilar a concorrência. Nessa guerra, vencia o economicamente mais forte, diminuindo os empregos, os tributos e a concorrência, com reflexos nos preços. Mas, ainda de acordo com Dejours, mesmo cientes dos riscos os dirigentes não querem alterar o sistema, pois dessa guerra surgem alguns poucos vencedores que “desfrutam de uma prosperidade e uma riqueza que todos os demais admiram e invejam”. Não decorre, assim, “de uma cegueira, mas de um cálculo e de uma estratégia”¹²².

Dejours aponta que não se trata de uma guerra com armas, mas sim de uma guerra de competitividade. Também não é uma guerra santa, “embora às vezes se cochiche ser uma guerra sã – admite-se atropelar certos princípios. O fim justificaria os meios”. Afirma, ainda, afinado com o que expusemos acima, que esse modelo possui suporte em uma mentalidade que o aceita, ou seja, “funciona porque homens e mulheres consentem em dela participar maciçamente”.

De acordo com Walber de Moura Agra¹²³, o modelo era pensado de modo a que “os cidadãos mais capazes” pudessem “se destacar”.

Dessa “ausência liberal” se extrai a impossibilidade de intervenção na negociação do contrato de trabalho. De acordo com Maria Cecília Máximo Teodoro¹²⁴, “vigia a liberdade individual e a liberdade contratual”. E, sem qualquer poder de barganha, os trabalhadores aderiam a contratos de trabalho com conteúdo que lhes era bastante desfavorável¹²⁵. *Exempli gratia*, a jornada de trabalho semanal para trabalhadores adultos nas indústrias têxteis girava

¹²¹ DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. Tradução de Liz Alberto Monjardim. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 14-15.

¹²² DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. Tradução de Liz Alberto Monjardim. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 16.

¹²³ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 7.

¹²⁴ TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011, p. 28.

¹²⁵ De acordo com José Tarcízio de Almeida Melo a igualdade liberal fez com uma parcela da população fosse “esmagada”. (MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 29).

em torno de 80 horas por volta do ano de 1.780¹²⁶. A jornada de trabalho infantil, por sua vez, não apenas era comum, mas também ilimitada¹²⁷.

Assim, a ampla liberdade era observada no ambiente de trabalho no momento da contratação e execução do contrato de trabalho, em cenário de poder de direção ilimitado.

Curiosamente, se falava em liberdade e não em escravidão. Entretanto, esse trabalho, supostamente livre, vinha acompanhado de péssimas condições de trabalho e remuneração que apenas permitia a aquisição do essencial para manter-se vivo, permitindo-se uma comparação com a escravidão egípcia. Ora, um trabalhador que cumprisse jornadas de 80 (oitenta) horas por semana recebendo salário-hora irrisório possuía efetiva liberdade?

A qualidade de vida do cidadão comum era a pior possível. Essa situação era vista como uma natural consequência de um sistema no qual a influência estatal, além de vedada, era indesejada. Não haveria, assim, injustiça, mas apenas um livre mercado econômico privilegiando os que produzissem de forma a melhor contribuir para o capitalismo. A vida dos (ainda) não excluídos, por sua vez, agravava essa adversidade.

De acordo com Dejourns¹²⁸, essa visão de que as péssimas condições de trabalho e a consequente crise do emprego seriam fenômenos sistêmicos e econômicos, sobre o qual não se poderia influir, configura a um só tempo: manifestação de um processo de banalização do mal e “defesa contra a consciência dolorosa da própria cumplicidade, colaboração e da própria responsabilidade no agravamento da adversidade social”.

E, desprovido de outros bens, a força de trabalho havia se tornado a única forma de o cidadão mais simples obter alguma riqueza.

Como sintetizado por Maria Cecília Máximo Teodoro¹²⁹,

[...] a Revolução Francesa teve seus méritos ao exterminar com as classes estamentais e com as corporações de ofício, mas por outro lado, acabou reduzindo a sociedade civil a um conjunto de indivíduos abstratos e egoístas. Ao mesmo tempo que a filosofia iluminista transformava o império da tradição em liberdade por meio da razão, criava-se a liberdade individual fincada na razão e tornava a política mero instrumento de conservação de uma sociedade dominada pela burguesia.

¹²⁶ Em função do declínio do Estado Liberal, tal jornada semanal foi gradativamente sendo reduzida, chegando a uma média de 67 horas por semana em 1.820 e 53 horas em 1.860.

¹²⁷ Em 1802 a jornada de trabalho infantil fora limitada pelo *Peel's Act* em 1802, ainda assim para 12 horas diárias.

¹²⁸ DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. Tradução de Liz Alberto Monjardim. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 21.

¹²⁹ TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011, p. 28.

Identifica-se nesse modelo a plena liberdade para agir com o mínimo de ingerência do Estado, o que configura a primeira dimensão de direitos fundamentais.

Esse direito de exigir o afastamento possuía apenas eficácia vertical, ou seja, poderia ser exercido somente em face do Estado. O poder executivo estava esvaziado de sentido, aproximando-se de um mero observador. O judiciário atua dentro de estrita legalidade, aplicando a norma jurídica de forma puramente técnica, indiferente aos valores da sociedade. Nesse sentido explica Luiz Guilherme Marinoni ¹³⁰ que

[...] Diante da hegemonia do parlamento, o executivo e o judiciário assumiram posições óbvias de subordinação. O executivo somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus exatos limites, e o judiciário apenas aplicá-la, sem mesmo poder interpretá-la; o legislador, assim, assumia posição nítida de superioridade. Na teoria da separação dos poderes, a criação do direito era tarefa única e exclusiva do legislativo.

Assim,

[...] o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, pois o julgamento deveria ser apenas “um texto exato da lei”. Por isso, Montesquieu acabou concluindo que ‘o poder de julgar’ era, de qualquer modo, um ‘poder nulo’ (*en quelque façon, nulle*).

Essa dogmática alienante tornava o juiz, na expressão consagrada por Montesquieu, mera boca da lei. Para implementar tal formato, investe-se em um ordenamento jurídico de muitas regras, delimitando com precisão o que era e o que não era permitido, valorizando a segurança jurídica, tão cara à burguesia. Em tal cenário surge a Escola da Exegese jurídica, para a qual o intérprete deve limitar-se a buscar a vontade da lei. Vale lembrar que a lei que tivesse percorrido o procedimento legislativo previsto para a sua produção teria validade independente do seu conteúdo.

Paulo Bonavides sintetiza que havia uma ampla “supremacia do legislativo”. ¹³¹ Daí a afirmação de que o Estado liberal é essencialmente um Estado de Direito, ou, como disserta Kildare Gonçalves Carvalho ¹³², “o Estado de Direito, expressão usada pela primeira vez por Robert Von Mohl (*Rechtsstaat*), acha-se vinculado historicamente ao liberalismo político e econômico”.

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil**. vol.1. Teoria geral do processo. 3ª ed. 2008. São Paulo: RT, 2008, p. 26-36.

¹³¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 69.

¹³² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional positivo. 14ª edição revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 645.

Esse modelo liberal consagra um Estado que arrecada pouco e não distribui renda, mantendo as desigualdades e impedindo a circulação de riquezas. Embora o lema da revolução francesa pregasse igualdade, o seu significado era meramente formal, ignorando o fato de que as pessoas, em situações concretas, frequentemente se encontram em situação de desigualdade.

Nesse sentido Luís Roberto Barroso¹³³ afirma que:

A igualdade formal, que está na origem histórica liberal do princípio, impede a hierarquização entre pessoas, vedando a instituição de privilégios ou vantagens ou vantagens que não possam ser republicanamente justificadas. Todos os indivíduos são dotados de igual valor e dignidade. O Estado, portanto, deve agir de maneira impessoal sem selecionar indevidamente a quem beneficiar ou prejudicar. A igualdade material, por sua vez, envolve aspectos mais complexos e ideológicos, de vez que é associada à ideia de justiça distributiva e social: não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-los, também, perante a vida, ainda que minimamente.

Mas nem todos compartilham essas críticas ao modelo liberal. Eduardo Chaves¹³⁴, por exemplo, entende que o liberalismo acerta ao não reconhecer o que chama de “supostos direitos”, como direitos “à educação, à saúde, ao trabalho, à seguridade social, à moradia, ao transporte, etc.”, Argumenta ainda que

[...] países de tendência liberal (mesmo que seu sistema hoje esteja longe dos princípios liberais clássicos aqui delineados) frequentemente precisam fechar parcialmente suas fronteiras para controlar o ingresso de pessoas de outros países. Enquanto isso, os países socialistas da antiga Cortina de Ferro criavam muros para impedir que seus cidadãos fugissem. Diante disso, pode parecer que o liberalismo não precisa de defesa.

[...].

[...] Arma-se um ataque de dimensões gigantescas contra os princípios liberais – só que, fracassado o socialismo, o ataque agora vem mascarado de democrática, escondendo-se em princípios social-democratas – às vezes erroneamente chamados de neo-liberais. Para se chegar ao liberalismo não basta privatizar empresas estatais: é preciso redefinir drasticamente as funções do estado, reduzindo-as às funções essenciais que os liberais clássicos defendiam.

Ao final, conclui que “quando o estado for realmente enxugado” com todas as privatizações que defende serem essenciais, “experimentará uma onda de crescimento econômico nunca antes vista”.

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). **Discriminação**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 42.

¹³⁴ CHAVES, Eduardo. <http://www.chaves.com.br/TEXTSELF/PHILOS/liberal.htm> Acesso em: 28 ago. 2012.

Roberto Campos¹³⁵ defende que “o liberalismo não é excludente. A exclusão é do regime socialista intervencionista”, fundamentando a afirmação com o enorme desemprego na França causado por um alto salário mínimo e a ausência de exclusão durante o período Reagan que, como será analisado, revitalizou grande parte das ideias liberais¹³⁶. No mesmo sentido, o jornalista Marcelo Rehder noticiou no Jornal Estadão que o seu colega Carlos Alberto Sardenberg¹³⁷ ”argumenta que todos os grandes momentos de prosperidade econômica foram períodos de prevalência do liberalismo”.

No presente trabalho, defende-se que os argumentos dos defensores do liberalismo não são válidos, pois exaltam um modelo em que vige a precarização da força de trabalho e do ser humano trabalhador. Ao clamor por um Estado mínimo e pelo máximo de liberdade, permitiu a exploração da liberdade do menos afortunado criando um verdadeiro paradoxo: o excesso de liberdade a inviabilizava. Quanto mais liberdade era concedida, mais os privilegiados tornavam os trabalhadores desprovidos de liberdade. Melhor elaborando: quanto mais se deixava o homem sem amarras do Estado para negociar livremente, mais o empregador explorava o empregado, tornando-o um servo de um contrato desleal que havia sido forçado a assinar pelas forças das circunstâncias. E, conseqüentemente, um homem sem liberdade.

Quanto ao último argumento, não se pode admitir que a prosperidade econômica seja obtida às custas da qualidade de vida do ser humano. A economia deve servir e este, e não o contrário. O trabalho deve ser regulado pela dignidade e não pela lei da oferta e procura.

De acordo com Maurício Godinho Delgado¹³⁸, desde o seu surgimento, a “matriz teórica liberal” gozou de grande força, tendo permanecido “incólume durante todo o século XIX”, ainda que “em sua segunda metade já despontassem críticas consistentes e cada vez mais generalizadas ao capitalismo desenfreado, sem peias, instigado por essa matriz de interpretação e gestão da economia e sociedade”.

É impossível precisar quais as causas que levaram à derrocada do modelo liberal e à expansão do Estado de Bem-Estar Social, especialmente após a Segunda Guerra Mundial.

¹³⁵ CAMPOS, Roberto. **Distribuição de Renda**. Liberalismo. Roda Viva. 2007. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=2PJXoNII1Ng>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

¹³⁶ Destaque-se que a entrevista foi postada na internet pelo administrador de um canal de vídeos totalmente dedicado a louvar e defender o liberalismo: Disponível em: <<http://www.youtube.com/user/liliberalismo>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

¹³⁷ REHDER, Marcelo. Jornalista sai em defesa do liberalismo. Notícias. **Estadão**. 2009. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090216/not_imp24451,0.php>. Acesso em: 28 ago. 2012.

¹³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**. São Paulo: LTr, 2010, p. 73.

Concessão da burguesia temerosa com o avanço das ideias socialistas ou conquista dos trabalhadores? Disserta Maria Cecília Máximo Teodoro¹³⁹ que,

Não obstante a II Guerra Mundial seja considerada o marco que permitiu o desenvolvimento do Estado social, uma multiplicidade de fatores contribuiu para a formação desse modelo de gestão estatal. Uma gestão intervencionista na questão socioeconômica e aberta à participação popular no poder político.

No mesmo sentido, Carlos Alberto Pimenta de Faria¹⁴⁰ acrescenta que:

Peter Baldwin resume com argúcia e humor essa controvérsia: “O Estado de bem-estar social tem sido considerado como um projeto intencional das elites para manter sob controle um proletariado rebelde, como uma vitória dos operários sobre a burguesia na transição pacífica para o socialismo, como um ingrediente necessário da sociedade industrial, qualquer que seja sua orientação política, como um retorno às normas de reciprocidade e moralidade da era pré-industrial, talvez mesmo pré-histórica, como fruto da imaginação de administração neutras em busca de soluções para problemas sociais de natureza técnica, como produto da luta de classes e da harmonia de consenso social.

Conjugando todos esses fatores, os quais tiveram certa influência, afirma-se que as contradições internas do paradigma liberal de Estado, associadas com o surgimento das ideias de esquerda, levaram à falência do modelo liberal de Estado.

Em função da sua ideia de igualdade meramente formal, não há espaço no Estado liberal para a limitação do poder de direção, cabendo ao prejudicado, após o dano, buscar o seu ressarcimento.

Nesse período de formação e solidificação do Estado liberal, o dano moral não era conhecido – como será desenvolvido adiante, a sua existência era uma controversa até bem pouco tempo. Isso não significa que não ocorria: a regra era a brutalidade contra o trabalhador, causando-lhe danos das mais variadas espécies, inclusive morais. Ou seja: ao preservar a excessiva individualidade e sustentar-se na inadequação de intervenção do Estado nas relações privadas o liberalismo mantém terreno árido e infértil para a defesa do trabalhador. A ampla liberdade, cúmplice de tais agressões, impedia – ou pelo menos dificultava – o desenvolvimento de estudos referentes à sua proteção no local de trabalho.

Nesse contexto, não se pode falar em limitação ao poder empregatício, mas apenas em ampla liberdade da sua utilização.

¹³⁹ TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011, p. 49.

¹⁴⁰ FARIA, Carlos Alberto Pimenta de. Uma genealogia das teorias e tipologias do Estado de bem-estar social In: DELGADO, Maurício Godinho, PORTO, Lorena Vasconcelos (Org.). **O Estado do Bem-Estado Social no Século XXI**. São Paulo: LTr, 2007, p. 34.

Com a inserção de normas sociais na Constituição do México de 1º de maio de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919 (*Verfassung des Deutschen Reichs*), o paradigma liberal foi temporariamente superado.

3.3 O Estado social, a igualdade material e os direitos positivos

O Estado social é um modelo intervencionista, que requer sempre a presença do poder político nas esferas sociais, cabendo ao Estado proteger e assegurar os direitos fundamentais por medidas positivas. Embora parte da doutrina entenda que são expressões sinônimas, Maria Cecília Máximo Teodoro¹⁴¹ explica que o Estado social não se confunde com a espécie Estado do Bem-Estar Social, também chamada de *Welfare State*, que foi implementada nos Estados Unidos da América, buscando assegurar apenas um mínimo.

Institucionalmente, esse modelo social de Estado rompe com o liberalismo clássico por se preocupar com valores antes ignorados pelo Estado, como o trabalho, o emprego, a saúde e a assistência social. Nesse sentido, Gabriela Neves Delgado¹⁴², após destacar o “caráter gestor” do paradigma do Estado Social de Direito, esclarece que “o Estado tornou-se um Estado Administrador, intervencionista e assistencialista, e o cidadão um cidadão cliente”. Essas prestações não são feitas como caridade, mas sim como um direito subjetivo de todos.

A primeira dimensão de direitos e garantias fundamentais convive nesse paradigma de Estado com uma segunda dimensão, que exige prestações positivas, ou seja, estabelece a atuação do Estado para consagrar direitos. Trata-se de direitos protetivos das necessidades materiais dos indivíduos, e com eles, a crença de que o Estado atue positivamente, adotando, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴³, “comportamento ativo na realização da justiça social”. São direitos sociais, econômicos, culturais, gerando o dever do Estado de assegurar lazer, saúde, trabalho e assistência social, dentre outros¹⁴⁴. Destaque-se, com Walber de Moura Agra¹⁴⁵, que “as dimensões de direito são quantitativas e qualitativas”, de modo que ao consagrar uma segunda dimensão de direitos, o Estado social não anula a dimensão anterior,

¹⁴¹ TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011.

¹⁴² DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006, p. 49.

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed..rev. atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 47.

¹⁴⁴ Embora a Constituição faça referência a um Estado Democrático de Direito, a prestação insuficiente dessas prestações no Brasil demonstra que não temos sequer um efetivo Estado Social. No máximo, um Estado Social em construção.

¹⁴⁵ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 123.

mas sim “acrescenta uma nova densidade de prerrogativas aos cidadãos que até então não existia”, em evolução infinita que busca consolidar as dimensões anteriores. E arremata o autor: “enquanto o ser humano continuar a produzir valores, as suas necessidades a cada dia se avolumarão, sem se poder precisar um final para a saciedade dos interesses humanos”.

O catálogo de direitos torna-se visivelmente mais extenso.

Nesse cenário de direitos fundamentais que demandam prestações positivas, o poder executivo, esvaziado de sentido no paradigma liberal, ganha força e conteúdo, dele se esperando políticas de intervenção e promoção de direitos.

Passa-se a admitir uma igualdade material, ou com dimensão dinâmica, devendo o Estado atuar positivamente para implementar igualdade substancial e real. Essa noção permite, e até mesmo fomenta, o surgimento do Direito do Trabalho, que, como explica Maurício Godinho Delgado¹⁴⁶, forma “uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”.

Jorge Luiz Souto Maior¹⁴⁷ explica que a defesa de um Direito Social, “incluindo o próprio Direito do Trabalho, serve ao capitalismo, conferindo-lhe uma instrumentalidade organizacional”, mas, ao colocar em “confronto os interesses do capital e do trabalho”, permite “uma evolução das relações sociais”. Assim, não representa, por si só, “a concretização de um projeto revolucionário, de natureza socialista, da sociedade”.

O poder judiciário também é renovado, não mais se limitando o juiz à função de mera dedução lógica avalorada e passando a exercer papel de, ao solucionar os conflitos que lhe são apresentados, criar o Direito. Como explica Maria Cecília Máximo Teodoro o juiz perde a sua “função robótica de mera aplicação neutra da lei”¹⁴⁸, podendo, além de verificar se as formalidades de produção da lei foram observadas, examinar também a sua compatibilidade material com a Constituição. Ou seja: além da forma, passa o juiz a se preocupar com o conteúdo da norma jurídica que aplica. Prossegue a autora, afirmando que:

Agora devem os intérpretes e aplicadores do direito desenvolver uma atividade construtiva do sentido e da finalidade das normas, sempre atendendo aos comandos previstos em princípios albergados pela Constituição.

¹⁴⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 193.

¹⁴⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do trabalho: teoria geral do Direito do trabalho**, vol. I - Parte I. São Paulo: LTr, 2011, p. 374.

¹⁴⁸ TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011, p. 77.

No mesmo sentido, afirma Clèmerson Merlin Clève¹⁴⁹ que, ao contrário do sistema liberal, o Direito em um Estado social “não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz”.

O juiz ganha importância. Há a alteração da forma de sua atuação, que perde o caráter mecânico liberal. O magistrado também amplia o seu campo de atuação, podendo, agora, atuar diante de omissões do Estado, cobrando a satisfação dos direitos sociais (é constitucionalmente obrigado a intervir em espaços tradicionalmente reservados ao executivo para garantir direitos sociais).

A incapacidade de o legislador tratar de todos os deveres legislativos do Estado social exige que o juiz atue de forma mais ativa.

Registre-se a lição de Dirley da Cunha Júnior¹⁵⁰, no sentido de que essa nova forma de atuar não comprometa a imparcialidade, pois o seu norte continua sendo a Constituição, e não os interesses das partes. Senão, vejamos:

Essa politização do juiz é o resultado de sua lata independência e criatividade. Juiz politizado, porém, não significa juiz parcial, apartado da lei s substituto da política. O juiz-político continua imparcial e não cede às pressões de grupos e partidos; continua limitado e vinculado à Constituição, de modo que sua politização é tão-somente expressão, numa sociedade complexa, de aumento das possibilidades de escolha e decisão, e não de um processo de negação ou recusa da legalidade constitucional; continua, enfim, a cumprir a sua precisa função constitucional.

O poder legislativo não consegue acompanhar as novas exigências e torna-se lento, incapaz de produzir as normas que lhe são demandadas. Isso ocorre em função de ser, pelo menos na teoria, um local que abriga forças e interesses divergentes – muitas vezes seus integrantes não buscam retardar uma discussão, e não propriamente permitir a sua justa apreciação.

Lado outro, após a experiência liberal, ficou claro que o Estado não era o único ator social com capacidade para violar direitos e causar prejuízos¹⁵¹. Como resposta a tal compreensão, os direitos e garantias fundamentais passam a ser oponíveis não apenas contra o

¹⁴⁹ CLÉVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 691, p. 304, 1993.

¹⁵⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 197.

¹⁵¹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JÚNIOR. Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 6ª edição revista e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 77

Estado, mas também contra os particulares. Noutras palavras, passa a ter, além de eficácia vertical, eficácia horizontal¹⁵² (*drittwirkung*).

Em função da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais, sua aplicação não se limita às relações entre Estado e particular, vinculando também os particulares em suas relações. Destarte, “o empregador tem o dever de observar os direitos fundamentais do cidadão trabalhador, ainda que não expressos na legislação trabalhista”¹⁵³.

Passa-se a considerar insuficiente a mera preocupação em reparar os danos ocorridos, passando a atuar também para impedir que os danos ocorram.

Sob a ótica política, atribui-se importância aos movimentos e reivindicações dos trabalhadores, não com intuito humanitário, mas como uma forma de manter vivo o modelo capitalista, ameaçado pelo modelo socialista.

No campo econômico¹⁵⁴, o Estado, com fundamento nas ideias de John Maynard Keynes, não mais permite que o mercado seja guiado apenas pela sua própria ‘mão invisível’, regulando-o para torná-lo mais justo e social. O Estado posiciona-se, assim, “entre o liberalismo e o socialismo de mercado.”¹⁵⁵

Apesar de inegável evolução, o Estado social mantém o capitalismo, pois o poder econômico continua nas mãos dos grupos que se sentiam ameaçados devido aos avanços da organização e à conscientização do proletariado. Entretanto, esse paradigma social de Estado tenta imprimir-lhe uma face mais humana e menos selvagem, incluindo os desfavorecidos e preocupando-se com o direito ao trabalho e a sua função e importância como essencial para a observância de todos os demais direitos fundamentais (interdependência dos direitos e garantias fundamentais).

Sob a ótica societária, a sociedade deixa de ser essencialmente individualista, passando a conviver com outras ideias antes inaceitáveis, por exemplo, a função social dos direitos.

O Estado passa a admitir entes intermediários entre ele e os cidadãos.

¹⁵² SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JÚNIOR. Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 6ª edição revista e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 88-92.

¹⁵³ ALVES, Amaury Cesar. A eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações trabalhistas. **Revista LTR**, ano 75, n. 20, Out. 2011.

¹⁵⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**. São Paulo: LTr, 2010, p. 74.

¹⁵⁵ TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011, p. 49.

Acrescenta Maria Cecília Máximo Teodoro¹⁵⁶ que, durante a utilização de tal paradigma, identifica-se um período chamado de “anos dourados”, à medida que:

Havia um compromisso entre capital e trabalho que favorecia os níveis de emprego, as condições de trabalho e o poder de barganha dos trabalhadores, sob condições econômicas, políticas e sociais específicas. As agendas governamentais dos países visavam ao crescimento sustentado de suas economias, ao pleno emprego e o bem-estar da população.

No tocante à sociedade civil, há um abandono do individualismo exacerbado liberal, passando a reconhecer a necessidade de se inserir os excluídos, o que se dá, não exclusivamente, mas principalmente, pela valorização do trabalho.

Sobre o tema, disserta Jorge Luiz Souto Maior¹⁵⁷:

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

Juridicamente, abandona-se o positivismo acrítico, de modo que as leis não dependem apenas da sua forma para ter validade, precisando também “apresentar coerência de seus conteúdos com os princípios constitucionais”¹⁵⁸. Passa-se a exigir que todos os direitos sejam exercidos de acordo com uma função social. Há, assim, impossibilidade de utilização desenfreada e ilimitada do poder de direção.

Toda essa transformação gera, para Maria Cecília Máximo Teodoro¹⁵⁹,

um avanço da solidariedade sobre o individualismo. Relativiza-se a tutela da autonomia da vontade, de viés liberalista, e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana, de contornos sociais.

Em 1929 a durabilidade dos produtos gerou recessão do consumo, somente vindo a ser superada em 1933.

¹⁵⁶ TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011, p. 49.

¹⁵⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**. São Paulo: LTR, 2000, p. 259.

¹⁵⁸ TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011, p. 60.

¹⁵⁹ TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011, p. 77.

As crises do petróleo no final do século XX representaram momento de críticas severas a esse modelo mais atuante.

No começo da década de 1970, as nações produtoras de petróleo, preocupadas com a natureza não renovável desse bem e com a sua importância crucial do mesmo para as suas econômicas, deram início a uma regulação do escoamento do mesmo, fazendo com que, em 1973, o valor do seu barril triplicasse em um período inferior a três meses¹⁶⁰.

Como se não bastasse, eclodiu, na mesma época, conflito entre árabes e judeus (Guerra de Yom Kippur), tornando o petróleo um bem ainda mais disputado¹⁶¹.

Em 1979, o petróleo esteve no centro de uma segunda e expressiva crise: a decorrente da deposição do ditador Xá Reza Pahlevi, substituído por xiitas fiéis ao aiatolá Khomeini, levando a novo e significativo aumento do preço do barril de petróleo, passando agora para o exagerado valor de US\$ 80,00¹⁶².

Essas crises do petróleo não foram bem absorvidas pelas economias da época, que, abaladas, passaram a conviver com o aumento das taxas de desemprego e aumento do déficit fiscal dos Estados.

Nesse cenário, o Estado Social passou a ser bastante questionado, especialmente em função de importar, numa forma de Estado, com gastos públicos superiores aos da forma liberal de governar.

Surgem respostas liberais para os problemas do mercado, sem que houvesse uma linha de pensamento divergente para lhe questionar.

É impossível identificar uma única razão para o momento de questionamento do modelo social de Estado, assim, o que se afirma é que a crise do petróleo foi uma – e não a única – razão que fomentou a crítica.

Na filosofia, ensina Maria Cecília Máximo Teodoro¹⁶³, que há uma linha “com contornos nítidos de retomada de um liberalismo adaptado e reinventado” e outra linha que, embora também defenda a retomada do liberalismo, difere da primeira por defender a “conservação e manutenção dos direitos garantidos formalmente pelo ordenamento jurídico”.

¹⁶⁰CRISE DO PETRÓLEO. 1973. **Estadão**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/images/especiais/00/8B/D6/008BD62369BD44D5B11147F335B9B0C7.swf>>. Acesso em: 17 ago. 2012

¹⁶¹GERRA DO YOM KIPPUR. **Conflitos da Guerra Fria**. Área Militar. 1973. Disponível em: <<http://www.areamilitar.net/HISTbcr.aspx?N=106>>. Acesso em: 17 nov. 2012.

¹⁶²FOLHA ON LINE. O Segundo Choque do Petróleo em 1979. Petróleo. **Folha de S. Paulo**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/petroleo_choque2.shtml>. Acesso em: 27 nov. 2012.

¹⁶³TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011, p. 81.

Na sociologia, busca-se definir quem deve ocupar o papel central na sociedade de massas e de consumo desenfreado e que não estava disposto a diminuir os seus gastos.

Assim, o glorioso período de alta empregabilidade e forte crescimento econômico acaba na década de 1970, deixando terreno propício para críticas ao modelo keynesiano de Estado¹⁶⁴.

O Estado passa a paulatinamente caminhar em direção a um paradigma menos atuante¹⁶⁵, com seu progressivo enfraquecimento, maior liberdade para os particulares e, conseqüente, grave exclusão social.

Essa tendência de retomada dos ideais liberais, batizada de neoliberalismo ou ultraliberalismo, ganha contornos políticos com a eleição nos EUA de Ronald Reagan, na Inglaterra de Margareth Thatcher, na Alemanha (então Ocidental) com Helmut Kohl e no Brasil com Fernando Collor de Mello e Fernando Henrique Cardoso¹⁶⁶.

Em 1989, foi formulado o Consenso de Washington, buscando recomendar aos países da América Latina que seguissem o exemplo da nova direita inglesa, americana e alemã, abandonando o modelo social para se aproximarem do liberalismo.

Maurício Godinho Delgado¹⁶⁷ esclarece que esse liberalismo readequado ou readaptado “corresponde a um conjunto orgânico de ideias, que se fortaleceu política e culturalmente a contar dos anos de 1970 nos países capitalistas desenvolvidos” e que sustenta, em síntese, “o primado do mercado econômico privado na estruturação e funcionamento da economia e da sociedade, com a submissão do Estado e das políticas públicas a tal prevalência”. Assim, para o neoliberalismo, o Estado deve “centrar seu foco, em essência, na gestão monetária da economia e na criação de condições cada vez mais favoráveis aos investimentos privados”.

Note-se que, ao contrário do liberalismo clássico, o neoliberalismo é um modelo intervencionista. Entretanto, a intervenção não busca assegurar direitos sociais, mas sim

¹⁶⁴ Apesar desse momento de crise, o Estado continua gozando de bastante prestígio, devendo ser descartadas as teorias que afirmam a sua morte ou a sua falência, podendo-se, inclusive, afirmar que “todos os países europeus podem ser, em linhas gerais, classificados como Estados de Bem-Estar Social” (KUNLE, Stein. O Estado de Bem-Estar Social nos países nórdicos. In: DELGADO, Maurício Godinho, PORTO, Lorena Vasconcelos (Org.). **O Estado do Bem-Estar Social no Século XXI**. São Paulo: LTr, 2007, p. 194)

¹⁶⁵ Essa tendência de retomada dos ideais liberais (neoliberalismo) surge, principalmente, nos EUA, com Ronald Reagan, na Inglaterra, com Margareth Thatcher e na Alemanha (então Ocidental) com Helmut Kohl. No Brasil, diversas leis dos anos 90 refletem tal ideia.

¹⁶⁶ O trabalho não pretende assumir contornos políticos. Mas, ao retratar tais ideias, precisa destacar que ambos os ex-presidentes citados defenderam um Estado menos atuante.

¹⁶⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Globalização e hegemonia: cenários para a desconstrução do primado do trabalho e do emprego no capitalismo contemporâneo**. *Revista LTr*. vol 69, n.º 05, maio 2005.

manter uma economia forte e produtiva, como demonstram as recentes intervenções para salvar Bancos nos EUA. Trata-se, assim, de uma política muito bem engendrada para servir o capital.

Essa política neoliberal foi exportada para os países que pretendem explorar. Uma das formas de fazê-lo é a constante premiação dos economistas que a defendem, tornando-a mais celebrada e divulgada. Nessa esteira, Maurício Godinho Delgado¹⁶⁸ cita a concessão do Prêmio Nobel de Economia a Friedrich Hayek em 1974 e Nilton Friedman em 1976, ambos “arautos do liberalismo readequado”.

Merece destaque o fato de o economista Paul Krugman¹⁶⁹, que trabalhou no governo Reagan, ter sido agraciado, após receber o Prêmio Nobel, com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel e com a medalha John Bates Clark, concedida pela *American Economic Association*, o que mudou sua postura e o fez defender um modelo social de Estado e tecer duras críticas à administração de George W. Bush.

Essa retomada dos ideais de um Estado menos atuante na esfera social ocorreu em momento que conjuga avançado desenvolvimento tecnológico e informático e barateamento dessa tecnologia. Traz, assim, de acordo com Daniel Sarmiento¹⁷⁰, exclusão

[...] ainda mais cruel que no Estado Liberal, pois naquele as forças produtivas necessitavam de mão-de-obra para produção da mais-valia. Hoje, com os avanços da automação, o trabalhador desqualificado não tem mais nenhuma utilidade para o capital, e torna-se simplesmente descartável.

Maurício Godinho Delgado¹⁷¹ identifica nessa matriz neoliberal (ou ultraliberal) uma

[...] política pública sistemática de devastação do emprego e do trabalho nestes Estados e em suas economias e sociedades, renitentemente aplicada nas últimas décadas, (embora, evidentemente – e cuidadosamente - não se assuma como tal).

[...]

Trata-se não mais do que o império de um capitalismo sem reciprocidade, capitalismo sem peia – que não tem necessariamente de funcionar assim, mas o faz em face da reiteração da mesma matriz de suas políticas públicas principais.

¹⁶⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**. São Paulo: LTr, 2006, p. 20.

¹⁶⁹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz.. **Curso de Direito do trabalho**: teoria geral do Direito do trabalho, vol. I - Parte I. São Paulo: LTr, 2011, p. 580.

¹⁷⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 27.

¹⁷¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006, p. 70.

Em tal contexto neoliberal¹⁷², fala-se em um Estado Poiético, afastado do ético, em função de considerar-se indesejável a proteção jurídica ao trabalho, considerada obstáculo à evolução da economia.

Retomou-se, enfim, o conceito liberal, no qual o econômico e a autonomia privada se sobrepõem ao ético, ao social e à dignidade da pessoa humana. Houve, portanto, involução.

Mas, além de uma retomada dos ideais neoliberais, a crise do Estado social também foi determinante para o surgimento do Estado Democrático de Direito. Passamos então a analisá-lo.

3.4 O Estado no século XXI: O Estado democrático de direito

Após a retomada dos ideais liberais, surge um novo paradigma, chamado de Estado Democrático de Direito, Estado Pós-Social ou Estado da Pós-Modernidade. Sobre o tema, disserta Maria Cecília Máximo Teodoro¹⁷³:

A crise do Estado de Bem-Estar Social parece dar lugar a um novo modelo de Estado. Defini-lo é tarefa árdua e que demanda vindouros anos de história. Mas as Constituições o intitulam de “Estado Democrático de Direito”. A par da nomenclatura que recebe, trata-se de um momento da história em que há a ampla valorização dos princípios para a ordem jurídica.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado¹⁷⁴, “nesse novo paradigma conceitual, tem destaque diferenciado a importância da pessoa humana e sua dignidade, que direciona princípios e regras para toda a matriz teórica e prática”. Assim, esse novo modelo pretende, essencialmente, reafirmar a dignidade da pessoa humana através de uma sociedade mais ética, justa, livre e solidária.

Prossegue Maurício Godinho Delgado, ressaltando que o modelo “funda-se em um inovador tripé conceitual: pessoa humana, com sua dignidade; sociedade política, concebida como democrática e includente; sociedade civil, concebida como democrática e includente”. Assim, conclui, “apresenta clara distância e inovação perante as fases anteriores do constitucionalismo”.

¹⁷² Maurício Godinho Delgado apresenta como sinônimo a expressão “ultraliberalismo” (DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego**. São Paulo : LTr, 2006, p. 18-19)

¹⁷³ TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011, p. 81.

¹⁷⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. **Revista LTr**. vol. 75, n. 10, Out. 2011.

Ensina Jorge Luiz Souto Maior¹⁷⁵ que o compromisso do Estado Democrático de Direito Social

é o da efetivação da Justiça social (melhoria da condição social e econômica dos trabalhadores, no que se insere no implemento de uma política de emprego, de distribuição de riqueza produzida e de criação de mecanismos de Seguro Social); da solidariedade (a coletivização dos interesses); da preservação da dignidade humana (trabalho em condições saudáveis em todos os níveis e a promoção da vida fora do trabalho); da internacionalização das normas jurídicas sociais (organização do processo produtivo de modo a evitar que a concorrência dilapide o nível civilizatório vislumbrado); e da participação democrática.

Os referidos objetivos se consolidam não apenas por meio de proteção e garantia dos supramencionados direitos de primeira e segunda dimensões, mas também com a implementação de uma nova dimensão de direitos fundamentais, de terceira e quarta dimensões, relativos à paz, ao desenvolvimento dos países, à autodeterminação dos povos, à comunicação social, enfim, aos direitos difusos e transindividuais que buscam a proteção e a preservação do ser humano, bem como pela promoção do bem estar, da justiça social, do desenvolvimento social e ambiental, da paz e da democracia para todos os povos¹⁷⁶.

Há uma supremacia das tutelas alusivas aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana sobre a propriedade, que passa a ser avaliada dentro de um contexto de função social dos direitos.

Possui, assim, tal forma de Estado, um componente revolucionário que decorre do seu interesse em transformar o *status quo* vigente.

É o modelo de Estado mais avançado no que toca à proteção do cidadão, eis que reconhece uma terceira dimensão de direitos e garantias fundamentais fundados na fraternidade e solidariedade universais. Ademais, ao fazê-lo, fornece maior sustentação para a efetivação de todas as dimensões.

Daí a afirmação de Jürgen Habermas¹⁷⁷ no sentido de que:

O Estado democrático de direito não se apresenta como uma configuração pronta, e sim, como um empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falível e carente de revisão, o qual tende a reatualizar, em circunstâncias precárias, o sistema

¹⁷⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do trabalho**: teoria geral do Direito do trabalho, vol. I - Parte I. São Paulo: LTr, 2011, p. 583.

¹⁷⁶ Paulo Bonavides defende a existência de uma quarta geração, como direito a uma democracia livre da manipulação da mídia e Walber de Moura Agra fala em uma quinta geração, que asseguraria limitações à biotecnologia, bioengenharia e intervenção do homem sobre os seres vivos.

¹⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. vol. II, tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1977, p. 118.

dos direitos, o que equivale a interpretá-los melhor e a esgotar de modo mais radical o seu conteúdo.

No mesmo diapasão, ressalta José Afonso da Silva¹⁷⁸ que:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo.

Tal transformação deve ser feita por meio de previsão e, principalmente, implementação de um farto sistema de direitos e garantias fundamentais.

Surge uma tentativa de superação do tradicional antagonismo entre direito natural e direito positivo, parindo uma dogmática de força crescente: o neoconstitucionalismo, o constitucionalismo pós-moderno ou, ainda, o pós-positivismo. Sua principal característica é a aproximação do direito e da moral, por meio de uma maior valorização das normas-princípios em detrimento das normas-regras, criando um modelo axiológico em há a filtragem do direito por meio dos princípios. Ocorre, assim, uma maior quantidade de ponderação diante do caso concreto, do que a subsunção.

A Constituição passa a ter supremacia não apenas formal, mas também material e axiológica, operando uma nova hermenêutica que importa em verdadeira constitucionalização do Direito: tudo deve ser interpretado de acordo com a Constituição, verdadeiro centro do sistema jurídico.

Essa valorização dos princípios traz também uma reaproximação do Direito e da ética, consagrado em uma leitura moral da Constituição e não presa à legalidade estrita. Assim, a interpretação e aplicação devem ser necessariamente guiadas por uma teoria de justiça, incompatível com voluntarismos ou personalismos.

Pretende-se a concretização das prestações materiais constitucionalmente asseguradas e, portanto, prometidas à sociedade, servindo como ferramenta fática para a efetiva implantação de um Estado Democrático Social de Direito.

Surge uma tentativa de “completude constitucional”, ou seja, as Constituições não mais se limitam aos temas que lhes eram originalmente reservados, trazendo conteúdo social, fraternidade e solidariedade e normas programáticas, com metas a serem atingidas pelo

¹⁷⁸SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros. 2002, p. 112.

Estado que as tornam prolixas, programáticas, ecléticas e totalizantes. Essa onipresença da Constituição gera uma superação da rígida dicotomia entre público e privado, tão cara ao Estado liberal.

O juiz, que no Estado social já não era a mera “boca da lei”, assume um papel de relevância social ainda maior, falando-se em ativismo do Poder Judiciário.

Há uma participação dos mais variados setores da sociedade na elaboração e na aplicação do direito, em verdadeira democratização da hermenêutica constitucional.

Esse fenômeno importa ainda em constante reanálise da Constituição, buscando aumentar sua eficácia, ou seja, fazer que perca seu caráter retórico e ganhe vida no cotidiano social.

Com base na vigência de um Estado democrático de Direito, afirma-se que o Estado brasileiro deve agir para conter abusos do poder de direção no ambiente de trabalho, bem como promover a inclusão social do trabalhador.

Mas, apesar da menção constitucional a um Estado Democrático de Direito, ainda não temos elementos fáticos que possam dar suporte a essa afirmação, como restará demonstrado.

3.5 O constituinte brasileiro de 1987-1988

O constituinte se reuniu com o intuito de renovação, comprometendo-se a criar uma Constituição democrática que representasse um rompimento com as práticas vigentes.

Houve uma transição constitucional, pois enquanto a nova Constituição era preparada, subsistia a anterior. Essa forma de surgimento de uma nova Constituição se contrapõe à revolução, que pode decorrer de golpe de Estado (poder usurpado por governante) ou insurreição (revolução em sentido estrito – feita por um grupo ou por movimento externo aos poderes constituídos).

Havia o interesse de se promover um radical afastamento do regime anterior. Nelson de Azevedo Jobim¹⁷⁹, líder do PMDB na constituinte, explica naquela época viviam “com um olho no retrovisor, [...] sempre dizendo, ‘se os militares fizeram, não pode ser feito.’”

José Tarcízio de Almeida Melo¹⁸⁰ explica que se trata de Constituição que fora “reivindicada pela oposição ao Governo Militar para consolidar as reivindicações vitoriosas da abertura política”.

¹⁷⁹ JOBIM, Nelson de Azevedo. A Constituinte vista por dentro: vicissitudes, superação e efetividade. In: SAMPAIO, José Adércio (Coord.). **15 anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 16.

Oscar Vilhena Vieira¹⁸¹ identifica mais do que a necessidade de ruptura: o constituinte desconfiava do legislador ordinário, buscando “vincular a sua atuação” ao que foi feito “criando obrigações legislativas e estabelecendo mecanismos de controle dessa atuação, como o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão”. Ademais, “conhecendo a tradição de uma perversa utilização de espaços de discricionariedade pelas autoridades, buscou detalhar cada questão”, criando texto prolixo. Ainda insatisfeito, o constituinte original criou uma “reserva de justiça” que protege até mesmo contra emendas que buscam a sua abolição ou mesmo a sua erosão.

Além disso, algumas das suas inovações configuram clara resposta às práticas que se buscavam extinguir. Walber de Moura Agra¹⁸² exemplifica lembrando que uma das justificativas para a criação do *habeas data* foi o desejo de impedir que se repetisse o trabalho de espionagem promovido na época da ditadura pelo “SNI (Serviço Nacional de Informações), devassando a vida privada dos cidadãos e colhendo informações sob um prisma político-ideológico”. De forma similar, direitos como a presunção de inocência, a vedação à tortura e o devido processo legal impedem práticas comuns no regime ditatorial que se buscava suplantar: o desaparecimento de presos políticos que eram torturados sem poder se defender das acusações que lhes eram imputadas.

Em que pese o rompimento ideológico, fruto até mesmo das pressões sociais existentes, não houve, pelo menos em sua acepção clássica, ruptura com a ordem estabelecida, à medida que os próprios poderes constituídos tenham sido os responsáveis por convocar a Assembleia Nacional Constituinte.

A Constituição de 1988 foi fruto de amplo debate ideológico entre os mais diversos setores da sociedade, resultando em um texto prolixo e que, em muitos momentos, traz dispositivos com direcionamentos opostos.

O Supremo Tribunal Federal já determinou que não existe cláusula originária inconstitucional. Assim, “a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida.”¹⁸³ Nem mesmo a existência de cláusulas pétreas pode alterar esse quadro, já que “a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte

¹⁸⁰ MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 66.

¹⁸¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e a sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 130/140.

¹⁸² AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 203.

¹⁸³ STF, ADI 815 / DF, em 28 mar. 1996.

derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas”. Ao final, o STF deixou de conhecer da ação por impossibilidade jurídica do pedido.

Assim, a tensão entre dispositivos exige do intérprete um trabalho hercúleo para compatibilizá-los, eis que não se pode considerar qualquer deles inconstitucional.

3.6 A Constituição de 1988 – alguns pontos que importam para o presente estudo

O art. 1º da Constituição de 1988¹⁸⁴ expressa a opção por um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho¹⁸⁵. Como já exposto fato de o art. 1º, III do texto constitucional determinar que seja talhado um Estado democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana já impõe, por si só, a toda a sociedade brasileira, governantes e governados, o dever constitucional de lutar para conter abusos do poder de direção no ambiente de trabalho bem como promover a inclusão social do trabalhador¹⁸⁶.

Como se não bastasse, existem normas esparsas ao longo do texto que fomentam essa atuação social.

O art. 5º traz setenta e oito incisos que protegem os direitos e garantias individuais.

De acordo com o *caput* o art. 5º da Constituição de 1988

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 [...].

Está, assim, expressamente positivada a igualdade¹⁸⁷ como um direito fundamental.

¹⁸⁴ BRASIL. Constituição de 1988 (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de. **Vade mecum RT**. 7ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 17-159.

¹⁸⁵ O preâmbulo da Constituição de 1988 já faz referência a um Estado “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”. Optamos, entretanto, por mencionar o art. 1º e não o preâmbulo em função deste, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, não possuir valor normativo (MS 24.645/DF – Min. Celso de Mello).

¹⁸⁶ Sobre o tema importante lembrar que os direitos e garantias fundamentais possuem eficácia vertical, mas também horizontal.

¹⁸⁷ Nicola Abbagnano define a igualdade como a “relação entre dois termos, em que um pode substituir o outro. Geralmente, dois termos são considerados iguais quando podem ser substituído um pelo outro no mesmo

Por buscar a Constituição implementar um Estado Democrático de Direito, a igualdade a ser buscada é a material, que, conforme explicado acima, está associada à justiça distributiva e social, buscando que as pessoas estejam equiparadas não somente perante a lei, mas perante a vida¹⁸⁸.

Mas os seres humanos são diferentes em força física, crenças, intelecto, altura, peso, oportunidades, desejos, expectativas e necessidades. Surge uma pergunta: em quais situações será permitido o tratamento diferente?

Explica José Roberto Freire Pimenta¹⁸⁹ que o tratamento desigual “por motivos infundados, arbitrários ou ilegítimos” configura discriminação.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹⁰ explica que, justamente em função de tais desigualdades, o tratamento desigual não deve ser automaticamente classificado como inconstitucional. Haverá, entretanto, inconstitucionalidade se o tratamento diferenciado:

1. atingir apenas um indivíduo;
2. for fundado em um fator discriminatório;
3. não possuir correlação lógica entre o fator discriminatório e tratamento jurídico atribuído; ou importar em resultado que não se adeque aos interesses constitucionalmente protegidos - se não houver afinidade ou simetria entre correlação apontada de valores protegidos pelo ordenamento jurídico, haverá inconstitucionalidade, como já comentado no parágrafo anterior.

Quantificar a indenização por dano moral nas condições socioeconômicas da vítima viola pelo menos três das balizas acima listadas:

contexto, sem que mude o valor do contexto. (...) A noção de I. assim generalizada (como possibilidade de substituição) presta-se tanto para as relações puramente formais de equivalência ou de equipolência quanto às relações políticas, morais e jurídicas que se denominam de igualdade”. (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 326).

¹⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). **Discriminação**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 42.

¹⁸⁹ PIMENTA, José Roberto Freire. Aspectos processuais da luta contra a discriminação, na esfera trabalhista. A tutela antecipatória como mecanismo igualizador dos litigantes trabalhistas. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). **Discriminação**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 215.

¹⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. 15ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 133.

1. baseia-se na ideia discriminatória de que a dignidade de quem possui um salário maior é superior à de quem possui um salário baixo;
2. atribui tratamento jurídico diferenciado a questões existenciais com base em critérios materiais, não havendo, assim, correlação lógica;
3. atribui tratamento jurídico diferenciado violando valores constitucionalmente assegurados – dignidade, igualdade, isonomia, honra e personalidade.

O art. 7º consagra, em seus vinte e três incisos, diversos direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais.

O art. 170 reafirma a importância do valor trabalho ao afirmar que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano e na busca do pleno emprego (inciso VIII).

O art. 193, por sua vez, determina que “a ordem social tem como base o primado do trabalho e ,como objetivo, o bem-estar e a justiça sociais”.

Há no art. 200 menção a um sistema único de saúde ao qual compete “além de outras atribuições, nos termos da lei”, “colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”, bem difuso que demanda tutela metaindividual.

O art. 225 determina que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O desrespeito ao meio ambiente de trabalho “provoca agressão a toda a sociedade, que, no final das contas, é quem custeia a Previdência Social”¹⁹¹.

A norma constitucional vigente possui mais de 250¹⁹² artigos nos quais consagra uma ampla quantidade de direitos e garantias fundamentais. Também se extrai de várias passagens a mesma grande preocupação com o trabalhador – não apenas com a sua remuneração, mas também com o seu bem-estar físico e mental. Trata-se de uma norma repleta de virtudes, a melhor já produzida no Brasil e muito mais avançada, inclusive, que os seus próprios criadores. Talvez por isso exista mobilização tão forte das elites neoliberais, buscando

¹⁹¹ MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. 3ªed. São Paulo: LTr, 2008, p. 27.

¹⁹² Embora a Constituição termine no art. 250 artigos existem, por exemplo, três artigos 103, o original e os novéis art. 103-A e art. 103-B, o que torna a enumeração imprecisa.

impedir a sua eficácia real. Nesse sentido, disserta Walber de Moura Agra¹⁹³ que a Constituição de 1988.

foi a melhor Constituição até agora elaborada, que somente não obteve a concretização da toalidade de suas disposições porque as forças populares, que foram o seu maior sustentáculo, desmobilizaram-se diante da ofensiva das elites econômicas sob a égide de neoliberalismo.

De fato, nos anos noventa, foram produzidas várias leis trabalhistas com forte tendência neoliberal, por exemplo, a lei 9.601 de 21 de janeiro de 1998, que consagrou uma nova espécie de contrato a termo comprometendo o princípio da continuidade do contrato de emprego, tão caro ao ramo justralhista.

Mas outros fatores contribuem com a falta de efetividade da norma constitucional vigente. Gisela Maria Bester¹⁹⁴ aponta que o excesso de inovações decorrentes de novos direitos, cláusulas de abertura para expansão de direitos fundamentais e cláusulas que funcionam como diretriz hermenêutica demandaria intérpretes “à altura e familiarizados com as suas criações”. Entretanto, tal não ocorreu, tendo o constituinte, inclusive, mantido a composição do Supremo Tribunal Federal. Serviu, assim, “vinho novo em odres velhos”.

Como se não bastasse, o próprio texto da norma constitucional possui algumas normas incompatíveis com o avanço promovido. Dá com uma mão, mas tira com a outra. Maurício Godinho Delgado¹⁹⁵ cita como exemplo o fato de a Constituição ferir de morte a rigidez característica do Direito do Trabalho ao permitir que normas coletivas adequem as normas justralhistas às particularidades de cada segmento, inclusive com a redução salarial. Destaca, ainda, o fato de normas vizinhas caminharem em direções opostas, criando o que chama de “contradições antidemocráticas”: o art. 7º traz diversos avanços no campo do Direito Individual do Trabalho, mas o art. 8º mantém, aprofunda e fortalece “instituições e mecanismos de grave tradição autocrática”, como a contribuição sindical obrigatória (art. 8º, IV); a representação corporativa no seio do Poder Judiciário, somente extirpada em 1999: e o poder normativo da Justiça do Trabalho.

Note-se que a Constituição trouxe importantes normas sobre proteção à saúde do trabalhador. Entretanto, elas se mostram ineficazes e inadequadas, pois se limitam a monetizar

¹⁹³ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 52.

¹⁹⁴ BESTER, Gisela Maria. Dezesesseis Anos de Constituição Federal, STF e interpretação retrospectiva: prejuízos aos direitos fundamentais pela falta de vontade de Constituição. In: **Direito Constitucional Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 333-359.

¹⁹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 125 e seguintes.

o risco, o que só seria suficiente em um paradigma liberal de Estado. Também pouco se trata do adoecimento mental do trabalhador.

Embora o tema da dignidade da pessoa humana vá ser tratado com maior aprofundamento em tópico próprio, até mesmo para que se apresentem de forma fundamentada as nossas ideias, é necessário tecer algumas palavras.

Como ensina Flávia Piovesan, a dignidade humana corresponde ao “ponto de partida e ao ponto de chegada”¹⁹⁶ de toda interpretação jurídica, verdadeiro “princípio matriz da Constituição”¹⁹⁷, coluna e princípio orientador de todo constitucionalismo contemporâneo. O seu conceito, entretanto, assim como todo conceito principiológico, é impossível de ser delimitado previamente. Ademais, por se tratar de sobreprincípio que abriga diversos outros, possui conteúdo ainda mais amplo.

Alexandre Cunha¹⁹⁸ destaca que, para Kant, tudo o que não tem preço, não podendo ser substituído por um similar, reveste-se de um valor chamado de dignidade. Esse valor seria assim inerente a todos os seres humanos enquanto entes morais, vez que, possuindo autonomia, constroem uma personalidade singular e, exatamente por isso, insubstituível. Senão vejamos:

[...] se identifica na obra de Kant, o mais radical dos pensadores da Modernidade, a base para a construção da contemporânea filosofia dos direitos humanos. Afinal, todo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos nada mais é do que uma tentativa de restauração do paradigma da modernidade jurídica diante da irrupção do fenômeno totalitário. Por isso, a concepção kantiana a respeito da dignidade é essencial à atribuição de significado jurídico ao termo e, logicamente, para a determinação do sentido do alcance do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Kant, a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituído por um equivalente. Dessa forma, a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais: na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. Conseqüentemente, a dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática, e é por esse motivo que apenas os seres humanos revestem-se de dignidade.

E arremata destacando que o grande legado de Kant para a filosofia dos direitos humanos é a “igualdade na atribuição da dignidade”. Ora, se “a liberdade no exercício da

¹⁹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 92.

¹⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 52-54.

¹⁹⁸ CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 85-88.

razão prática é o único requisito para que um ente se revista de dignidade” e se “todos os seres humanos gozam dessa autonomia”, conclui-se que “a condição humana é o suporte fático necessário e suficiente à dignidade, independentemente de qualquer tipo de reconhecimento social.”¹⁹⁹

Assim, para a ordem jurídica pátria vigente, é essencial a transformação da sociedade para que se imponha irrestrita proteção à dignidade da pessoa humana e ao trabalho digno, sendo a erradicação de qualquer forma de trabalho escravo *conditio sine qua non* para o alcance de tais objetivos.

As promessas constitucionais estão sendo reiteradamente descumpridas. Desse modo, não temos um efetivo Estado Democrático de Direito, mas sim um Estado social em construção.

¹⁹⁹ CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 85-88.

4 O DANO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

Como exposto no capítulo anterior, o modelo de Estado adotado pela Constituição de 1988 é aquele que deve atuar para assegurar a dignidade da pessoa humana, especificamente para que o trabalho seja regulado pela dignidade e não pela lei da oferta e procura.

Ademais, como destacado, o trabalho é essencial para o ser humano, o que torna aquele que oferta a sua mão de obra hipossuficiente diante daquele que a contrata. Isso gera um terreno fértil para o surgimento de abusos do empregador. O objetivo do presente capítulo é analisar quando esse abuso gera um dano moral, e a forma de atuação do Estado após a constatação de eventual dano.

4.1 Da responsabilidade civil

Aproximadamente 200 a.C., Ulpiano proclamou três postulados que procuravam fundamentar todo o sistema jurídico romano: dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*), viver honestamente (*honeste vivere*) e não lesar outrem (*neminem laedere*)²⁰⁰. Assim, é antiga a ideia de que ninguém pode lesar o seu semelhante, devendo o descumprimento de tal norma levar o praticante do ato a responder (do latim *respondere*) por reparação proporcional ao dano causado.

A justificativa é o fato de que qualquer agressão traz sequelas sociais, comprometendo a funcionalidade do modo de produção e a legitimidade do Estado como garantidor da ordem social²⁰¹.

Disserta Maria Helena Diniz²⁰² que o tema da responsabilidade não é exclusivo do Direito Civil, pertencendo, em verdade, ao campo da Teoria Geral do Direito:

A grande vedete do direito civil, na verdade, absorve não só todos os campos do direito – pertencendo à seara da Teoria Geral do Direito – sofrendo as naturais adaptações conforme aplicável ao direito público ou ao privado, mas os princípios estruturais, o fundamento e o regime jurídico são os mesmos, comprovando a tese da unidade quanto aos institutos basilares, uma vez que a diferenciação só se opera no que concerne às matérias, objeto de regulamentação legal – como também à realidade social, o que demonstra o campo ilimitado da responsabilidade civil.

²⁰⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. Vol. III. Responsabilidade civil. 8ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103.

²⁰¹ PALMEIRA SOBRINHO, Zeu. Tendências da responsabilidade acidentária e a reforma do pensamento jurídico. **Revista LTr**: Legislação do Trabalho e Previdência Social, São Paulo, v. 75, n. 10, p. 1178-1185, out. 2011.

²⁰² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. vol. 1: Teoria Geral do Direito Civil.. 26ª ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7.

Afinada com tal entendimento, Alice Monteiro de Barros²⁰³ entende que “a responsabilidade civil se aplica não só ao âmbito da respectiva disciplina, mas de todas as que derivam desse ramo, inclusive ao Direito do Trabalho”.

Maurício Godinho Delgado²⁰⁴ também reconhece a aplicação da teoria da responsabilidade civil no campo trabalhista, esclarecendo que existem repercussões obrigacionais inevitáveis à dinâmica empregatícia, como a prestação de labor e o pagamento de salário, mas também efeitos evitáveis, como a responsabilidade civil. Aqueles efeitos são próprios ao contrato de trabalho, e estes efeitos conexos.

Essa interdisciplinaridade, de acordo Rodolfo Pamplona Filho²⁰⁵, contribuiu para a complexidade do estudo da responsabilidade civil. Senão, vejamos:

Discorrer sobre o tema da ‘responsabilidade’ não é, definitivamente, atribuição das mais fáceis, tendo em vista que se trata de uma matéria de natureza interdisciplinar, pois não se refere somente ao Direito Civil, mas sim a praticamente todos os ramos do Direito.

Daí afirmar-se que “não existe matéria mais rica de casos e julgados no Direito do que a responsabilidade civil.”²⁰⁶

4.2 Fundamentação legal

O art. 927²⁰⁷ do Código Civil brasileiro de 2002 dispõe que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O mencionado artigo 186 prevê a existência do ato ilícito quando da ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência decorrer violação de direito e dano. O art. 187²⁰⁸ amplia a proteção dispondo que também cometerá ato ilícito aquele que, apesar de detentor de um direito, o exercer de forma inadequada.

O art. 187 positiva a lógica do direito-função, de modo que o direito subjetivo deve ser orientado pela função social, com base na legitimidade, satisfazendo um interesse próprio, mas sem frustrar o interesse coletivo. Pode-se penalizar aquele titular de um direito que, ao

²⁰³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª edição revista e ampliada. São Paulo: LTr, 2009, p. 647.

²⁰⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 612.

²⁰⁵ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 25.

²⁰⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 47.

²⁰⁷ BRASIL. **Vade Mecum**. 7. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012.

²⁰⁸ BRASIL. **Vade Mecum**. 7. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012.

exercê-lo, viola a sua finalidade social ou econômica²⁰⁹. Carlos Roberto Gonçalves²¹⁰ explica que “prevalece na doutrina, hoje, o entendimento de que o abuso de direito prescinde da ideia de culpa”, no que é seguido por José de Aguiar Dias²¹¹.

Deve haver total reparabilidade do dano causado e penalizar e/ou educar o ofensor, o que permite, a depender das circunstâncias, a imposição de mais de uma responsabilidade por apenas um ato sem que se configure *bis in idem*²¹². Pode haver até mesmo responsabilidade criminal caso estejam presentes os requisitos do ramo do Direito Penal.

No âmbito trabalhista a CLT²¹³ - Consolidação das Leis do Trabalho – há poucas normas sobre o tema²¹⁴, que em função da sua especificidade serão à frente delineadas de acordo com o tema que estiver analisado. A guisa de exemplo, o art. 160 exige prévia inspeção e aprovação das instalações pela autoridade regional para início das atividades, podendo, conforme o art. 161, haver embargo da obra que demonstre “grave e iminente risco para o trabalhador” e responsabilidade em caso de desobediência, se resultar danos a terceiros (§ 4º). O parágrafo único art. 8º da CLT, entretanto, autoriza expressamente a utilização subsidiária do direito comum naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais do ramo justralhista. O *caput* do referido artigo lista ainda como normas supletivas a serem utilizadas diante da existência de norma específica “a jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado”, exigindo que isso se faça de modo que “nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

O art. 5º, V da Constituição de 1988 consagra expressamente o dano moral ao determinar que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. O inciso X do mesmo artigo também está ligado à responsabilidade civil por danos a direitos da personalidade, pois protege a intimidade e a vida privada, ficando o titular de tais direitos resguardado de constrangimentos e desconfortos da divulgação de fatos que lhe digam exclusivo respeito.

²⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. vol. I: teoria geral do direito civil. 26ª edição reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 577.

²¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. vol. I: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

²¹¹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 67.

²¹² Sobre o tema a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça esclarece que “são acumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

²¹³ BRASIL. **Vade Mecum**. 7 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012.

²¹⁴ BRASIL. **Vade Mecum**. 7 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012.

Independente de se tratar do campo trabalhista, para que possa haver responsabilidade civil é necessária a presença concomitante de três²¹⁵ elementos²¹⁶ que são ato ou conduta humana voluntária, dano e nexa de causalidade – *causal connection*.

4.3 Elementos da responsabilidade civil: ato, dano e nexa

Para que exista responsabilidade civil, deve haver conduta humana voluntária, “controlável pela vontade do homem”²¹⁷, que pode ser positiva ou omissiva, lícita ou ilícita²¹⁸.

Não se pode responsabilizar atos involuntários como câimbras, espirros ou projeção irresistível em função de uma forte explosão, atos decorrentes da “força da natureza”²¹⁹, ou um animal, atribuindo o art. 936 do Código Civil, neste último caso, ao seu dono o dever de indenizar se não restar prova da culpa da vítima ou força maior. Assim, como aponta José de Aguiar Dias²²⁰, trata-se de consequência da ação humana omissiva de guarda, e não diretamente do ato de um animal.

Na seara trabalhista, se responsabiliza tanto o empregador que agride o empregado como o que deixa de prestar manutenção preventiva no equipamento que vem a explodir, causando danos ao empregado²²¹.

O dano, considerado por Sérgio Cavalieri Filho²²² como o maior vilão da responsabilidade civil, pois sem ele não haveria indenização nem ressarcimento, é a lesão que causa efetiva perda a um bem juridicamente tutelado, causando diminuição de um patrimônio

²¹⁵ A inclusão da culpa como elemento da responsabilidade civil é polêmica e será analisada em tópico específico.

²¹⁶ José de Aguiar Dias cria tópico intitulado “princípios comuns a todos os casos da responsabilidade civil” para depois utilizar a expressão “exigências”. (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª edição revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Bedford Dias. Rio de Janeiro Renovar, 2006, p. 131). A expressão “elementos” é utilização por Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. I: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57) e Maria Helena Diniz (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. vol. I: teoria geral do direito civil. 26ª edição reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 571)

²¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. vol. I: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58

²¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. Vol. III. Responsabilidade civil. 8ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70/71.

²¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. vol. I: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58.

²²⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Bedford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 661-663.

²²¹ Entendeu o TRT da 3ª Região, em acórdão relatado pelo juiz convocado Cléber Lúcio de Almeida, que a empresa tem o dever de garantir um ambiente de trabalho seguro, sob pena de praticar omissão passível de responsabilidade (**0000311-18.2011.5.03.0027 RO (00311-2011-027-03-00-2 RO)**, Data de Publicação: 19/03/2012, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator: Convocado Cleber Lucio de Almeida, Revisor: Maria Lucia Cardoso Magalhães, Divulgação: 16/03/2012. DEJT. p.116. Boletim: Sim.

²²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 70.

que pode ser material, moral ou estético. Só será indenizável se violar o equilíbrio social protegido pela ordem jurídica, pois “a lesão que o indivíduo irroge a si mesmo produz dano, em sentido vulgar, mas tal dano não interessa ao Direito”²²³.

O prejudicado deverá alegar o prejuízo e fazer a sua prova²²⁴. Há, entretanto, situações em que o prejuízo é presumido, como nos casos de juros moratórios, perda de bagagem e violação aos direitos da personalidade. Nessas hipóteses, bastará a prova da existência de um fato capaz de violar a personalidade.

Não há necessidade de se precisar o valor do prejuízo, pois pode depender de aspectos a serem apurados em eventual liquidação (art. 946 do Código Civil).

O dano pode ser individual, quando toca interesse de uma determinada pessoa; coletivo, quando atinge uma coletividade identificável; ou difuso, quando viola patrimônios não identificados, conforme definição contida no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Quanto às suas espécies, o dano se divide em dano patrimonial ou moral²²⁵. Aquele se subdivide em emergente e lucros cessantes, que nos termos dos artigos 402 e 403 do Código Civil são plenamente acumuláveis:

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.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

²²³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Bedford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 971-972.

²²⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Bedford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 103.

²²⁵ OLIVEIRA, Milton. **Dano Moral**. São Paulo: LTr, 2011, p. 31.

O dano material emergente refere-se ao efetivo prejuízo causado na esfera jurídica da vítima, ou seja, o que ela perdeu em função do ato causador do dano e que, em função da responsabilidade civil, deverá ser integralmente reparado²²⁶. Assim, se A abalroa o carro de B causando perda total, terá causado um dano emergente no valor do carro destruído. No terreno trabalhista, vislumbra-se dano emergente no caso do trabalhador que em função de acidente de trabalho sofre gastos com operação, médico e equipamentos. Em ambos os casos, o causador do dano deverá ressarcir a vítima.

Lucro cessante está ligado à ausência de percepção pela vítima de um acréscimo que é razoável acreditar, ocorreria se não tivesse ocorrido o ato danoso, sendo a “frustração da expectativa de lucro”²²⁷.

No terreno trabalhista, podemos identificar o lucro cessante ainda no caso de doença ocupacional que lhe impede a prática de determinadas tarefas e eventual promoção na carreira²²⁸ ou falecimento²²⁹. Caso exista doença ocupacional com incapacidade parcial para o trabalho, há tendência em se conceder 50% do valor do salário, reajustado de acordo com os índices da categoria, tendo em vista que o empregado ainda pode laborar, desde que noutra atividade^{230 231}.

O trabalhador que sofre acidente do trabalho com redução permanente da sua capacidade tem garantia de retorno ao emprego recebendo o mesmo salário e ainda com direito a ser readaptado. Também receberá auxílio acidente independentemente do recebimento do salário, em razão da consolidação das lesões. Mas essas garantias trabalhistas não indenizam as perdas futuras que o trabalhador terá em termos de colocação no mercado, produtividade e retomada da vida anterior ao acidente. O lucro cessante terá função de indenizá-las.

²²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** vol. I: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 361.

²²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. vol. I: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 362.

²²⁸ MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho da 3.^a Região. Processo: **RO -14066/06**; Data de Publicação: 07/10/2006; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello; Revisor: Antônio Álvares da Silva; Divulgação: 06/10/2006. DJMG . p. 16

²²⁹ MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho da 3.^a Região. Processo: **RO -19655/08**; Data de Publicação: 25/10/2008; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator: Convocado Antonio G. de Vasconcelos; Revisor: Convocado Danilo Siqueira de C.Faria; Divulgação: DJMG . p. 7.

²³⁰ MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho da 3.^a Região. Processo: **01508-2005-050-03-00-8 RO** (RO -14066/06), Data de Publicação: 07/10/2006, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator: Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello, Divulgação: DJMG . p.16.

²³¹ MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho da 3.^a Região. Processo: **00434-2011-151-03-00-5 RO**; Data de Publicação: 24/02/2012; Órgão Julgador: Nona Turma; Relator: João Bosco Pinto Lara; Revisor: Ricardo Antônio Mohallem; Divulgação: 23/02/2012. DEJT. p.191.

Embora o art. 118 da lei 8.213/91²³² assegure estabilidade pelo “prazo mínimo de doze meses”, na prática o prazo limita-se a 12 meses, como se extrai inclusive da Súmula 378, I do TST, *in verbis*:

Súmula Nº 378. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/1991. CONSTITUCIONALIDADE. PRESSUPOSTOS.

I - É constitucional o artigo 118 da Lei nº 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado.

II - São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a conseqüente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade Lei 8.213/91. Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

Dessa forma, após o período de 12 meses, não há qualquer garantia de uma nova ocupação. Devem, assim, lucros cessantes indenizarem também pelos valores que deixará de receber após este período 12 meses caso não obtenha novo trabalho.

No caso de pensão por morte, transmissível aos herdeiros por força do art. 943 do Código Civil, os Tribunais Regionais²³³ têm entendido que a responsabilidade deverá ter como base o quantum recebido pelo obreiro a ser pago aos seus herdeiros até que a vítima completasse a idade correspondente à expectativa de vida do brasileiro apurada pelo IBGE, atualmente de 73,1 anos²³⁴.

A Súmula 229 do Supremo Tribunal Federal condiciona o pagamento da indenização prevista no Direito Comum à existência de dolo ou culpa grave do empregador.

O dano moral, que será objeto de aprofundamento em tópico específico, pode ser definido, grosso modo, como uma das consequências de um ato capaz de causar lesão a um direito da personalidade, violando, assim, direitos como a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem. Uma das suas particularidades é que bastará ao alegante demonstrar o fato e a lesão a esses bens, ficando o dano moral autoevidente. Exemplificamos: alegando ter havido a perda de um membro em função de explosão na empresa, bastará que se comprove a

²³² BRASIL. **Vade Mecum**. 7. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012.

²³³ MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região. Processo: **00969-2008-101-03-00-4 RO**; Data de Publicação: 01/02/2010; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator: Cesar Machado; Revisor: Convocado Danilo Siqueira de C.Faria; Divulgação: 29/01/2010. DEJT. p. 50.

²³⁴ IBGE: Expectativa de vida dos brasileiros aumenta para 73 anos. **Jornal Nacional**. Globo G1. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/06/ibge-expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumenta-para-73-anos.html>>. Acesso em: 20 ago.2012.

existência do fato deflagrador da explosão e a perda do membro, sendo a dor moral presumida e a prova dispensada.

A CLT²³⁵ cuida do dano em três dispositivos. Inicialmente, o art. 161 prevê meios de se impedir o funcionamento de local de serviço ou equipamentos que tragam risco para o trabalhador (*caput*), respondendo por desobediência, sem prejuízo das medidas penais cabíveis, aquele que descumprir a ordem causando dano à terceiro (§ 4º). O art. 166, por sua vez, determina que a empresa deva fornecer aos empregados gratuitamente equipamentos de proteção individual sempre que as medidas de ordem geral não sejam suficientes para proteger contra riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados. Finalmente, o art. 462 veda descontos do salário do empregado (*caput*) salvo se este causar dano dolosamente ou se a possibilidade tiver sido acordada (§ 1º).

Finalmente, para existir responsabilidade civil, deve haver uma correlação lógica entre a conduta do empregador ou de seus prepostos e o dano experimentado pelo obreiro, ou, nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa²³⁶, “um liame que une a conduta do agente ao dano”. Trata-se de elemento complexo, pois, como disserta Serpa Lopes²³⁷, “se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço”.

No caso de lesão acidentária a empregado, deve-se apurar a higidez do ambiente laboral, pois, caso não ofereça segurança, estará confirmado o nexa causal.

O art. 21, I da lei 8.213/91²³⁸ determina que o fato de o acidente de trabalho ser apenas uma das causas do acidente de trabalho não impede a responsabilização, à medida que equipara outras situações ao acidente do trabalho. Assim, o elemento nexa causal é considerado como atendido ainda que exista uma segunda causa (concausa). Dessa forma, o contato no ambiente de trabalho que deflagra incapacidade atende ao requisito do nexa causal²³⁹ ainda que o trabalhador possua pré-disposição genética para certa doença²⁴⁰.

²³⁵ BRASIL. **Vade Mecum**. 7 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012.

²³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 47.

²³⁷ LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 218.

²³⁸ BRASIL. **Vade Mecum**. 7 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012.

²³⁹ MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região. Processo: **0000443-16.2011.5.03.0079 RO**, Data de Publicação: 30/07/2012, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator: Júlio Bernardo do Carmo, Revisor: Maria Lucia Cardoso Magalhães, Divulgação: 27/07/2012. DEJT. p. 74. Boletim: Não.

²⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. Vol. III. Responsabilidade civil. 8ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 138.

Desse modo, ainda que o trabalhador vítima possua pré-disposição genética para o mal que lhe acometeu, havendo agravamento por conduta empresarial, deverá haver indenização.

4.4 Culpa

Sílvio de Salvo Venosa²⁴¹ esclarece que “no campo civil, a noção abrange o dolo e a culpa”. Assim, no presente tópico, trataremos da culpa *lato sensu*, envolvendo o dolo e a culpa em sentido estrito.

A culpa caracteriza um comportamento praticado com voluntariedade, que causa um dano previsível e decorrente de uma falta de cuidado que era exigível do autor desse dano.

A responsabilidade civil pode depender da culpa, sendo subjetiva, ou ocorrer independente da existência de culpa, tornando-se objetiva.

O Código Civil de 1916, fortemente influenciado pelo Código Civil Napoleônico, previa no art. 159 a culpa como um dos elementos da responsabilidade civil, representada pelas suas espécies negligência ou imperícia. Entretanto, o vigente Código Civil de 2002 admite a possibilidade de indenização sem culpa, conforme se extrai do parágrafo único do art. 927²⁴². Dessa forma, a culpa continua sendo exigível em determinados casos, sendo a regra a sua necessidade – responsabilidade subjetiva²⁴³.

Há, entretanto, casos nos quais a sua existência é irrelevante para a configuração da responsabilidade, não podendo, assim, ser mantida como elemento desta.

Ao admitir-se a existência de responsabilidade civil sem culpa o Código de 2002 ampliou o campo da incidência do instituto, à medida que atos antes imunes, tornam-se agora puníveis.

A responsabilidade objetiva prevista no parágrafo único do art. 927, acima transcrito, aplica-se ao campo trabalhista, à medida que o empregador desenvolve normalmente a atividade causadora do dano. Como se não bastasse, essa situação se mantém independente da vítima ter vínculo empregatício ou não, podendo ser até mesmo um trabalhador terceirizado que labora no local: ocorrendo o dano, seja a um cliente, estagiário, terceirizado ou empregado, deverá o causador do dano indenizar se realizar normalmente a atividade que causou o dano.

²⁴¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil (coleção direito civil; v. 4). 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.. 23.

²⁴² BRASIL. **Vade Mecum**. 7 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012.

²⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 35.

Sobre o tema, destacou o TRT da 15ª Região²⁴⁴ a insuficiência da teoria clássica da culpa como pressuposto da indenização na complexa vida atual, surgindo a noção de culpa objetiva que permite a reparabilidade quando há nexos causal entre o dano e a atividade. Os riscos da atividade seriam, assim, suportados por quem dela se beneficia. Senão, vejamos:

A complexidade da vida na sociedade pós-industrial, notadamente a maciça concentração dos trabalhadores nos centros urbanos, o avanço da tecnologia aplicada aos meios de produção e a produção capitalista em larga escala, todavia, tornou insuficiente a teoria clássica da culpa para explicar o dever de reparação, até mesmo pela dificuldade imposta às vítimas quanto à efetiva demonstração do fato constitutivo do direito. Estas circunstâncias impulsionaram a criação de novas soluções para abandonar ou mesmo excluir os rigores da teoria da culpa como pressuposto para a indenização, desenvolvendo-se, pois a teoria do risco ou da responsabilidade objetiva, segundo o qual basta o autor demonstrar a existência do dano e a relação de causalidade para que haja a reparabilidade. Assim, os riscos da atividade, num sentido amplo, devem ser suportados por quem deles se beneficia. A teoria do risco foi sendo gradativamente incorporada à tradição jurídica brasileira, a exemplo dos artigos 21, XXIII, “d”, 37, par. 6º, e 225, par. 3º, todos da Constituição, e 12 e 14, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Maria Helena Diniz²⁴⁵ fundamenta a responsabilidade objetiva com base no “princípio da equidade existente desde o Direito romano; aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi ônus; uni commoda, ibi incommoda*)”.

O artigo 7º, XXVIII, da Constituição prevê que a responsabilidade do empregador pelo dano causado ao empregado é dependente de culpa. Senão, vejamos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

Ou seja, o Código Civil prevê no parágrafo único do art. 927 a indenização objetiva em hipótese de responsabilidade objetiva extracontratual, e a Constituição prevê no art. 7º, XXVIII, a responsabilidade objetiva contratual.

Gustavo Tepedino²⁴⁶ defende que a responsabilidade civil deve ser lida à luz dos princípios Constitucionais²⁴⁷:

²⁴⁴ SÃO PAULO, Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região. - Campinas, 5a TURMA – 10a CÂMARA, RECURSO ORDINÁRIO, PROCESSO n. 0025100-32.2006.5.15.0089, JUIZ RELATOR: MARCOS DA SILVA PÔRTO, ORIGEM: 2a VARA DO TRABALHO DE BAURU.

²⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 55-56.

²⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001, p. 175-176.

²⁴⁷ Felipe Peixoto Braga Neto também disserta que “não se pode pensar o direito civil sem pensar a Constituição. [...] É na Constituição que está o princípio que norteia toda a interpretação e aplicação do direito civil

Com efeito, os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, capitulados no art. 3º, incisos I e III, da Constituição, segundo os quais se constituem em objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, não podem deixar de moldar os novos contornos da responsabilidade civil. Do ponto de vista legislativo e interpretativo, retiram da esfera meramente individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada, cada vez mais exacerbados na era da tecnologia. Impõem, como linha de tendência, o caminho da intensificação dos critérios objetivos de reparação e do desenvolvimento de novos mecanismos de seguro social.

Zéu Palmeira Sobrinho²⁴⁸ entende que a culpa, se tomada em seu conceito tradicional, configurará “entrave para a justiciabilidade de novos direitos”, dentre os quais menciona o assédio moral, o de abandono psicológico ou material e o uso indevido da imagem. Conclui que o parágrafo único do art. 927 traz “fios invisíveis do nexa causal”.

José Afonso Dallegrave Neto²⁴⁹ entende que o caso é de responsabilidade civil objetiva pelo risco criado, o que se extrai do art. 927 do Código Civil (CC), mas também do art. 2º da CLT, que determina que a empresa “assume os riscos da atividade econômica”.

Além do dano causado ao trabalhador, também configuram hipóteses de responsabilidade objetiva o dano causado ao meio ambiente (art. 14 da Lei 6.938/81), responsabilidade por dano nuclear, responsabilidade do beneficiário de medida processual urgente (art. 811 do CPC), responsabilidade do transportador (art. 734, CC), responsabilidade por dano ao consumidor (art. 12 do CDC) e responsabilidade decorrente do abuso do direito.

Ressalte-se, entretanto, a existência de vozes que ainda identificam a culpa como um elemento da responsabilidade civil, como demonstra o acórdão relatado por Márcio Ribeiro do Valle²⁵⁰:

Em nosso ordenamento jurídico, a reparação pecuniária por dano moral e/ou material advindo de acidente do trabalho, ou de doença ocupacional, encontra o seu alicerce no Direito Civil (C.C. artigos 186 e 927), com fundamento mais direto no que dispõe o art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, que, em sua segunda parte, aborda a questão da responsabilidade civil do empregador, nos casos em que

contemporâneo, que é macro-princípio da dignidade da pessoa humana”. Assim, estão vedadas “leituras neutras e formais do Código Civil”. (BRAGA NETO, Felipe Peixoto. A Constituição e a dimensão privada do existir. In: SAMPAIO, José Adércio (Coord.). **15 anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 311-312 e 314).

²⁴⁸ PALMEIRA SOBRINHO, Zeu. Tendências da responsabilidade acidentária e a reforma do pensamento jurídico. **Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social**, São Paulo, v. 75, n. 10, p. 1178-1185, out. 2011..

²⁴⁹ DALLEGRAVE NETO, José Afonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p. 93-100.

²⁵⁰ MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região. Processo: **RO 0001316-37.2010.5.03.0051**, Data de Publicação: 15/06/2012, Órgão Julgador: Oitava Turma, Relator: Marcio Ribeiro do Valle, Divulgação: 14/06/2012. DEJT. p. 135.

este incorrer em dolo ou culpa (responsabilidade subjetiva). Tratando-se de responsabilidade civil, há que se verificar a ocorrência do dano, a relação de causalidade entre o dano e o trabalho desenvolvido pelo empregado Reclamante, bem como a existência de culpa do empregador. *In casu*, comprovada a ausência do nexo causal, sendo realçada a existência de manifesta doença degenerativa, resta desautorizada a pretensão indenizatória aqui reinstaurada pelo laborista.

A Súmula 14 do Tribunal Superior do Trabalho menciona a ideia de culpa para esclarecer que, se a rescisão do contrato empregatício ocorrer por culpa recíproca serão pagas pela metade as parcelas referentes ao aviso prévio, 13º salário e férias proporcionais²⁵¹. Senão, vejamos:

SUM-14 CULPA RECÍPROCA (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484 da CLT), o empregado tem direito a 50% (cinquenta por cento) do valor do aviso prévio, do décimo terceiro salário e das férias proporcionais.

Assim, em que pese à possibilidade de responsabilidade objetiva por danos causados pelo empregador, a noção de culpa não é totalmente irrelevante para o ramo trabalhista.

Como será analisado em tópico específico, o grau de culpa também possui alguma relevância, à medida que seja importante para a fixação do valor do dano moral.

4.5 Dano Moral

O dano moral sempre viveu cercado de controvérsias – inicialmente se questionava até mesmo a sua existência, dúvida que foi dissipada pela Constituição de 1988, conforme se extrai do art. 5º, incisos V e X. Orlando Teixeira da Costa²⁵² entende que a dúvida era infundada no terreno trabalhista, eis que a CLT já previa desde a sua edição a possibilidade de reparação por lesão à honra ou boa fama. Vejamos:

[...] a Consolidação das Leis do Trabalho, desde a sua promulgação, já contemplava o dano moral e sua reparação pelo empregado ou pelo empregador em decorrência da ruptura do contrato de trabalho pela prática de ato lesivo da honra ou da boa fama (arts. 482, letras j e k, e 483, letra e, mediante o pagamento ou desoneração de pagamento das indenizações correspondentes ao distrato do pacto laboral motivado por essa justa causa.

²⁵¹ O § 2º do art. 18 da Lei 8.036/90, que regulamente o FGTS, esclarece que nos casos de culpa recíproca, a indenização de 40% sobre o fundo também será reduzida pela metade: quando ocorrer despedida por culpa recíproca ou força maior, reconhecida pela Justiça do Trabalho, o percentual de que trata o § 1º será de 20% (vinte por cento).

²⁵² COSTA, Orlando Teixeira da. **Da ação trabalhista sobre dano moral in trabalho e doutrina**. n. 10. São Paulo: Editora Saraiva, set. 1996, p. 54-6.

A sua nomenclatura também é controversa, defendendo Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano²⁵³ que a terminologia “dano não material” seria mais adequada por apontar o contraponto entre esse tipo de dano e o dano material, “como duas faces da mesma moeda”. Ainda no tocante à terminologia, opta-se no presente trabalho por falar em compensação pecuniária e não em indenização, pois esta, como destacam esses autores,

está intimamente relacionada com o ressarcimento de prejuízos causados a uma pessoa por outra ao descumprir obrigação contratual ou praticar ilícito, significando a eliminação do prejuízo e das consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial.

Pois bem. Há uma verdadeira “anarquia conceitual”²⁵⁴ envolvendo o dano moral.

Vladimir Florindo²⁵⁵ conceitua “o dano moral como aquele que afeta a paz interior do ser humano, enfim, ofensa que cause um mal com fortes abalos na personalidade do indivíduo”.

Para Maurício Godinho Delgado²⁵⁶, corresponde a toda dor psicológica ou física injustamente provocada em uma pessoa humana. Ou, na clássica conceituação de Sabatier, “é todo sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária”.

Alice Monteiro de Barros²⁵⁷ o conceitua como “O menoscabo sofrido por alguém ou por um grupo como consequência de ato ilícito ou de atividade de risco desenvolvida por outrem capaz de atingir direitos da personalidade e princípios axiológicos do direito, independente da repercussão econômica”

De acordo com João de Lima Teixeira Filho²⁵⁸ o dano moral é o

sofrimento humano provocado por ato ilícito de terceiro que molesta bens imateriais ou magoa valores íntimos da pessoa, os quais constituem o sustentáculo sobre o qual a sua personalidade é moldada e sua postura nas relações em sociedade é erigida.

Para José Aguiar Dias²⁵⁹,

²⁵³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. vol. III. Responsabilidade civil. 8ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 118-119.

²⁵⁴ Pinho Pedreira atribui a expressão à jurista uruguaia Cristina Magarelli. (PEDREIRA, Pinho. **A reparação do dano moral no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, p. 25)

²⁵⁵ FLORINDO, Vladimir. **Dano Moral e o Direito do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 53.

²⁵⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 619.

²⁵⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª edição revista e ampliada. São Paulo: LTr, 2009, p. 650.

²⁵⁸ SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 18ª edição, vol I. São Paulo: LTr, 1999, p. 636.

²⁵⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª edição revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Bedford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1009.

consiste na penosa sensação de ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor, sofrimento, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em consequência deste, seja provocada pela recordação do defeito ou da lesão, quando não tenha deixado resíduo mais concreto, seja pela atitude de repugnância ou de reação ao ridículo tomada pelas pessoas que o defrontam.

Para Sílvio de Salvo Venosa²⁶⁰, “dano moral consiste em lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa, à sua dignidade, enfim, que se traduz nos modernos direitos da personalidade”.

Limonge França²⁶¹ o conceitua como o dano que atinge aspectos não econômicos da vítima.

Para Yussef Said Cahali²⁶², o dano moral

é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípua na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.).

O jurista italiano Alfredo Minozzi²⁶³ conceitua o dano moral como “dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a aflição física ou moral, em geral uma dolorosa sensação provada pela pessoa, atribuindo à palavra dor o mais largo significado”.

Na Espanha, Maria José Romero Rodenas²⁶⁴ disserta que os danos morais – *daños morales* – são aqueles danos que alcançam realidade extrapatrimonial, bens de natureza afetiva, como sentimentos, inclusive os que afetam o prestígio moral, confiança ou segurança do trabalhador, sendo plenamente possível a sua compensação.

Os autores franceses Mazeaud e Tunc²⁶⁵ adotam conceito negativo, entendendo como dano moral “o que não atinge de modo algum ao patrimônio e causa tão só uma dor moral à vítima”. Também negativo o conceito de Savatier²⁶⁶, para quem o dano moral é “todo sofrimento humano que não resulta de uma perda pecuniária”.

²⁶⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 47.

²⁶¹ FRANÇA, R. Limongi. **Reparação do dano moral**. RT 631/29.

²⁶² CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 295.

²⁶³ MINOZZI, Alfredo. **Studio sul Danno non Patri moniale, Danno Morale**, 3ª edição, 1917, p. 41.

²⁶⁴ RODENAS, Maria José. **Protección frente al acoso moral en el trabajo**. Tercera edición. Albacete (Espanha): Editorial Bomarzo S.L. 2005, p. 81/82.

²⁶⁵ MAZEAUD, Henry y Leon; TUNC, André. **Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual**. 1961, p. 424.

²⁶⁶ SAVATIER, René. **Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français**. 1951. Tomo II, nº 525, p. 92.

Na Itália, Adriano De Cupis²⁶⁷ disserta que

o dano não patrimonial não pode ser definido se não em contraposição ao dano patrimonial. Dano não patrimonial, em consonância com o valor negativo de sua expressão literal, é todo dano privado que não pode compreender-se no dano patrimonial, por ter por objeto um interesse não patrimonial, ou seja, que guarda relação com um bem não patrimonial.

No Brasil, Wilson de Melo Silva²⁶⁸ também adota conceito negativo, entendendo que o "dano moral é o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico".

Francisco Ferreira Jorge e Jouberto Quadros Pessoa Cavalcante²⁶⁹ definem o dano moral como “aquele que se opõe ao dano material, não afetando os bens patrimoniais propriamente ditos, mas atingindo os bens de ordem moral, de foro íntimo da pessoa, como a honra, a liberdade, a intimidade e a imagem, direitos esses, personalíssimos”.

Dos conceitos trazidos, podemos extrair forte tendência de atrelar o dano moral a uma violação a um direito da personalidade, ou seja, direito de defender o que é próprio e essencial ao ser humano, como a identidade, a honra, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a autoria, ao nome, a imagem, a integridade física, o corpo vivo, o corpo morto, ou, como, determina a cláusula geral protetiva inserida no texto constitucional, quaisquer direitos necessários para assegurar uma vida digna. Nesse sentido, afirma Elimar Szaniawski²⁷⁰ que “a Constituição brasileira edifica o direito geral de personalidade a partir de determinados princípios fundamentais nela inseridos, provenientes de um princípio matriz que consiste na dignidade da pessoa humana.”

Define-se, no presente trabalho, dano moral como a lesão à dignidade decorrente de agressão à diminuição da personalidade de qualquer ser humano, importando em violação à sua honra, liberdade, nome, integridade física e psicológica ou a outros direitos da personalidade, e capaz de causar na vítima abalos em sua esfera íntima ou a proporcionar situações vexaminosas perante outrem.

Pode atingir a honra subjetiva (sentimento individual a respeito dos atributos pessoais, físicos, morais e intelectuais; o que a pessoa pensa de si mesma) ou a honra objetiva do lesado (reputação do indivíduo no meio social).

²⁶⁷ DE CUPIS, Adriano. **El Dano: Teoria General de la Responsabilidad Civil**. 1975, p. 122.

²⁶⁸ SILVA, Wilson de Melo. **O dano Moral e sua Reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 13.

²⁶⁹ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho. Tomo I**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

²⁷⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr. , jul., 2005, p.176.

Embora a doutrina e a jurisprudência sejam uníssonas em não exigir prova do dano em si, deve haver prova da ofensa capaz de gerá-lo, admitindo, assim, o dano *in re ipsea*, ou seja, como uma natural consequência daquele fato. E o ônus da prova do fato e do nexo de causalidade é da parte que alega ter sido vítima do ato capaz de ensejar o dano. É o que se extrai do art. 333 do CPC²⁷¹:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:
I – ao reclamante, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

No terreno trabalhista, ainda que de forma menos completa, o art. 818 prevê²⁷² a necessidade de comprovação do fato por quem alegou a sua ocorrência. Senão, vejamos:

Art. 818. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer

Note-se: não se exige prova do dano efetivo, mas sim do fato capaz de causá-lo.

Mas não é qualquer violação a um direito da personalidade que gera indenização. De fato, para que se configure dano moral, não basta que existam meros aborrecimentos ou amolações corriqueiros à vida em sociedade, sob pena de se banalizar o instituto com consequente descrédito da própria concepção da responsabilidade civil.

4.6 O assédio moral

O assédio é caracterizado por “insistência impertinente junto de alguém”²⁷³, podendo ser sexual ou moral.

O assédio moral é a provocação reiterada e abusiva manifestada por forma de atos, palavras, comportamentos, escritos ou mesmo indiferença, vindo a causar na vítima danos a direitos da personalidade.

Na Espanha, Maria José Romero Rodenas²⁷⁴ distingue entre conceitos objetivos e subjetivos de dano moral – acoso moral – destacando que estes consideram a intencionalidade como seu elemento constitutivo:

En la actualidad se aprecian claramente dos concepciones diferenciadas del concepto de acoso moral en el trabajo, una subjetiva y otra objetiva em función a considerar la intencionalidad como elemento constitutivo del acoso moral en el trabajo, o a

²⁷¹ BRASIL. *Vade Mecum*. 7 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012.

²⁷² BRASIL. *Vade Mecum*. 7 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012.

²⁷³ DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p. 207

²⁷⁴ RODENAS, Maria José. *Protección frente al acoso moral en el trabajo*. Tercera edición. Albacete (España): Editorial Bomarzo S.L. 2005.

entender que la intencionalidad supone en realidad un elemento accesorio del concepto de acoso moral en el trabajo.

E nos fornece a decisão de um Tribunal da Catalunha, que define o dano moral no ambiente de trabalho como uma situação de violência psicológica recorrente e prolongada:

Las SSTSJ Cataluña de 28 de noviembre de 2001 (AS 249) y 23 de julio de 2003 (AS 3047), Navarra de 30 de abril de 2001 (AS 1878) y Extremadura de 29 de junio de 2004 (AS 1900), señalan que constituye acoso moral en el trabajo “la situación en la que se ejerce una violencia psicológica de forma sistemática, recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, así como su reputación, perturbar gravemente el ejercicio de sus labores y lograr que esa persona o personas abandonen el lugar de trabajo”.

O resultado desse assédio é um dano moral. Assim, o empregador pode causar um dano moral diretamente, ofendendo a honra do empregado por um único ato, ou por não lhe dirigir a palavra durante determinado lapso temporal, isolando-o no ambiente de trabalho.

O assédio moral é muito comum no ambiente de trabalho, especialmente nos casos em que há vínculo empregatício, pois há continuidade que permite a reiteração das ofensas e a hipossuficiência que impede a cessação de contato com o ofensor.

A necessidade de reiteração da prática para que se configure dano moral demonstra o porquê de a figura estar tão ligada aos ambientes trabalhistas e familiares, eis que permitem essa reiteração.

Nas relações de consumo também há desigualdade entre as partes. Entretanto, nessa esfera a parte pode, querendo, deixar de frequentar o local onde foi ignorada.

4.7 A insuficiência das normas do Código Civil de 2002 para fins de cálculo da compensação pecuniária por dano moral

O Código Civil de 2002 possui no título IX - Da Responsabilidade Civil – um capítulo que cuida da indenização – capítulo II que nos artigos 944 a 954²⁷⁵ traz normas gerais sobre a forma de cálculo do dano. Esses artigos não enfrentam diretamente a questão da forma de cálculo da compensação pecuniária por dano moral. Entretanto, parte das suas disposições contribui para a solução da questão.

O art. 944 especifica que a indenização guardará proporção direta com a extensão do dano, de modo que danos mais graves deverão ter ofensas maiores, o que é plenamente aplicável na seara do dano moral.

²⁷⁵ BRASIL. *Vade Mecum*. 7. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012.

Da mesma forma, o parágrafo único que permite que o juiz reduza a indenização quando por ato de pequena gravidade da culpa gerar dano excessivo.

A conduta da vítima durante o evento danoso também deverá ser ponderada, sendo maior a indenização em caso de postura isenta e reduzida em caso de provocação ao agressor (art. 945). Note-se que o fato de ter concorrido culposamente para o evento não lhe isenta de indenização, pois isso não permite a causação do dano, devendo, apenas, atuar como atenuante do valor da indenização.

O art. 946 determina que “se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente” deverá haver apuração do valor “das perdas e danos na forma que a lei processual determinar”.

De acordo com o art. 947, “se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”.

Os arts. 948, 949 e 950 especificam quais as indenizações materiais devidas nos casos de homicídio, danos à saúde e diminuição da capacidade para o trabalho. Embora tragam expressões como “sem excluir outras reparações” (art. 948) e “além de outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”, tais dispositivos não fornecem qualquer esclarecimento sobre a forma de cálculo dessas outras reparações, caso se tratem de danos morais.

Defende-se que tais artigos possuem íntima ligação com o dano moral. O artigo 949, por exemplo, assegura a plena reparação de lesão ou ofensa à saúde e, como restará demonstrado, o dano moral pode levar a resultados como depressão. Entretanto, não especificam a forma da sua compensação pecuniária do dano moral.

O art. 951 estende os efeitos dos arts. 948, 949 e 950 àquele “que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”.

Há no art. 952 mais uma preocupação com a forma de cálculo da indenização material, determinando que em caso de “usurpação ou esbulho do alheio”, além de restituir a coisa, haverá indenização no “valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes”. Mas, “faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado”. O seu parágrafo único determina que “para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante àquele”.

A indenização por crimes praticados contra direitos da personalidade da vítima, causando-lhe, assim, um dano moral, deve ser capaz de reparar o dano gerado no ofendido, conforme o art. 953. Ora, não sendo possível precisar qual o resultado do dano moral causado ao ofendido em um caso de dano moral, o *caput* do artigo se apresenta totalmente inócuo.

O parágrafo único do art. 953 e o art. 954 cuidam de indenização por danos materiais.

Em que pese parte dos parâmetros apresentados poder contribuir para o cálculo da indenização por dano moral, continuam deixando uma série de perguntas sem resposta.

4.8 Projetos de lei

Há atualmente 32 projetos de lei tramitando no Congresso Nacional²⁷⁶ com o tema de dano moral. Alguns são menos relevantes para o presente trabalho, eis que não cuidam da forma de fixação do valor da indenização. À guisa de exemplo, o projeto de lei PL 4587/2012, por exemplo, pretende inserir no art. 482 a expressa previsão de que a reversão da justa causa gera dano moral, sepultando forte divergência doutrinária e jurisprudencial. Apesar da importância do seu conteúdo, não envolve a fixação do valor do dano moral. De forma similar, o PL 1525/11 busca positivizar o direito à indenização por atraso salarial superior a 30 dias. Também importante na prática, mas sem contribuir para o presente estudo. Outros, entretanto, merecem citação por terem ligação com o objeto do presente estudo.

O projeto de lei nº 523/11²⁷⁷, em curso perante a Câmara dos Deputados, prevê compensação pecuniária por dano moral oscilando entre 10 e 500 salários mínimos, a depender do potencial econômico da vítima e o do autor do dano, o que poderá ser ultrapassado em caso de dano coletivo.

Defende-se, assim, que a inconstitucionalidade está em tarifar o dano e fixar o potencial econômico da vítima como parâmetro.

Lista, ainda, o projeto nº 523/11, uma série de condutas que entende serem causadoras de danos morais:

1. inscrição indevida em cadastro de inadimplentes;
2. assédio moral no trabalho;

²⁷⁶ BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei e outras proposições**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_lista.asp?formulario=formPesquisaPorAssunto&Ass1=dano+moral&co1=+AND+&Ass2=&co2=+AND+&Ass32=&Submit2=Pesquisar&sigla=&Numero=&Ano=&Autor=&Relator=&dtInicio=&dtFim=&Comissao=&Situacao=&OrgaoOrigem=todos>. Acesso em: 12 nov. 2012.

²⁷⁷ BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PDC 1668/2002**. Projeto de decreto legislativo. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=493145>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

3. demonstraco pública de discriminao (racial, política, religiosa e de gnero);
4. cobrança indevida de valores;
5. contratao em relao de consumo, sem a anuência formal expressa do consumidor;
6. realizao de revista em consumidor;
7. venda de passagem para veículo de transporte coletivo cujas vagas estejam esgotadas;
8. fornecimento de produto fora das especificaes técnicas ou adequadas às condioes de consumo;
9. fornecimento de produto alimentício contaminado, fora do prazo de validade ou em condioo diversa das estipuladas pelas normas sanitárias;
10. disposioo de cláusula leonina ou abusiva em instrumento de contrato;
11. cobrança, por qualquer meio, em local de trabalho;
12. exposioo vexatória no ambiente de trabalho;
13. descumprimento das normas da medicina do trabalho;
14. erro médico que cause dano  vida ou  saúde do paciente;
15. exposioo da vida ou da saúde de outrem a risco;
16. exposioo de dados pessoais, sem a anuência formal da pessoa exposta;
17. veiculaoo por meio de comunicaoo em massa de notícia inverdica;
18. comprovada exposioo pública de caso extraconjugal;
19. violaoo do dever de cuidado;
20. abuso no exercício do poder diretivo;
21. interrupoo injustificada do fornecimento de serviço essencial;
22. exposioo vexatória ou não consentida da imagem pessoal;
23. denegar direito expresso em lei;
24. qualquer ato ilícito, ainda que não gere dano específico.

O projeto 523/2011 também parece violar a Constituioo pelos mesmos motivos: tentativa de tarifar o valor da indenizaoo (art. 7º, § 1º) e graduar a pena de acordo com as condioes da vítima que, em funoo da Constituioo, deveriam ser relevadas – nesse caso o projeto determina observância às condioes sociais, políticas e econômicas (art. 7º, § 2º):

Art. 7º. Ao apreciar o pedido, o juiz considerar o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da aoo ou omissoo, a possibilidade de superaoo física ou psicológica, assim como a extensoo e duraoo dos efeitos da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenizaoo a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis:

I - ofensa de natureza leve: até dez mil reais;

II - ofensa de natureza mdia: até quarenta mil reais;

III - ofensa de natureza grave: até cem mil reais;

§ 2º Na fixaoo do valor da indenizaoo, o juiz levará em conta, ainda, a situaoo social, política, econômica e creditícia das pessoas envolvidas, as condioes em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhaoo, o grau de dolo ou culpa, a existência de retrataoo espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesoo e o perdoo, tácito ou expresso.

O equívoco parece estar presente também no PL 523/2011, cujo art. 4º assim dispoe:

Art. 4º. Para o arbitramento da indenizaoo serão levados em consideraoo o potencial econmico da vítima e do autor do dano, sendo a mdia aritmética obtida entre o potencial econmico comprovado das partes envolvidas o parâmetro final para arbitramento da indenizaoo quando o requerente for a parte com menor potencial econmico.

Parágrafo único. Quando o requerente for a parte com maior potencial econômico da relação processual o parâmetro final será o potencial econômico da parte hipossuficiente.

O projeto de lei 3406/2012 busca inserir no artigo 20 do Código Civil as seguintes normas:

Art. 20. [...]

1º Nos casos de utilização indevida da imagem de pessoa física ou jurídica, para qualquer fim, fica presumido o direito à indenização por danos morais, sem prejuízo de quaisquer outras indenizações.

§ 2º O valor da indenização deverá ser arbitrado pelo juiz levando-se em consideração à extensão do dano e o grau de reprovabilidade da conduta, a partir da análise do conjunto probatório.

Nesse caso, não há violação à Constituição, pois ficam atendida a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Note-se que apesar da sua preocupação com o tema, o poder legislativo tem criado projetos que muitas vezes esbarram nas normas constitucionais, perpetrando a frequente discriminação na fixação da indenização compensatória.

4.9 Forma de cálculo do valor da compensação pecuniária por dano moral – estado da arte

Os danos morais não possuem fundo econômico nem permitem o seu desfazimento. Surge uma complexa questão: a forma de se calcular a compensação pecuniária por esses danos.

Inicialmente, foram realizadas tentativas de se positivar parâmetros objetivos para fixar o valor da indenização, também chamados de sistema fechado ou tarifado, por meio do Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei 4.117 de 27.08.1962 e da Lei de Imprensa, lei 5.250 de 09.02.1967.

O tarifamento consiste em criar uma tabela ou tarifa de acordo com o ato praticado. O sistema seria, portanto, “fechado” em uma tabela prévia, em contrário ao modelo “aberto” à determinação judicial.

A lei 4.117/62 - Código Brasileiro de Telecomunicações - determinava que o juiz deveria observar a posição social ou política do ofendido para quantificar a indenização por dano moral, determinando ainda como critérios a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa. Também impunha

limites mínimos e máximos para a indenização, de cinco e cem salários mínimos respectivamente. Entretanto, foi revogado pelo Decreto-Lei 236/1967.

A lei 5.250/67 - lei de imprensa – também previa a posição social e política do ofendido como elemento dessa intrincada equação, destacando ainda a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a intensidade do dolo ou culpa, situação econômica do ofensor e retratação. Os artigos 51 e 52 traziam o tarifamento da indenização. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal²⁷⁸ declarou a inconstitucionalidade da lei de imprensa na parte em que fixa parâmetros para a fixação do dano moral. Na mesma esteira, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 281, dispondo que “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”. Arruda Miranda²⁷⁹ também afirma que “a Constituição Federal de 1988 acabou com as limitações de tempo e valor para as ações de reparação de danos materiais e morais”.

Humberto Theodor Júnior²⁸⁰ lamenta a opção, por entender que tal sistema que evitaria “o excesso de subjetivismo dos julgadores”, leva “à ruína o princípio constitucional da isonomia”. Assim, conclui, “o melhor caminho, de *lege ferenda*, seria o dispor-se em lei acerca dos parâmetros e tarifas.”

Fato é que revogados e não recepcionados os critérios existentes, passou a doutrina e a jurisprudência a indagar quais critérios deveriam ser adotados. O vácuo legislativo não foi preenchido pelo Código Civil de 2002, que, assim como o Código de 1916, não fornece critérios claros e suficientes para a quantificação da reparação por dano moral. A Consolidação das Leis Trabalhistas é igualmente omissa quanto ao tema.

Na ausência de subsídio legal, deverá o magistrado fixá-la por arbitramento que prevalecerá somente para o caso *sub examinem*. Em tal tarefa, identificam a doutrina e a jurisprudência nos arts. 944 e 945 a determinação para que o magistrado sopesse a extensão do dano; as condições socioeconômicas dos envolvidos (autor do fato danoso e vítima); o grau de culpa do autor do fato, da vítima e, se for o caso, de terceiros envolvidos no evento; aspectos subjetivos das partes e, finalmente, o caráter pedagógico e punitivo da indenização.

²⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE nº 447.584-7-RJ**. Relator Ministro Cezar Peluso, Boletim da AASP nº 2522, p. 1353, entendimento também adotado na ADPF 130/DF, cuja decisão liminar levou à revogação do tarifamento do dano moral previsto na Lei de Imprensa.

²⁷⁹ MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à Lei de Imprensa**, 3ª ed., nº 713, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 1995. p. 733.

²⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. Belo Horizonte: Del Rey. 2010, p. 267.

Nota-se que os critérios acima apontados são fortemente influenciados pelos critérios do revogado Código Brasileiro de Telecomunicações, que, apesar de revogado, continua, assim, a exercer efeitos muito parecidos com a vigência.

Nesse sentido, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar do STJ destacou no REsp n. 277.407-RJ o seguinte:

O recorrente sustenta, ainda, que houve excesso na fixação do valor da indenização, com ofensa aos arts. 159 do CCivil e 53 da Lei de Imprensa. Como se sabe, e é da jurisprudência pacificada neste Tribunal, não permanece a limitação indenizatória fixada na lei especial. Isso, porém, não significa que esteja derrogado o disposto no art. 53 da Lei de Imprensa [...].

Aos critérios mencionados pelo revogado Código Brasileiro de Telecomunicações, a doutrina e a jurisprudência foram, gradativamente, agregando outros, como a remuneração ou a capacidade econômica da vítima. De fato, hoje a doutrina e a jurisprudência entendem ser possível graduar a compensação pecuniária por dano moral de acordo com identificadores de renda, escolaridade e ocupação, relação com a sociedade em que vive, posição familiar, enfim, condições socioeconômicas da vítima.

Vejamos, nesse sentido, a obra de Euler Paulo de Moura Jansen²⁸¹:

A posição social do lesado é elemento que inequivocamente deve o intérprete ponderar. Isso se justifica por ter algumas pessoas maior ligação com a sociedade onde atua. Veja-se que o dano efetivado numa pessoa de destaque social, dentre os vários níveis que esse pode espelhar, deve ser considerado mais grave que o praticado contra um desconhecido. Algumas pessoas, um padre, pastor, líderes comunitários, vereadores, promotores e juízes são pontos de referência para a comunidade e a lesão à moral desses tem uma contundência maior.

Com relação à posição econômica do ofendido, sabemos ser tema polêmico, mas é derivado do conceito aristotélico de justiça, que seria tratar igual os iguais e desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Como já visto, o dinheiro na indenização de dano moral é empregado para gerar um equivalente de sensações positivas, para reequilibrar o “nível moral” do ofendido, abalado após o dano.

Tenha-se em mente que, se uma pessoa que ganha apenas um salário mínimo mensalmente, obtiver uma indenização de 200 salários mínimos, será o mesmo que dar para ela o produto de duzentos meses, mais de quinze anos de seu árduo trabalho, para utilizar como bem entender, seja em viagens, ou simplesmente, higiene mental. Uma pessoa que recebe mensalmente quarenta salários mínimos é obviamente mais difícil de se satisfazer, o mesmo valor de condenação não implicará para ela em mais que cinco meses afastado de suas obrigações laborais.

²⁸¹ JANSEN, Euler Paulo de Moura. A fixação do Quantum indenizatório do dano moral. . **Revista Jus Vigilantibus**. 2004. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1841>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

José Cairo Júnior²⁸², de forma similar, cita como parâmetros para fixação do dano a “[...] condição pessoal da vítima, capacidade financeira do ofensor, intensidade do ânimo de ofender, gravidade do dano e repercussão da ofensa”.

Alice Monteiro de Barros²⁸³ também defende que tais parâmetros devam balizar a forma de cálculo da compensação pecuniária. Senão, vejamos:

[...] a fixação da compensação alusiva ao dano moral e psicológico resulta de arbitramento do juiz, após analisar a gravidade da falta; a intensidade e a repercussão da ofensa, a condição social da vítima; a sua personalidade e a do ofensor; a possibilidade de superação física ou psicológica da lesão, bem como o comportamento do ofensor após o fato, entre outros fatores.

Defende José Afonso Dallegre Neto²⁸⁴ que “em relação ao caráter ressarcitório do dano, além da avaliação da situação pessoal financeira da vítima, deve-se conjugar a gravidade do ilícito e a magnitude do dano”.

O entendimento é comungado por Milton Oliveira²⁸⁵, para quem

Na fixação do quantum, o juiz deve levar em consideração a posição familiar, cultural e a social do autor do dano e da vítima, tendo em vista o cidadão comum. E, também, o grau de culpa com que obraram o autor do dano e da vítima.

Flávio Monteiro de Barros²⁸⁶ entende que os critérios para quantificação do dano moral são as circunstâncias do caso, a gravidade do dano e sua repercussão, a situação do lesado e do lesante, o grau de culpa, o sofrimento da vítima e a culpa concorrente da vítima.

No mesmo sentido, Garcia²⁸⁷ inclui dentre os critérios a serem seguidos na fixação da indenização a “posição social, financeira e patrimonial da vítima”.

Mauro Schiavi²⁸⁸ defende que a remuneração da vítima deva ser levada em consideração. Senão, vejamos:

o quantum da indenização deve estar balizado pelos seguintes critérios:

²⁸² CAIRO JÚNIOR, José Cairo. **O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador**. São Paulo: LTr, 2003, p. 103.

²⁸³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5ª ed. rev. e ampliada. São Paulo: LTr, 2009, p. 656-657.

²⁸⁴ DALLEGRAVE NETO, José Afonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p. 155.

²⁸⁵ OLIVEIRA, Milton. **Dano Moral**. São Paulo: LTr, 2011, p. 87.

²⁸⁶ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Manual de Direito Civil: Direito das Coisas e Responsabilidade Civil**, volume 3. 2. ed. São Paulo: Método, 2007, p. 270.

²⁸⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 187.

²⁸⁸ SCHIAVI, Mauro. **Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho: os novos desafios da justiça do trabalho após o código civil de 2002 e a emenda constitucional 45/2004**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 232-233.

- a) reconhecer que o dano moral não pode ser valorado economicamente;
- b) valorar o dano no caso concreto, segundo as características de tempo e lugar onde ocorreu;
- c) analisar o perfil da vítima e do ofensor;
- d) analisar se a conduta do ofensor foi dolosa ou culposa, bem como a intensidade da culpa;
- e) considerar não só os danos atuais, mas também os prejuízos futuros, como a perda de uma chance;
- f) guiar-se o juiz pela razoabilidade, equidade e justiça;
- g) considerar a efetiva proteção à dignidade da pessoa humana;
- h) considerar o tempo de serviço do trabalhador, sua remuneração;
- i) atender à função social do contrato de trabalho, da propriedade e função social da empresa;
- j) inibir que o ilícito se repita;
- k) chegar ao acertamento mais próximo da reparação, mesmo sabendo que é impossível conhecer a dimensão do dano. Por isso deve apreciar não só os danos atuais como os futuros (perda de uma chance);
- l) considerar a situação econômica do país e o custo de vida da região em que reside o lesado.

O Tribunal Regional da Terceira Região também possui decisões de 1ª e 2ª instância que arbitram o valor da indenização de acordo com a condição socioeconômica da vítima. No processo 00290-2003-043-03-00-4²⁸⁹, por exemplo, a autora reclamava compensação pecuniária por danos morais sofridos, alegando ter a antiga empregadora a acusado de furtos para prováveis novos empregadores. Foi deferida “indenização por danos morais, arbitrados em um ano de salários”. O informativo do TRT da 3ª Região noticiou em 19/09/2012²⁹⁰ que uma “trabalhadora procurou a Justiça do Trabalho dizendo que era constantemente humilhada e constrangida pelo patrão em razão de sua opção sexual”, tendo o magistrado sopesado o fato de a própria reclamante fazer piadas com sua sexualidade, “bem como a capacidade financeira das partes, a gravidade dos danos e o caráter punitivo-pedagógico da indenização por danos morais” para condenar a reclamada em “indenização no importe de R\$ 2.000,00, valor equivalente a 03 meses de salários da reclamante”²⁹¹. No processo 01359-2011-142-03-00-9-RO, a segunda turma do TRT decidiu que a indenização, arbitrada em primeira instância em R\$10.000,00, “atende ao duplo caráter da reparação, ou seja, o de compensação para a vítima e o de punição para o agente”, levando-se em conta “a extensão do dano, além de estar

²⁸⁹ MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região: **00290-2003-043-03-00-4**, Data da Decisão:05/11/2003, Data de Publicação: 15/11/2003, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator: Paulo Araújo.

²⁹⁰ MINAS GERAIS, . Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. **Trabalhadora homossexual assumida consegue indenização por desrespeito no trabalho**. Notícias. 2012. Disponível em: http://as1.trt3.jus.br/noticias/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=7422&p_cod_area_noticia=ACS&p_cod_tipo_noticia=1>. Acesso em: 25 jan. 2013

²⁹¹ A notícia não fornece o número do processo, provavelmente por ter corrido em segredo de justiça, o que é provável em função dos fatos narrados.

compatível com a condição socioeconômica e cultural da vítima e do ofensor, assim como ao bem jurídico lesado”.

Ora, como já exposto, o trabalho agrega ao ser humano uma série de valores que ultrapassam o valor do salário. Assim, *data venia*, ao impedir – ou pelo menos dificultar que a ex-empregada conseguisse novo emprego, lhe causou danos que ultrapassam em muito o valor que receberia nos novos empregos.

Não custa lembrar que a diferença entre o menor e o maior salário do Brasil chega ao patamar de 1.714,3 vezes. Assim, a utilização do salário da vítima como critério de fixação da indenização compensatória por dano moral poderia gerar compensações pecuniárias com desigualdade de até 1.714,3 vezes para agressões praticamente idênticas – sua única diferença é o salário do ser humano agredido.

Não se trata de uma decisão isolada adotando o salário como critério, conforme comprovam as decisões abaixo colacionadas, de Tribunais Regionais do Trabalho:

[...] A indenização por dano moral deve ser fixada em termos que se mostrem razoáveis e compatíveis com a realidade que cercou a relação das partes, cabendo levar-se em consideração as atividades profissionais do empregado, o tempo de serviço, o valor do salário e as peculiaridades de cada caso. Deve-se procurar evitar que a reparação do dano extravase essa finalidade e resulte em enriquecimento indevido. Recurso provido para acolher-se o pedido da reclamada de revisão do quantum indenizatório. (TRT 4ª Região. RO 9533-2000-022-04-00-7 (RO) – (Ac. 7ª T., 19.10.05) – Rel. Juiz Flávio Portinho Sirangelo. DJRS 20.11.05.)

[...] A dosimetria do quantum- indenizatório guarda relação direta com a existência e a extensão do dano sofrido, o grau de culpa e a perspectiva econômica do autor e da vítima, razão pela qual a atuação dolosa do agente reclama reparação econômica mais severa, ao passo que a imprudência ou negligência clamam por reprimenda mais branda. (TST, 2010, DEJT 03/12/2010. Grifos nossos)

[...] A indenização por danos materiais deve levar em conta o grau de comprometimento físico da trabalhadora. Além disso, diversos fatores devem ser considerados para a fixação da indenização por danos morais, como a ofensa e a extensão da lesão, as condições econômicas, sociais e culturais das partes e também nas quais o dano ocorreu, além do caráter pedagógico e punitivo da condenação. (TRT-2ª Região, 2009, DOE-publicação eletrônica)

[...] Havendo prova de que o reclamante teria sofrido agressões praticadas pelo segurança da empresa, no local de trabalho, devida a indenização por danos morais, atendendo ao duplo caráter da reparação, ou seja, o de compensação para a vítima e o de punição do agente, devendo o Juízo se ater, na fixação, ao grau de culpa do agente, às condições sócio-econômicas da vítima e do ofensor, assim como ao bem jurídico lesado. (TRT-3ª Região, 2009, DEJT p. 112)

[...] no que tange à dosimetria do quantum indenizatório, via de regra, aplica-se o arbitramento racional pautado no princípio da razoabilidade e proporcionalidade na qual o julgador operará atendendo aos seguintes vetores: condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, o prejuízo sofrido pela vítima, a extensão da

culpa do agente, o efeito pedagógico e a capacidade econômica da empresa, além do utilização experiência pessoal do julgador, posicionamento dos Tribunais ao caso sob análise, bem como os parâmetros adotados a um homem médio, tudo isso para proporcionar ao ofendido uma reparação justa, sem que haja enriquecimento indevido e ao mesmo tempo propiciar que a quantia devida seja significativa o suficiente para provocar no agente a preocupação em proceder com maior cautela, além de adotar procedimentos que visem a prevenir novel constrangimento moral às pessoas, aflorando o caráter pedagógico. (TRT- 23ª Região, 2009, DJ/MT - publicação eletrônica)

Os Tribunais de Justiça também possuem decisões em que o valor do dano moral é fixado levando em consideração condições socioeconômicas do ofendido:

A doutrina e a jurisprudência são remansosas no sentido de que a fixação do quantum indenizatório deve-se dar ao prudente arbítrio do Juiz, devendo atentar-se sempre para as circunstâncias fáticas, para a gravidade objetiva do dano, seu efeito lesivo, sua natureza e extensão, e para as condições socioeconômicas da vítima e do ofensor, de tal sorte que não haja enriquecimento do ofendido, mas que a indenização corresponda a um desestímulo a novas agressões.

(TJMG, Processo: Apelação Cível 1.0024.09.479509-3/001 4795093-54.2009.8.13.0024 (1), Relator(a): Des.(a) Sebastião Pereira de Souza, Data de Julgamento: 19/09/2012, Data da publicação da súmula: 28/09/2012)

No tocante ao valor a ser arbitrado para os danos morais, este deve guardar perfeita correspondência com a gravidade objetiva do fato e do seu efeito lesivo, bem assim com as condições sociais e econômicas da vítima e do autor da ofensa, revelando-se ajustada ao princípio da equidade e à orientação pretoriana segundo a qual a eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida. (TJMG, Ap Cível/Reex Necessário 1.0392.10.000790-6/001, 0007906-46.2010.8.13.0392 (1), Relator(a) Des.(a) Eduardo Andrade, Órgão Julgador Câmaras Cíveis Isoladas / 1ª CÂMARA CÍVEL, Comarca de Origem: Malacacheta, Data de Julgamento 23/10/2012, Data da publicação da súmula 31/10/2012)

Considerando-se as circunstâncias do fato, as condições socioeconômicas da autora, bem como as condições da demandada, a gravidade objetiva do dano e o seu efeito lesivo, a indenização deve ser mantida no patamar fixado na r. sentença monocrática, capaz de inibir a imprudência da prestadora de serviços de telefonia que negligencia o consumidor, não se afigurando enriquecimento sem causa. Preliminar de não conhecimento do recurso rejeitada e embargos infringentes acolhidos. (...) A indenização por danos morais não tem caráter punitivo, mas, sim, reparatório, devendo seu valor ser o suficiente apenas para reparar o dano causado, nos termos do art. 944, 'caput', do Código Civil, e não ensejar enriquecimento sem causa do ofendido. (Des. Gutenberg da Mota e Silva e Des. José Antônio Braga)

(TJMG, Processo: Embargos Infringentes 1.0024.09.630108-0/002 6301080-94.2009.8.13.0024 (1), Relator(a): Des.(a) Alberto Aluizio Pacheco de Andrade, Data de Julgamento: 31/05/2011, Data da publicação da súmula: 09/08/2011)

Na fixação do valor da indenização por danos morais é necessário levar em consideração as circunstâncias das partes no evento, e suas condições socioeconômicas, o grau de culpa do ofensor e a natureza da lesão, atentando-se para o fato de que a quantia deve propiciar uma satisfação à vítima sem provocar o seu enriquecimento injustificado.

(TJMG, Processo: Apelação Cível 1.0702.06.278283-5/001 2782835-54.2006.8.13.0702 (1), Relator(a): Des.(a) Batista de Abreu, Data de Julgamento: 04/08/2010, Data da publicação da súmula: 24/09/2010)

O dano moral decorre do próprio ato lesivo de inscrição indevida nos cadastros de restrição ao crédito, independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pelo autor, que se permite, na hipótese, facilmente presumir, gerando direito a ressarcimento" (REsp nº 323.356/SC).

- O arbitramento do dano moral deve ser realizado com moderação, em atenção à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes. Ademais, não se pode olvidar da necessidade de desestimular o ofensor a repetir o ato.

(TJMG, Apelação Cível 1.0027.11.018334-3/001 0183343-95.2011.8.13.0027 (1), Relator(a): Des.(a) Cláudia Maia, Data de Julgamento: 04/10/2012, Data da publicação da súmula: 10/10/2012)

Extraí-se das decisões acima uma preocupação de que a compensação pecuniária por um dano moral não cause o enriquecimento sem causa. Entretanto, para que ocorra enriquecimento não basta a existência de um valor alto, devendo estar concomitantemente presentes os elementos²⁹²:

1. o enriquecimento de uma parte;
2. o empobrecimento de uma parte;
3. ausência de culpa do empobrecido;
4. ausência do interesse pessoal do empobrecido;
5. ausência de causa que gere o aumento patrimonial;
6. subsidiariedade.

Ora, no caso de compensação pecuniária por dano moral falta o elemento da ausência de causa, que configura a verdadeira viga-mestra²⁹³ do enriquecimento sem causa. Desse modo, desconfigurado o enriquecimento sem causa. Mas ainda que assim não fosse, a doutrina tem trazido outros elementos como o empobrecimento concomitante e a culpa do enriquecido, que também estão ausentes²⁹⁴.

O Supremo Tribunal Federal²⁹⁵, por sua vez, possui Súmula de 1963 dispondo que o salário pode ser considerado fator de composição de indenização por acidente de trabalho:

STF Súmula nº 314 - 13/12/1963 - Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 140.

Composição do Dano por Acidente do Trabalho ou de Transporte - Contrariedade - Base da Indenização - Salário do Tempo da Perícia ou da Sentença

²⁹² Os elementos são listados por Caio Mário da Silva Pereira, que, entretanto, não efetua a separação entre os dois primeiros elementos. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 205).

²⁹³ ALMEIDA, L. P. Moitinho. **Enriquecimento sem causa**. 2ª ed., Lisboa: Almedina:1998, p. 66.

²⁹⁴ GOMES, Júlio Manuel Vieira. **O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa**. Porto: Coimbra Editora, 1998, p. 406.

²⁹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 28 ago. 2012.

Na composição do dano por acidente do trabalho, ou de transporte, não é contrário à lei tomar para base da indenização o salário do tempo da perícia ou da sentença.

Também existem decisões trabalhistas entendendo pela aplicação subsidiária do art. 478, que determina indenização de um mês de salário por ano de serviço ou fração superior a seis meses. Nesse sentido, as seguintes decisões do TRT da 3ª região:

O valor da reparação do dano moral deve ser fixado por arbitramento e, para tal, deve o julgador levar em conta a situação das partes, as circunstâncias dos fatos, de modo que o "quantum" possa servir para reparar e recompor a lesão sofrida pelo ofendido em sua honra e dignidade, e também inibir o ofensor, evitando-se a continuidade de práticas lesivas. Conforme a ilustre Juíza Relatora, "não se pode levar em consideração apenas a capacidade econômica do reclamado, como insiste o reclamante em seu recurso, mas também a gravidade e a extensão do dano moral praticado", mas não concordo, com a devida vênia, que os dados do processo "não autorizam uma indenização de quase 200 mil reais". À míngua de parâmetros expressos na lei, nada obsta ao julgador arbitrar o valor da indenização por aplicação analógica do artigo 478 da CLT, como fez a sentença. [...]

01302-2005-013-03-00-8 RO (RO - 6883/06)

Data de Publicação: 01/07/2006

Órgão Julgador: Terceira Turma

Redator: Bolívar Viegas Peixoto

Tema: DANO MORAL - QUANTIFICAÇÃO

Divulgação: DJMG . Página 5. Boletim: Não.

Daí a afirmação de Irazy Ferrari e Melchíades Rodrigues Martins²⁹⁶ de que

tanto na doutrina quanto na jurisprudência, encontramos posição no sentido de que a indenização por dano moral pode ser fixada levando-se em conta o salário do ofendido e vinculada ao seu tempo no serviço, por analogia ao art. 478 da CLT, que trata da indenização por tempo de serviço.

Registre-se ser frequente a sua fixação em determinada quantidade de salários mínimos, o que, embora possível, não é obrigatório²⁹⁷. Nesse sentido, veja a tabela 1 constante no site do Superior Tribunal de Justiça²⁹⁸, na qual diversos casos tiveram o valor da indenização fixado com base em salários mínimos (SM):

²⁹⁶ FERRARI, Irazy; MARTINS, Melchíades Rodrigues. **Dano moral. Múltiplos aspectos nas relações de trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 674.

²⁹⁷ Em que pese a vedação constitucional do art. 7º, IV da sua vinculação a qualquer fim, tal medida busca evitar que o salário mínimo se torne medida de valor, prática que conspira contra sua valorização econômica, e, *in casu*, tal não ocorre, sendo, portanto, possível a sua utilização. Nesse sentido também decidiu o STF no AgR 444.412-6-RS (Ac. 2ª T. 12.8.03), Rel. Min Carlos Velloso. DJU 19.03.03, p. 26,

²⁹⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais**. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679>. Acesso em: 28 ago. 2012.

TABELA 1 – Resumo de alguns precedentes do STJ

Evento	2º grau	STJ	Processo
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	R\$ 5 mil	R\$ 20 mil	Resp 986947
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	R\$ 100 mil	10 SM	Resp 801181
Cancelamento injustificado de voo	100 SM	R\$ 8 mil	Resp 740968
Compra de veículo com defeito de fabricação; problema resolvido dentro da garantia	R\$ 15 mil	não há dano	Resp 750735
Inscrição indevida em cadastro de inadimplente	500 SM	R\$ 10 mil	Resp 1105974
Revista íntima abusiva	não há dano	50 SM	Resp 856360
Omissão da esposa ao marido sobre a verdadeira paternidade biológica das filhas	R\$ 200 mil	mantida	Resp 742137
Morte após cirurgia de amígdalas	R\$ 400 mil	R\$ 200 mil	Resp 1074251
Paciente em estado vegetativo por erro médico	R\$ 360 mil	mantida	Resp 853854
Estupro em prédio público	R\$ 52 mil	mantida	Resp 1060856
Publicação de notícia inverídica	R\$ 90 mil	R\$ 22.500	Resp 401358
Preso erroneamente	não há dano	R\$ 100 mil	Resp 872630

Fonte: BRASIL, 2009.

Assim, doutrina e jurisprudência, tácita ou implicitamente, continuam se apoiando-se nas revogadas normas do Código Brasileiro de Telecomunicações para fixar a indenização por dano moral do trabalhador, especificamente na ideia presente no *caput* do art. 84, acima transcrito, de que na estimação do dano moral o juiz deve sopesar a posição social ou política da vítima.

Em função dos critérios acima apontados, o valor da indenização a uma lesão a um direito da personalidade vai oscilar em direta proporcionalidade à remuneração da vítima: indenização maior para vítimas com maior remuneração e indenização menor para vítimas com menor remuneração. Entretanto, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, o que também se extrai da dignidade consagrada no art. 1º, III e da igualdade presente no art. 5º, *caput*, ambos da Constituição de 1988.

Dessa forma, este estudo defende que a utilização das condições socioeconômicas da vítima para fixar o valor da indenização por dano moral padece de inconstitucionalidade, não podendo, portanto, ser utilizada.

Diante de tal crítica, aqui se defende que, embora o dano moral deva ser considerado individualmente, sua aferição não deve ficar apenas no campo subjetivo da vítima, mas, no caso concreto, sendo obtemperado pelo prudente arbítrio do juízo. Caberá, portanto, ao magistrado, diante de cada caso concreto, com base na experiência, equidade e princípios constitucionais, apurar se deve ou não haver para aquele caso reparação imaterial, o que deverá ser feito com critérios que serão abaixo listados, mas que, já adiantamos, não incluem as condições socioeconômicas da vítima.

4.10 Natureza jurídica da compensação pecuniária por danos morais

A Natureza jurídica da compensação pecuniária por danos morais é tema que envolve grande divergência entre os juristas.

Zulmira Pires de Lima²⁹⁹ vislumbra caráter punitivo, entendendo que não buscam indenizar a vítima, argumentando que indenizar a dor moral seria imoral. Nesse sentido, a listava como a sexta dentre oito objeções à reparação por dano moral:

1º Falta de um efeito penoso durável;

²⁹⁹ LIMA, Zulmira Pires de. **Algumas considerações sobre a responsabilidade civil por danos morais** in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2º suplemento. Coimbra, v. XV, 1940, p. 240.

- 2º A incerteza nesta espécie de danos, de um verdadeiro direito violado;
- 3º A dificuldade de descobrir a existência do dano;
- 4º A indeterminação do número de pessoas lesadas;
- 5º A impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro;
- 6º A imoralidade de compensar uma dor com dinheiro;
- 7º O ilimitado poder que tem de conferir-se ao juiz;
- 8º A impossibilidade de admitir-se tal reparação.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³⁰⁰ identificam caráter punitivo decorrente da necessidade de se punir o ofensor, tendo natureza jurídica “sancionadora, [...] sendo a sanção entendida como a consequência lógico-normativa de um ilícito”.

Sílvio Rodrigues³⁰¹ identifica na indenização o escopo de acalmar a dor da vítima por meio de vantagens e satisfações pecuniárias que compensariam o desgaste sofrido. Senão, vejamos:

O dinheiro provocará na vítima uma sensação de prazer, de desafogo, que visa compensar a dor provocada pelo ato ilícito, Isso ainda é mais verdadeiro quando se tem em conta que esse dinheiro, provindo do agente causador do dano, que dele fica privado, incentiva aquele sentimento de vingança que, quer se queira, quer não, ainda remanesce no coração dos homens.

Raimundo Simão de Melo³⁰² atribui à indenização caráter misto: castigar o ofensor para que não mais pratique – ou pelo menos tente evitar praticar – ato similar, mas também a capacidade de permitir que a vítima tenha satisfações e prazeres que atenuem a dor moral sofrida.

A natureza da reparação por dano moral é tríplice: reparatória/satisfativa, sancionatória/punitiva e admoestativa/preventiva, pois visa criar para o ofendido satisfazer-se da forma jurídica mais adequada, tranquilizando-o do sentimento natural de vingança, e a servir de exemplo para o infrator, acarretando-lhe uma perda no patrimônio. Do aspecto sancionatório, extrai-se a terceira finalidade da indenização, que é pedagógica, não só para o ofensor, mas também para outras pessoas que eventualmente estão praticando atos semelhantes ou têm a pretensão de praticá-los.

Entende-se ser mais acertada a terceira doutrina, por apreender a riqueza de significados da indenização.

³⁰⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. Vol. III. Responsabilidade civil. 8ª Edição Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 118.

³⁰¹ RODRIGUES, Sílvio. **Responsabilidade Civil**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 191.

³⁰² MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador** : responsabilidade legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 28.

Destaca-se ainda que a pena, independente de se tratar de dano moral ou material, possui escopo pedagógico e inibitório - punir e educar o ofensor e, conseqüentemente, desmotivar a repetição da conduta lesiva.

Ademais, condenar o ofensor a um direito da personalidade em um valor pequeno fornece a (falsa) impressão de que a gravidade da ofensa foi irrisória. Ora, se a ofensa criou uma perturbação na ordem do ofendido, a indenização deve seguir a mesma lógica, impondo ao ofensor um desgaste, que faça com que não pretenda repetir o ato. Deve a penalidade ser de tal monta que o ofensor questione os seus atos ao efetuar o seu pagamento.

4.11 O dano moral no Japão

Até o final do século XIX, o Japão era um país basicamente feudal, atrasado economicamente e que adotava um Direito puramente costumeiro, vigendo um código de honra que regulamentava os comportamentos e condutas³⁰³. Havia regras de comportamento, chamadas de giri, para todas as situações: giri do pai e filho, giri do marido e mulher, giri dos irmãos, giri do credor e devedor, giri do patrão e empregado, etc³⁰⁴. Nesse sentido, disserta Tonia Yuka Koroku³⁰⁵ que havia uma “aversão dos japoneses ao direito”, sendo “a ordem social mantida por regras costumeiras de conduta, [...] giri, que significa a maneira como uma pessoa deve se comportar diante de outra considerando a posição social de cada uma”.

Haveria uma desonra e vergonha pública ao não cumprir o “giri” em determinada situação. A mentalidade cultural japonesa, fortemente marcada por valores como reverência, respeito e honra, era suficiente para assegurar o cumprimento de tais normas, considerando-se desnecessária a criação de normas jurídicas³⁰⁶.

Em 1867, o Imperador Komei foi sucedido pelo seu filho, Mutsuhito, então com apenas dezesseis anos de idade e que, posteriormente, passaria a ser conhecido como o Imperador Meiji³⁰⁷.

³⁰³ KOROKU, Tonia Yuka. **Os direitos humanos no Japão**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/asia/koroku_dh_no_japao.pdf>. Acesso em: 11 out. 2012.

³⁰⁴ KOROKU, Tonia Yuka. **Os direitos humanos no Japão**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/asia/koroku_dh_no_japao.pdf>. Acesso em: 11 out. 2012.

³⁰⁵ KOROKU, Tonia Yuka. **Os direitos humanos no Japão**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/asia/koroku_dh_no_japao.pdf>. Acesso em: 11 out. 2012.

³⁰⁶ DIREITO MEDIEVAL JAPONÊS. Scribd. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/52258074/Direito-Japones>>. Acesso em: 16 out. 2012.

³⁰⁷ SANTANA, Ana Lúcia. **Era Meiji**. Info Escola. 2010. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/japao/era-meiji/>>. Acesso em: 21 out. 2012.

Feudos foram extintos e criados bancos, universidades e grandes conglomerados empresariais. O direito, até então costumeiro, passou a ser legislado. Em 1889 foi promulgada a primeira Constituição Japonesa, instaurando uma monarquia constitucional³⁰⁸.

Meiji promove, assim, uma verdadeira revolução no Japão, encerrando o sistema feudal que havia vigorado nos séculos anteriores e promovendo uma centralização política e administrativa³⁰⁹.

Como explica Tonia Yuka Koroku³¹⁰, “sem se importarem com as diferenças culturais, os japoneses adotaram o direito ocidental”. Inicia-se uma ocidentalização do direito japonês, que buscava romper com a exploração decorrente dos tratados impostos pelas potências ocidentais, considerada uma humilhação nacional, e traduzir o Código Civil francês.

Essa última tarefa se mostrou especialmente difícil, em função da curiosa ausência de juristas japoneses e da dificuldade de se traduzir noções elementares, como direito subjetivo (*kenri*) e obrigação jurídica (*ginei*), eis que novas ao pensamento japonês. São contratados juristas estrangeiros para auxiliar nessa transição.

O Código Civil japonês de 1896 (*民法 Minpō*, 1896)³¹¹, complementado pelo Código de Comércio de 1899, prevê expressamente a responsabilidade civil por danos causados, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais. É o que se extrai do art. 710³¹², *in verbis*:

Art. 710. A pessoa que é legalmente responsável por danos deve compensar não só o material mais ainda com respeito aos danos não-patrimoniais (dano moral).

O art. 711³¹³ assegura o dano reflexo pelo falecimento, permitindo que a compensação pelo dano seja reclamada pelos pais, esposa e filhos da vítima, ainda que sem qualquer dano á propriedade:

³⁰⁸ KOROKU, Tonia Yuka. **Os direitos humanos no Japão**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/asia/koroku_dh_no_japao.pdf>. Acesso em: 11 out. 2012.

³⁰⁹ SANTANA, Ana Lúcia. **Era Meiji**. Info Escola. 2010. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/japao/era-meiji/>>. Acesso em: 21 out. 2012

³¹⁰ KOROKU, Tonia Yuka. **Os direitos humanos no Japão**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/asia/koroku_dh_no_japao.pdf>. Acesso em: 11 out. 2012.

³¹¹ FERREIRA, Eduardo Oliveira. **O poder Judiciário do Japão**. Letras jurídicas. Disponível em: <<http://letrasjuridicas.blogspot.com.br/2008/10/o-poder-judicial-do-japo.html>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

³¹² MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de. **Reparação do dano moral no direito estrangeiro**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 17 de dez. de 2001. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1036/reparacao_do_dano_moral_no_direito_estrangeiro>. Acesso em: 11 nov. 2012.

³¹³ MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de. **Reparação do dano moral no direito estrangeiro**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 17 de dez. de 2001. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1036/reparacao_do_dano_moral_no_direito_estrangeiro>. Acesso em: 11 nov. 2012.

Art. 711. A pessoa que houver causado a morte de outra é legalmente responsável pelo dano frente aos pais, esposa e filhos do morto, ainda na hipótese de o direito de propriedade não ter sido violado.

Em que pese essa proteção, o Japão é marcado por todos os excessos do capitalismo, denunciados nos capítulos acima.

Ao exigir mais, mais e mais, o capitalismo, como exposto, exige demais. Surge nas escolas do Japão um sistema de excessiva pressão psicológica por bons resultados, o *ijime*. A excessiva pressão fez que muitas crianças abandonassem a escola. Algumas chegaram a cometer suicídio³¹⁴.

Mas o *ijime* sai das escolhas e conquista todo o Japão: todos eram incentivados a manter uma forte rivalidade na busca pelos melhores resultados. O objetivo era padronizar as condutas, mas acabou se tornando uma chaga social.

O ambiente de trabalho demonstrou-se terreno propício para que essa pressão psicológica por melhores resultados se desenvolvesse, tornando-se o *ijime* praxe comum no ambiente de trabalho.

Ao lado dessa pressão institucionalidade, havia uma forte repulsa à crítica.

Nos anos 90 surge o assédio moral – *mora-hara* - dissertando Rosana Santos Pessoa³¹⁵ que este fenômeno “tornou-se mais intenso do que a palavra *ijime* poderia representar”. E conclui: “atualmente, recorre-se ao termo *mora-hara* derivado da expressão inglesa moral *harassment*, para indicar as condutas humilhantes impostas ao trabalhador japonês”.

As condutas, apesar de institucionalizadas, podem ser enquadradas nos dispositivos legais acima transcritos.

4.12 O dano moral na França

O Código Civil francês foi outorgado por Napoleão Bonaparte em 21 de março de 1804, buscando adequar o direito francês aos ideais da Revolução Francesa e regulamentar as relações privadas na França. De acordo com Christiane Zitscher³¹⁶, trata-se de Código “bem

³¹⁴ HIRIGOYEN Marie-France. **Mal-estar no trabalho**: redefinido o assédio moral. Trad. Rejane Janowitz. 2.ed., Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil. 2005. p. 186.

³¹⁵ PESSOA, Rosana Santos. Assédio moral nas relações de trabalho e o sistema jurídico brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2446, 13 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14520>>. Acesso em 11 set. 2012.

³¹⁶ ZITSCHER, Harrie Christiane. **Introdução ao direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 86.

adaptado às necessidades burguesas da época”. Suas “lacunas e inexatidões” deixaram espaço para “desenvolvimentos e adaptações posteriores pela jurisprudência”.

Seu valor ultrapassa as barreiras da França, tendo influenciado o direito civil de diversos outros Estados, como Japão, Suíça, Alemanha e Áustria.

O artigo 1.382 dispõe que “qualquer ato humano que cause dano a outrem obriga quem o praticou reparar”³¹⁷.

O artigo não faz qualquer diferenciação entre a modalidade de dano que deve ser reparado, não podendo o intérprete diferenciar onde o legislador não o fez. Prevalece, entretanto, tanto na doutrina como na jurisprudência, o entendimento de que é possível a indenização por dano moral (Demogue, A. Laurent, Georges Ripert). Nesse sentido José de Aguiar Dias³¹⁸ cita os trabalhos do legislador ao talhar o Código para apontar que o dispositivo abrange todas as modalidades de dano. Senão, vejamos:

Na França, a tese da responsabilidade é sustentada com base no art. 1.382, lembrando-se a propósito, a expressão de Tarrille na Assembleia Legislativa: Esta disposição abrange na sua vasta latitude todos os gêneros de dano e os sujeita à reparação uniforme.

Persiste forte, entretanto, o entendimento de que o art. 1382 não pode receber interpretação ampla para alcançar o dano moral. Seu principal argumento é a objeção à possibilidade de reparar o dano moral³¹⁹.

De acordo com Maria Francisca Carneiro³²⁰, houve avaliação de um método matemático, de um cálculo de acordo com o caso concreto e de uma apreciação “no ponto” (*point moyent*).

O cálculo matemático considera que o prejuízo de uma incapacidade permanente da vítima corresponde ao montante dos ganhos anuais multiplicados por fatores como a “porcentagem da invalidez”, o valor do franco e a idade da vítima, tudo com base em uma tabela da Caixa Nacional das Aposentadorias. Mas explica Maria Francisca Carneiro, citando

³¹⁷ Tradução livre. A sua redação em francês é a seguinte: “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”.

³¹⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª edição revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Bedford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1010.

³¹⁹ José de Aguiar Dias atribui tal crítica a *Baudary-Lacantinerie et Barde, Obligations*, t. 4, n.º 2.871. (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª edição revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Bedford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1013).

³²⁰ CARNEIRO, Maria Francisca. Por uma epistemologia da pesquisa comparativa do dano moral. . **Themis**, Fortaleza, v.3, nº 1, p. 61-87.2000. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21147/epistemologia_pesquisa_comparativa.pdf?sequence=1>. Acesso em: 31 out. 2012

o autor francês Max Le Roy³²¹, que tal forma de cálculo não satisfaz, por ignorar a diferente repercussão do fato na vida laboral da vítima. Exemplifica a autora explicando que a amputação de dedos da mão esquerda e a surdez alteram de forma diferente a trabalhadores:

a amputação de certos dedos da mão esquerda, que pode, em numerosas profissões não ter nenhuma influência apreciável sobre as atividades profissionais, pode, porém, em outras, ter consequências consideráveis sobre essas atividades (violinistas e relojoeiros, por exemplo). Igualmente, as consequências da surdez são extremamente diferentes segundo as profissões, e assim sucessivamente.

A forma de cálculo de acordo com o caso concreto avalia as diferentes particularidades de cada caso específico, o que pode ser feito com o auxílio de um *expert* para analisar a repercussão do evento na vida da vítima, especificamente para analisar os seus rendimentos antes e depois do evento. Além do inconveniente de majorar um dano moral de acordo com o patrimônio material, essa forma de cálculo gerava decisões muito divergentes.

Por fim a apreciação no ponto estabelece uma unidade de referência obtida por equações matemáticas envolvendo o prejuízo resultante da incapacidade permanente e a taxa dessa incapacidade obtida com base em casos similares.

Há que se ressaltar ainda que na França coexistem tribunais administrativos e tribunais judiciais. Aqueles reconhecem o dano moral com a ressalva de que sua incidência só deve ocorrer em casos de excepcional gravidade. Estes, entretanto, reconhecem amplamente a figura do dano moral sem exigir gravidade extrema, possuindo inclusive farta jurisprudência sobre o tema.

De acordo com o doutrinador francês Max Le Roy³²², o cálculo da indenização deve ser realizado pelo juiz, considerando os fatores intensidade da dor, a sua duração, a idade e ocupação da vítima e o terreno psíquico.

4.13 O dano moral na Itália

O Código Civil italiano³²³ de 16 de março de 1942 sofreu grande influência do sistema fascista vigente valorizando o corporativismo.

O Código Civil italiano³²⁴ possui no art. 2043 uma cláusula geral assegurando às vítimas de fatos ilícitos o direito à reparação pelo dano sofrido “Qualquer fato ou delito, que

³²¹ LE ROY, Max. *L'Évaluation du préjudice corporel*. Paris: Libraires Techniques, 1956.

³²² LE ROY, Max. *L'Évaluation du préjudice corporel*. Paris: Libraires Techniques, 1956.

³²³ II CODICE CIVILE ITALIANO. The Cardozo Electronic Law Bulletin. 2000. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/codciv.htm>. Acesso em: 01 nov. 2012.

causa um dano injusto, obriga a pessoa que cometeu o fato a ressarcir o dano (Código Penal. 185)”³²⁵. O art. 2059, entretanto, restringe a indenização por dano moral somente aos casos em que exista expressa disposição legal em tal sentido: “o dano moral deve ser compensado apenas em casos determinados pela lei.”³²⁶ Ademais, como destaca José de Aguiar Dias³²⁷, embora não houvesse razão indicando restrição no art. 2043³²⁸, que expressa “enunciação ampla do princípio do ressarcimento”, alguns autores italianos sustentavam a irreparabilidade “sob fundamento da inconversibilidade”, sustentando que a sentença já seria suficiente “ressarcimento dessa espécie de dano”.

Destarte, embora tenha se sagrado vitoriosa a doutrina que defendida a reparabilidade do dano moral, este se limitava às hipóteses legais.

Disserta Amaro Alves de Almeida Neto³²⁹ que, em função do art. 2.059, o dano moral é imposto pela lei italiana somente em cinco casos: ato criminoso (art. 185 do Código Penal), danos processuais por utilização de expressões ofensivas (art. 89 CPC), responsabilidade dos juízes e promotores por atuação com dolo ou culpa grave no exercício da função (Lei 117/88), injusta detenção (art. 314, CPP) ou violação das normas de tratamento de dados pessoais (Lei 675 de 31.12.1996). Esse entendimento majoritário gerou várias decisões de improcedência noutros casos de similar gravidade que não estavam tipificados.

Insatisfeitos com a limitação decorrente da fechada tipificação legislativa, os juristas italianos buscaram ampliar as hipóteses de proteção frente a danos extrapatrimoniais. Assim, a doutrina italiana criou, no início dos anos sessenta, a figura do dano à vida de relação (*danno alla vita di relazione* ou *danno in rapporto alla vitta di relazione*). Essa criação doutrinária protege a vítima contra danos que dificultem o seu relacionamento em sociedade ou a sua convivência, afetando indiretamente a sua capacidade laborativa – incapacidade

³²⁴ II CODICE CIVILE ITALIANO. The Cardozo Electronic Law Bulletin. 2000. Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/codciv.htm. Acesso em 01 nov. 2012

³²⁵ Redação original: “*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno* (Cod. Pen. 185)”.

³²⁶ Redação original: “*Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.*”

³²⁷ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª edição revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Bedford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1014.

³²⁸ Registre-se que o autor fala sobre o art. 1151 do Código Civil italiano, embora transcreva o conteúdo do acima transcrito art. 2.043. O site http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/codciv.htm confirma que a proteção contra o dano está realmente no art. 2.043, e não no art. 1.151, que cuida de indenização por violação da posse.

³²⁹ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano Existencial**: A tutela da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <https://encrypted.google.com/url?sa=t&rct=j&q=dano%20moral%20it%20C3%A1lia&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.mp.sp.gov.br%2Fportal%2Fpage%2Fportal%2Fcao_consumidor%2Fdoutrinas%2FDANO%2520EXISTENCIAL.doc&ei=OGRULaOM4-a8gTv7YCIBw&usq=AFQjCNG56EWVYigfLmztGHYdWJAvPRXilA>. Acesso em: 22 nov. 2012.

plena ou mera diminuição da capacidade trabalhista. Trata-se, assim, de figura ligada ao Direito ao Trabalho.

4.14 O dano moral na República Federativa da Alemanha

Inicialmente, não havia na Alemanha identidade cultural, política ou mesmo de idioma que permitisse a criação de um poder central ou uma unidade política. Prevalencia até o século XVIII o “direito comum, *Gemeines Recht*, direito romano receptado e adaptado que suplementava as leis territoriais e tradições locais sobreviventes”³³⁰.

Hoje, entretanto, a Alemanha possui unidade política e um complexo sistema jurídico. O Código Civil de 1900 – *Bürgerliches Gesetzbuch* ou simplesmente BGB³³¹ foi editado fortemente influenciado pelo Código francês, consagrando forte individualismo.

De acordo com Harriet Christiane Zitscher³³²

Era um Código burguês, da classe média/média alta, que só tinha em vista o contratante forte, bem informado e inteligente e que podia lutar para si mesmo nas negociações contratuais. As regras obrigacionais do Código baseavam-se na imagem de partes iguais.

Ainda de acordo com a mesma autora, trata-se de Código “bem adaptado às necessidades burguesas da época”. Suas “lacunas e inexatidões” deixaram espaço para “desenvolvimentos e adaptações posteriores pela jurisprudência”.

Apesar da nítida inspiração francesa, não goza do mesmo prestígio entre seus jurisdicionados. Porém é respeitado pelos operadores do direito por suas qualidades técnicas.

O BGB já reconhecia em 1900 o dano moral – moral *schaden* ou *immaterieller schaden* – embora atribuísse maior importância à dor física.

Em janeiro de 2002, o BGB foi revisado e reformulado, imprimindo alterações principalmente nos capítulos sobre obrigações.

De acordo com o § 823 do BGB:

Seção 823
Responsabilidade por Danos:

³³⁰ ZITSCHER, Harriet Christiane (Org.). **Introdução ao direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 85.

³³¹ O Código Civil alemão está disponível em inglês nesse site: http://www.gesetze-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3319 Acesso em 11 dez. 2012.

³³² ZITSCHER, Harriet Christiane (Org.). **Introdução ao direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 90.

- (1) Uma pessoa que, intencionalmente ou por negligência ferir ilegalmente fere a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito de outra pessoa é responsável pela compensação para a outra parte pelos danos decorrentes do seu ato.
- (2) O mesmo dever é atribuído para a pessoa que comete uma violação de uma lei que se destina a proteger outra pessoa. Se, de acordo com o conteúdo da lei, também puder haver violação sem culpa, a responsabilidade de compensação só existirá neste caso.

Havendo o dano, deve haver uma compensação – *schadenersatz*.

Disserta Harriet Christiane Zitscher³³³ que a responsabilidade extracontratual por delitos permite que o autor “em lugar ou de uma indenização em dinheiro”, reclame “uma pretensão de não fazer contra o réu (*Unterlassungsanspruch*) ou a pretensão de restituição do *status quo* ante, por exemplo, retratar uma difamação por meio de desculpa pública”.

A autora cita três falhas ao direito delitual alemão, sendo a primeira delas a possibilidade de indenização por risco somente em caso de dano causado por animal, eis que se baseia na responsabilidade por culpa.

A segunda falha, segundo a autora, é a limitação por dano moral aos casos nas hipóteses do §847, ou seja, casos de violação do corpo, da saúde, da liberdade e da integridade sexual da mulher. Ademais, o §253 veda a compensação pecuniária por dano moral fora dos casos expressamente previstos na lei. Assim, violações a direitos à honra ou personalidade eram questionadas invocando-se a Constituição.

A terceira e última falha apontada pela autora é a “possibilidade fácil de exculpação no caso do dano ser causado por um empregado”, o que seria feito pelo empregador que comprovasse ter atuado com zelo ao selecionar, contratar e treinar o empregado.

Buscando solucionar os inúmeros impasses legais surgem *schmerzensgeld*, criação doutrinária, conforme ensina Júlio Bernardo do Carmo³³⁴:

Os constantes ataques ao BGB (Código Civil Alemão), ressaltando sua discriminação e arbitrariedade, levaram à vitória da doutrina, que como sói acontecer é sempre mais científica do que a lei. Surgiu assim o chamado "SCHMERZENS GELD", instituto jurídico que assegurava não somente a reparação por angústia e dores, eis que os danos morais, em sua plenitude, abrangiam toda e qualquer aflição, restando dissipadas de vez as restrições existentes nos artigos 847 e 1.300 do BGB.

³³³ ZITSCHER, Harriet Christiane (Org.). **Introdução ao direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 106.

³³⁴ CARMO, Júlio Bernardo do. **O Dano Moral e sua Reparação no Âmbito do direito civil e do trabalho**. Disponível em: <http://mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_54/Júlio_Carmo.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2012.

Registre-se que, de acordo com o site do advogado alemão Parvis Papoli-Barawati³³⁵, o Direito alemão prevê uma série de direitos trabalhistas, como a proteção contra o desemprego involuntário, devendo a decisão empregatícia de romper o contrato ser previamente avaliada por um conselho dos empregados – *Betriebsrat*

De acordo com Wolfgang Däubler³³⁶, em microempresas, entendidas como aquelas que possuam até cinco empregados, são “relativamente poucos os requisitos necessários para justificar a demissão”. Entretanto, nas empresas com mais de cinco empregados

entra em ação a lei de proteção contra demissões que admite a possibilidade de demissão só quando justificada pelo comportamento ou pela pessoa do empregado ou por razões prementes de natureza econômica. O empregado pode exigir manutenção do vínculo empregatício. Por isso costuma solicitar ao tribunal que se constate a ineficácia do ato de demissão para que possa continuar trabalhando na empresa.

Essas informações complementam as ideias de co-gestão que mencionamos no capítulo 3, tomando emprestadas as lições de Antônio Álvares da Silva.

Completa Wolfgang Däubler³³⁷ que esta proteção contra o desligamento imotivado faz com que “quase metade de todos os processos trabalhistas” envolva “queixas contra demissões, nas quais o empregado alega violação de direitos vigentes requerendo consequentemente a anulação da demissão”

4.15 O dano moral na Bélgica

A Bélgica possui direito civil fortemente influenciado pelo francês.

De acordo com Júlio Bernardo do Carmo³³⁸:

Um levantamento estatístico colhido do exame de 50 casos forenses levou à conclusão de que as médias de reparações morais concedidas pelos Tribunais Belgas são: a) dano moral do cônjuge sobrevivente, 20 mil; b) 15 mil por danos morais dos pais; c) 10 mil por danos morais dos filhos; 5 mil por danos morais de irmãos ou irmãs, sendo que, às vezes, mesmo os noivos recebem reparações específicas.

³³⁵ BARAWATI, Parvis Papoli. Disponível em: <<http://www.papoli-barawati.com/portugues/wissenswertes/rechtliche-rahmenbedingungen.html>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

³³⁶ DÄUBLER, Wolfgang. **Tribunais do Trabalho na República Federal da Alemanha**. Friedrich Ebert Stiftung. ILDES. São Paulo. 2001. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/angola/hosting/daeubler.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

³³⁷ DÄUBLER, Wolfgang. **Tribunais do Trabalho na República Federal da Alemanha**. Friedrich Ebert Stiftung. ILDES. São Paulo. 2001. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/angola/hosting/daeubler.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

³³⁸ CARMO, Júlio Bernardo do. **O Dano Moral e sua Reparação no Âmbito do direito civil e do trabalho**. Disponível em: <http://mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_54/Júlio_Carmo.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2012.

Assim há no país um inequívoco reconhecimento de proteção aos direitos da personalidade.

4.16 O dano moral na Suíça

De acordo com Júlio Bernardo do Carmo³³⁹, a Suíça é “em termos de reparação de dano moral”, a “nação mais avançada do mundo”, tendo o Tribunal Federal Suíço sedimentado sólida jurisprudência “considerada relevantíssima e de alto potencial, em face dos constantes casos que são submetidos à sua apreciação”.

Passemos à análise desse sistema.

José de Aguiar Dias³⁴⁰ esclarece que o sistema suíço “distingue nitidamente as duas espécies de prejuízos decorrentes do dano estético”, prevendo reparação da restrição do futuro econômico da vítima no art. 46, alínea do Código das Obrigações “e, concorrentemente ou na ausência de perda desta natureza, o dano moral com fundamento no art. 47”. Os Tribunais suíços, destaca o autor, “têm reconhecido não somente o dano econômico senão também o prejuízo moral resultante para a vítima desfigurada”, citando como exemplo “mordida de cão na face de uma criança”, ferimento no rosto que restringe a atividade doméstica e gera sentimento de humilhação, desfiguração de rosto em desastre ferroviário “e assim por diante”.

Maria Francisca Carneiro³⁴¹ menciona haver no direito suíço dois institutos distintos: *dommage* e *tort* moral, sendo aquele o prejuízo moral de uma agressão ao patrimônio e este o prejuízo moral de uma agressão à pessoa da vítima propriamente dita. Entretanto, a redação dos artigos 54 e 55 do antigo Código Federal das Obrigações gerava grande confusão entre os institutos, o que foi corrigido pelo novo Código.

4.17 O dano moral na Áustria

O Código Civil austríaco *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, ou simplesmente ABGB entrou em vigor em 1º de janeiro de 1812, consagrando normas com forte influência iluminista, valorizando, assim, bastante a liberdade.

³³⁹ CARMO, Júlio Bernardo do. **O Dano Moral e sua Reparação no Âmbito do direito civil e do trabalho**. Disponível em: < http://mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_54/Júlio_Carmo.pdf >. Acesso em: 20 dez. 2012.

³⁴⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª edição revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Bedford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1010.

³⁴¹ CARNEIRO, Maria Francisca. Por uma epistemologia da pesquisa comparativa do dano moral. **Themis**. Fortaleza, v3, n. 1, p. 61-87, 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21147/epistemologia_pesquisa_comparativa.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 dez. 2012.

Embora um grupo de juristas esteja trabalhando em novo projeto de norma, o Código de 1812 continua em vigor com alterações de 1914, 1915 e 1916, que o aproximaram do BGB alemão, e de 1970. Existem, entretanto, leis específicas sobre aluguéis e família.

No tocante à responsabilidade civil, o art. 1.293³⁴² prevê que “qualquer prejuízo levado a efeito contra pessoa ou direito de alguém é suscetível de reparação”.

O tarifamento está previsto no art. 1.331 do aludido Codex.

4.18 O dano moral na Polônia

O Código das obrigações polonesas em vigor desde 1º de julho de 1934, prevê expressamente a possibilidade de indenização por dano moral nos artigos 165 e 169.

4.19 O dano moral em Portugal

O dano moral já era reconhecido nas Ordenações Filipinas, compilação jurídica que resultou da reforma do código manuelino durante o domínio castelhano e que continuou vigendo em Portugal mesmo após o fim da união ibérica (1580-1640) por ordem D. João IV³⁴³.

Dispunha o Livro III, Título 86 que

se o vencedor quiser haver, não somente a verdadeira estimação da causa, mas, segundo a afeição que a ela havia, em tal caso jurará ele sobre a dita afeição, e depois de dito juramento, poderá o Juiz taxá-la, e segundo a dita taxação assim se condenará o réu e fará a execução em seus bens.

O valor da indenização deveria seguir os critérios do valor da afeição, indenização aos dependentes em caso de morte, dotar a mulher solteira que sofresse ferimento que dificultasse o seu casamento e observar as dores, ainda que não as impedissem de trabalhar.

Hodiernamente, o dano moral está consagrado na Constituição da República Portuguesa de 1.933 que, no art. 8º, n. 17 assegura “o direito de reparação de toda a lesão afetiva, conforme dispuser a lei, podendo esta, quanto a lesões de ordem moral, prescrever que a reparação seja pecuniária”.

O Código Civil português vigente também reconhece os danos morais (art. 496)

³⁴² CARMO, Júlio Bernardo do. **O Dano Moral e sua Reparação no Âmbito do direito civil e do trabalho**. Disponível em: < http://mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_54/Júlio_Carmo.pdf >. Acesso em: 20 dez. 2012.

³⁴³ CARMO, Júlio Bernardo do. **O Dano Moral e sua Reparação no Âmbito do direito civil e do trabalho**. Disponível em: < http://mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_54/Julio_Carmo.pdf >. Acesso em: 20 dez. 2012.

Também dispõe sobre o tema Código de Processo Penal, que impõe ao juiz o dever de, ao condenar o réu, arbitrar quantia que indenize as vítimas por perdas e danos ainda que não tenha havido pedido em tal sentido.

Não há, entretanto, regras claras para o cálculo do valor da indenização, sendo a análise feita pelo judiciário caso a caso.

4.20 O dano moral no Chile

O art. 2.314 do Código Civil chileno prevê a indenização por danos morais.

Da mesma forma, os artigos 215 e 370 do Código Penal, em seus arts. 215 e 370, consagram a sua possibilidade³⁴⁴.

Há expressa previsão de indenização por calúnia e injúria no Decreto-Lei n. 425/1925.

4.21 O dano moral no Peru

O código civil prevê a possibilidade de indenização por danos morais sem, entretanto, trazer critérios claros para a fixação do valor, que fica, assim, a cargo do juiz³⁴⁵.

4.22 O dano moral nos países anglo-americanos (Inglaterra e Estados Unidos da América)

A *Tort Law*³⁴⁶ - responsabilidade civil nos países anglo-americanos (Inglaterra e Estados Unidos da América) - é um instrumento respeitado e principalmente temido em função da tradição de se impor penalidades eficazes a quem causa um dano.

Em função das particularidades do federalismo norte-americano³⁴⁷ o tratamento é dado ao instituto por cada Estado-membro, havendo uma minoria de cinco Estados que resistem em

³⁴⁴CARMO, Júlio Bernardo do. **O Dano Moral e sua Reparação no Âmbito do direito civil e do trabalho**. Disponível em: < http://mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_54/Júlio_Carmo.pdf >. Acesso em: 20 dez. 2012.

³⁴⁵CARMO, Júlio Bernardo do. **O Dano Moral e sua Reparação no Âmbito do direito civil e do trabalho**. Disponível em: < http://mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_54/Júlio_Carmo.pdf >. Acesso em: 20 dez. 2012..

³⁴⁶ O tema foi desenvolvido de forma detalhada na dissertação do aluno Pedro Ricardo e Serpa para o obtenção do título de mestre pela USP, orientado pelo Prof. Titular Antônio Junqueira de Azevedo e Prof. Dr. Alcides Tomasetti Jr. (SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização Punitiva**. Biblioteca Digital da USP. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>. Acesso em: 20 dez. 2012).

³⁴⁷ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 5.

reconhecê-lo³⁴⁸. Alguns que o reconhecem em função do costume e outros que possuem expressa previsão legal³⁴⁹. Aliás, deve-se destacar que mesmo nestes, o precedente assume especial importância. Pintip Hompluem Dunn³⁵⁰ aponta que “o espaço indeterminado criado pela ausência de fontes externas requer uma doutrina como o *stare decisis* para restringir a discricionariedade arbitrária dos juízes”³⁵¹. E prossegue: vigora nos países de common law o *stare decises*, que

determina que a decisão judicial deve aderir ao precedente. O precedente fornece fonte externa para as opiniões pessoais dos juízes legitimando a sua fundamentação, fornecendo prova de que as decisões judiciais são baseadas em mais do que desejos individuais.

A indenização é vista como um instituto punitivo – *punitive damages*. Mas, além de punir o ofensor, também deve desestimular a nova prática de atos semelhantes. Essa inibição deve observar a capacidade econômica do ofensor, pois uma pena de, por exemplo, US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares), pode não desestimular novos atos de uma empresa de grande porte.

Há uma diferença processual significativa na forma do julgamento, sendo nos EUA, como regra, a utilização de um júri de semelhantes, o que no Brasil ocorre somente na situação de crimes dolosos contra a vida.

De acordo com André Gustavo Corrêa de Andrade³⁵², “o *tort law* tem por finalidade não apenas a reparação ou compensação do dano ocorrido, mas também a prevenção de danos futuros”, de modo que relativizam a diferença entre “os institutos ressarcitórios e punitivos”, o que não ocorre nos países de tradição jurídica romano-germânica. E ainda: “a

³⁴⁸ “Não acolhem os *punitive damages* os Estados de Massachusetts, Nebraska, Washington, New Hampshire e Louisiana”. (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização punitiva**. TJRJ. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&GroupId=10136>. Acesso em: 12 dez. 2012).

³⁴⁹ “É o caso da Califórnia, que estabelece em seu Civil Code, 3294. (a): ‘Em uma ação fundada no descumprimento de obrigação não derivada de contrato, quando estiver comprovado por provas claras e convincentes que o réu atuou com opressão, fraude ou malícia, o autor, em adição à indenização reparatória, pode fazer jus a uma indenização que exerça a finalidade de exemplo e tenha o propósito de punir o réu.’”(ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização punitiva**. TJRJ. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&GroupId=10136>. Acesso em: 03 jan. 2013).

³⁵⁰ DUNN, Pintip Hompleum. How Judges Overrule: Speed act theory and the doctrine of stare decisis. **The Yale Law Journal**. 2003. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/the-yale-law-journal/note/how-judges-overrule-speech-act-theory-and-the-doctrine-of-stare-decisis/>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

³⁵¹ *The indeterminate space created by the absence of external sources thus requires a doctrine such as stare decisis to constrain the arbitrary discretion of judges.*

³⁵² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização punitiva**. TJRJ. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&GroupId=10136>. Acesso em: 03 jan. 2013.

ideia de que a responsabilidade civil atuaria como fator de dissuasão (*deterrence*) de certos ilícitos é recorrente na doutrina e na jurisprudência”.

Orlando Teixeira Costa³⁵³ destaca que nos EUA adota-se modelo de tarifamento do valor da reparações.

André Gustavo Corrêa de Andrade³⁵⁴ cita legislações de Estados-membros que consagram limites máximos que podem chegar a milhões de dólares. Ademais, em casos considerados de maior gravidade, como abuso sexual, direção embriagada, preconceito, discriminação, teste da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), esse teto, já alto para os padrões brasileiros, não é aplicável. Senão, vejamos:

O Code of Alabama, por exemplo, estabelece que os punitive damages não podem exceder certos limites. Em sua Section 6-11-21 (a) prevê que: “(...) nenhuma indenização a título de punitive damages excederá três vezes os compensatory damages ou quinhentos mil dólares (US\$500,000), o que for maior.” No item (d) do mesmo dispositivo, esse limite é aumentado para um milhão e meio de dólares em caso de ações fundadas em danos corporais; No Colorado Statute, Section 13-21-102 (1) (a) (3), os exemplary damages não podem exceder o valor dos compensatory damages, exceto se caracterizado que o agente, no curso da ação, persiste em seu comportamento lesivo ou agrava o dano, caso em que o montante pode chegar a três vezes o valor dos compensatory damages. Em New Jersey, o Punitive Damages Act, N.J.S.A. (2A:15-5.14), estabelece o limite de US\$350,000 para os punitive damages ou cinco vezes o montante dos compensatory damages. Esse limite não se aplica a casos que envolvam crimes de preconceito, discriminação, resultados de teste de AIDS, abuso sexual ou motoristas embriagados (2A:15-5.14). Outros estados trazem regras semelhantes, com variações em relação ao teto das indenizações e às situações em que o teto é aplicável.

Pedro Ricardo e Serpa³⁵⁵ menciona que, em 1993, a Suprema Corte Norte-Americana condenou a empresa *TXO Production Corp.* em U\$ 19.000.000,00 (dezenove milhões de dólares) por ter tentando fraudar contrato celebrado com a *Alliance Resources*, que concederia a esta remuneração por exploração de petróleo em determinado imóvel (*TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp* – 509 U.S. 443 1992). Destacou-se que o valor era razoável, não devem a indenização apenas repor eventuais prejuízos, mas também ter necessária função dissuasória e educativa.

³⁵³ COSTA, Orlando Teixeira. **Da ação trabalhista sobre dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 68.

³⁵⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização punitiva**. Disponível em [http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136) Acesso em: 03 jan. 2013.

³⁵⁵ SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização Punitiva**. Biblioteca Digital da USP. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

Pedro Ricardo e Serpa também destaca a demanda movida pelos Srs. Curtis e Inez Campbell em face da *State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, na qual se avaliou se esta teria descumprido deliberadamente contrato de seguro ao não indenizar acidente de trânsito provocado pelos autores, o que os fez a suportar “extenuante demanda judicial que, ao final, condenou-os a pagar quantia que superava em muito aquela prevista como limite na apólice de seguros”, fatos que lhes teriam causado “prejuízo de ordem material e moral”. Após o trâmite legal, os jurados impuseram a *State Farm Mutual* condenações de “danos compensatórios no importe de US 2,6 milhões e de punitive damages no montante de USD 145 milhões”, que foram reduzidas pelo juiz para “USD 1 milhão e USD 25 milhões”, respectivamente. (*Campbell v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* 538 U.S. 408 2003). Em que pese a Suprema Corte ter considerado o valor excessivo e determinado o retorno dos autos à primeira instância para novo cálculo de indenização, a fixação do valor de US\$ 175.000.000, (cento e setenta e cinco milhões de dólares) imposta por um júri popular demonstra haver uma forte mentalidade de incisivo combate aos danos.

Nesse contexto, duas perguntas se tornam evidentes: será que valores irrisórios teriam o mesmo poder de dissuasão? Será que haveria mais respeito com o ser humano se o brasileiro fosse mais enfaticamente dissuadido a desrespeitar?

José Roberto Freire Pimenta³⁵⁶ afirma que nos países em que as indenizações são mais altas as pessoas temem o processo, fazem o possível para evitá-lo. No Brasil, entretanto, o ofensor não apenas não teme a intervenção judicial como até mesmo orienta a vítima a “procurar o Judiciário”.

Defende-se no presente trabalho que as indenizações americanas possuem valor excessivo e que, se aplicadas em um país como o Brasil, podem ter efeitos perversos. Entretanto, o valor das atuais condenações impostas no Brasil é insuficiente para evitar a prática de novos atos lesivos, especialmente no ambiente laboral. Assim, o direito americano deve ser analisado e ponderado para que, dentro de um critério de razoabilidade, dele se extraiam benefícios.

No frigidus dos ovos, o valor das indenizações no Brasil deve ser aumentado, não devendo, entretanto, atingir as vultosas quantias americanas.

³⁵⁶ A construção foi feita nos Seminários de Doutorado do Programa de Pós-Graduação da PUC/MG no dia 16/11/12.

5 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR E A SUA PROTEÇÃO

Já se afirmou que os danos morais correspondem à violação a bem jurídico de cunho extrapatrimonial fundado em direitos da personalidade, o que torna relevante a análise desses direitos para fins de compreensão daquele instituto.

O presente capítulo analisa os direitos de personalidade do trabalhador independente do tipo de vínculo que mantenha com o tomador de serviços, a necessidade de sua proteção e a forma como deve ser realizada.

Um alerta: personalidade jurídica não se confunde com direitos da personalidade. Aquela é a qualidade inerente a todas as pessoas, sejam naturais ou jurídicas, de adquirir direitos e contrair obrigações, independente da sua capacidade de os exercerem diretamente, ou seja, sem auxílio de um representante ou assistente. Os direitos da personalidade, por sua vez, são aqueles inerentes e essenciais para o desenvolvimento da pessoa e para assegurar-lhe uma existência digna.

Não iremos analisar a personalidade jurídica, qualidade que é inerente a todas as pessoas, mas sim os direitos da personalidade, classificação característica dos direitos extrapatrimoniais.

5.1 Histórico

Pode-se identificar na antiguidade a existência de incipiente proteção a certos aspectos da personalidade. Nesse sentido, o Código de Hamurabi, de aproximadamente 1.700 a.C., já prescrevia penas àqueles que praticassem atos atentatórios à integridade física ou moral dos homens livres, libertos e até mesmo dos escravos, embora nesse último caso fosse, também, uma proteção a uma propriedade³⁵⁷. Senão, vejamos:

XII - DELITOS E PENAS (LESÕES CORPORAIS, TALIÃO, INDENIZAÇÃO E COMPOSIÇÃO)

196º - Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho.

197º - Se ele quebra o osso a um outro, se lhe deverá quebrar o osso.

198º - Se ele arranca o olho de um liberto, deverá pagar uma mina.

199º - Se ele arranca um olho de um escravo alheio, ou quebra um osso ao escravo alheio, deverá pagar a metade de seu preço.

DHNET. **Código de Hamurábi**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em: 11 out. 2013.

- 200° - Se alguém parte os dentes de um outro, de igual condição, deverá ter partidos os seus dentes.
- 201° - Se ele partiu os dentes de um liberto deverá pagar um terço de mina.
- 202° - Se alguém espanca um outro mais elevado que ele, deverá ser espancado em público sessenta vezes, com o chicote de couro de boi.
- 203° - Se um nascido livre espanca um nascido livre de igual condição, deverá pagar uma mina.
- 204° - Se um liberto espanca um liberto, deverá pagar dez siclos.
- 205° - Se o escravo de um homem livre espanca um homem livre, se lhe deverá cortar a orelha.
- 206° - Se alguém bate um outro em rixa e lhe faz uma ferida, ele deverá jurar : "eu não o bati de propósito", e pagar o médico.
- 207° - Se ele morre por suas pancadas, aquele deverá igualmente jurar e, se era um nascido livre, deverá pagar uma meia mina.
- 208° - Se era um liberto, deverá pagar um terço de mina.
- 209° - Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto.
- 210° - Se essa mulher morre, se deverá matar o filho dele.
- 211° - Se a filha de um liberto aborta por pancada de alguém, este deverá pagar cinco siclos.
- 212° - Se essa mulher morre, ele deverá pagar meia mina.
- 213° - Se ele espanca a serva de alguém e esta aborta, ele deverá pagar dois siclos.
- 214° - Se esta serva morre, ele deverá pagar um terço de mina.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³⁵⁸ mencionam que o Código de Manu foi responsável por dar um passo adiante, substituindo as penas vingativas do Código de Hamurabi pelo pagamento de um “certo valor pecuniário”.

O Direito Romano reconhecia direitos pessoais (*jura in persona ipsa*), obrigacionais (*jura in persona aliena*) e reais (*jura in re materiali*), também protegendo, ainda que de forma incipiente, aspectos da personalidade, resguardada contra delitos de injúria, calúnia ou difamação pela *actio iniuriarum*. Basta lembrar que foi no Direito Romano que Ulpiano proclamou *neminem laedere* (ou *alterum no laedere*), que significa não ofender. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³⁵⁹ destacam que havia em Roma forte “preocupação com a honra [...] traduzindo-se no brocardo honesta fama est alterum patrimonium (a fama honesta é outro patrimônio)”, o que, assim como o Código de Manu, “demonstra a possibilidade de reparação, ainda que pecuniária, da lesão à boa conduta, há mais de 2000 anos”.

Na Grécia antiga, também se pode identificar uma preocupação jurídica com a proteção da personalidade por meio da ação *dike kakegorias*, cabível quando se violava um

³⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. vol. III. Responsabilidade civil. 8ª edição Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 101.

³⁵⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. vol. III. Responsabilidade civil. 8ª edição Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103.

direito da personalidade³⁶⁰. Previam ainda a *hybris* ou *hubris* (no original, “ὕβρις”), ligada a um excesso de vaidade que causa desonra ou vergonha a um cidadão grego, conflitando, assim, com a natureza³⁶¹.

Nicola Abbagnano³⁶² entende tratar-se de termo incompatível com os idiomas modernos:

HYBRIS (gr. ἵπ"πτῆ). Com este termo, intraduzível para as línguas modernas, os gregos entenderam qualquer violação da norma da medida, ou seja, dos limites que o homem deve encontrar em suas relações com os outros homens, com a divindade e com a ordem das coisas. A injustiça nada mais é que uma forma de H., porque é a transgressão dos justos limites em relação aos outros homens. Neste sentido, Hesíodo dizia: "Quando levada a cabo, a justiça triunfa sobre a H.: o néscio só entende quando sofre" (Op., 216-17). Para Platão, há H. sempre que é superada "a medida do justo"; portanto, a H. tem muitas faces, muitos lados e muitos nomes (Fed., 238 a). Aristóteles deu a esse termo um significado mais restrito: entendeu tratar-se de ofensa gratuita feita aos outros apenas pelo prazer de sentir-se superior: o que é insolência (Ret., II, 2, 1378 b 23).

Isabela Fernandes Soares Leite³⁶³, entretanto, explica em português que

A *hýbris* vem a ser este processo de transgressão dos limites do homem - o métron - de que resulta uma perigosa proximidade entre o Deus e o homem, e que muitas vezes - nem sempre - atrai a cólera divina. [...] O uso desta palavra na mitologia grega em geral vai designar um ato de violência física ou moral realizado pelo herói, relacionado ao orgulho excessivo e à índole insolente de um homem dotado de poderes extraordinários demais para a sua essência humana.

Exemplifica-se a prática da *hybris* com a insolência do ser humano que se excede ao reclamar dos Deuses mais do que lhe foi concedido, seja por ser excessivamente orgulhoso ou por ter um real motivo para fazê-lo, como no exemplo de Hércules, que comete excessos ao tentar se proteger de uma punição divina.

O conceito de uma pessoa se exceder violando direitos da personalidade permanece atual, pois, como ressalta Isabela Fernandes Soares Leite³⁶⁴, assim como os antepassados gregos.

³⁶⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. vol. 1**, – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 187.

³⁶¹ CERDAS, Emerson. **A Ciropédia de Xenofonte**: um romance de formação na antiguidade. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011, p. 77, 93 e 105. Disponível em: <http://www.culturaacademica.com.br/_img/arquivos/A_Ciropedia_de_Xenofonte.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2012.

³⁶² ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 520.

³⁶³ LEITE, Isabela Fernandes Soares. **Criação Hýbris e transgressão na mitologia heroica**. Disponível em: <<http://www.ijpr.org.br/doc/monografias/Trabalho%20de%20Isabela%20Fernandes%20-Cria%C3%A7%C3%A3o,%20H%C3%BDbris%20e%20Transgress%C3%A3o%20na%20Mitologia%20Her%C3%B3ica.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2012.

o herói contemporâneo será jogado em situações limites e se verá sempre dividido entre um objetivo inequivocamente benéfico e os meios duvidosos, ou até mesmo nefastos, de alcançar este objetivo. Heróis como o Batman, os X-Men, o SuperHomem, o Homem-Aranha ou o Jack Bauer do seriado televisivo “24 Horas” estão permanentemente imersos em dúvidas existenciais, em estados de culpa e melancolia.

Pois eles sabem que, para alcançar seus heróicos objetivos, eles terão que passar por cima das leis e até mesmo de seus mais caros valores e amigos. Eles acabam realizando seus objetivos, mas não sem deixar atrás de si um rastro de excessiva destruição.

O conceito ainda incipiente de proteção à personalidade ganha força com o surgimento dos ideais cristãos, à medida que a relação entre homem e Deus ultrapassava o que havia sido pensado pelo Direito então vigente. A ideia de fraternidade universal também gera um “despertar para a proteção da personalidade humana”³⁶⁵.

Em 1215, a Carta Magna prevê direitos ligados à personalidade, como a liberdade³⁶⁶.

Ainda que sem a intensidade de hoje, a personalidade evolui no século XVI com os movimentos do Renascimento e o Humanismo.

O iluminismo ampliou, nos séculos XVII e XVIII, a teoria dos direitos subjetivos, consagrando tutela dos direitos fundamentais e próprios da pessoa humana (*ius in se ipsum*).

As Cartas de Direitos dos Estados americanos, que proclamaram sua independência da metrópole inglesa, apesar da sua curta duração, merecem atenção por terem mencionado os direitos da personalidade: o *Bill of Rights*, que, em 1689, precedia o texto da Constituição de Virgínia, costumam ser apontadas como a primeira manifestação jurídica da chamada “filosofia dos direitos humanos”³⁶⁷. Foi seguido pelas declarações de diversos outros Estados³⁶⁸ americanos.

³⁶⁴ LEITE, Isabela Fernandes Soares. **Criação Híbris e transgressão na mitologia heroica**. Disponível em: <<http://www.ijpr.org.br/doc/monografias/Trabalho%20de%20Isabela%20Fernandes%20-0Cria%C3%A7%C3%A3o,%20H%C3%BDbris%20e%20Transgress%C3%A3o%20na%20Mitologia%20Her%C3%B3ica.pdf>>. Acesso em: 26 jul.

³⁶⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 147.

³⁶⁶ De acordo com Jean Morange a liberdade na Inglaterra surgiu sem “quaisquer declarações solenes”, tendo sido “arrancadas do poder real, quando as circunstâncias o permitiam e se encontravam enunciadas em um certo número de textos famosos”, como “a Magna Carta de 1215, a Petição de Direitos de 1627, o Bill of Rights (ato de direitos) de 1688 o Ato de Sucessão de 1701”. (MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. 5ª edição revisada e ampliada. Barueri, São Paulo: Manole, 2004, p. 5).

³⁶⁷ MORANGE, Jean. **Direitos Humanos e Liberdades Públicas**. 5ª. ed. rev. e ampl. Barueri, São Paulo: Manole, 2004, p. 7.

³⁶⁸ Ressalte-se serem Estados soberanos (Pensilvânia, Mayland, Carolina do Norte. Vermont, Massachusetts e New Hampshire, todas antes de 1789, declararam a sua independência, tornando-se Estados soberanos, tendo, posteriormente renunciado à sua soberania para formar os Estados Unidos, tornando-se, assim, entes federados autônomos).

Carlos Roberto Gonçalves³⁶⁹ explica que em 1789 surge a famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com incontestável alcance universal, valorizando a proteção da personalidade humana.

De acordo com Maria Helena Diniz³⁷⁰, o tema teve pouca evolução no século XIX. O tema passou despercebido pelos Códigos de Portugal de 1866 e da Itália de 1865. Já “o Código Civil francês de 1804 os tutelou em rápidas pinceladas”, entretanto, sem sequer defini-los.

Na primeira metade do século XX, com ascensão e queda do nazismo, os direitos da personalidade ganharam maior destaque e relevo, tornando-se praticamente de adoção obrigatória em todos os ordenamentos jurídicos³⁷¹. Sobre esse trágico evento, é importante tecermos algumas considerações, em razão das importantes alterações que trouxeram na forma de identificar a ciência jurídica.

Winston Churchill afirmou que se Adolf Hitler tivesse morrido em 1938, seria lembrado como um dos melhores estadistas do velho continente³⁷². Churchill estava genuinamente impressionado com o fato de Hitler ter reerguido, em tão pouco tempo, uma Alemanha derrotada física e moralmente na Primeira Guerra Mundial. Mas o elogio ao inimigo nazista também possuía outros fundamentos: apesar das suas ideias desumanas, Hitler havia demonstrado habilidade política para chegar ao poder pelas vias legais³⁷³.

Mas Hitler não morreu em 1938, tendo, a partir de então, iniciado uma lamentável série de atos desumanos que principiou em 1939 com a Segunda Grande Guerra e, por fim, a derrota da Alemanha culminou em seu suicídio em Berlim em 1945.

O fato de Hitler ter conduzido o Império Nazista pela estrada constitucional havia exposto a fragilidade da Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar) e dos direitos

³⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. vol. I: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 183.

³⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. vol. 1: teoria geral do direito civil. 26ª ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

³⁷¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: teoria geral. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 147-148.

³⁷² A frase de Churchill está, por exemplo, na contracapa da biografia de Hitler escrita por Joaquin Fest – (FEST, Joaquin. **Hitler**. v. 2: 1933 a 1945. tradução Analúcia Teixeira Ribeiro. Tradução revista por Eliseu Visconti Neto. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006).

³⁷³ Em 9 de novembro de 1923 Hitler havia tentando um golpe fracassado que lhe rendera nove meses na prisão de Landsberg. O episódio ficou conhecido como o Putsh (golpe em alemão) da Cervejaria, eis que teve sua gênese na famosa cervejaria *Burgebräukeller*, de Munique. (FEST. Joaquin C. **Hitler**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006).

até então identificados e protegidos³⁷⁴. Provavelmente, nenhuma ordem jurídica seria páreo para a determinação e obstinação criados e fomentados pela propaganda nazista comandada pelo Ministro Joseph Goebbels. Mas uma ordem jurídica menos frágil poderia, e isso é o mínimo que se exige dela, dificultar a ascensão de um regime fundado na ideia de extermínio de uma raça.

Há uma discussão sobre o foco do direito: o ter ou o ser.

Ganham terreno dois importantes debates: a necessidade de uma ordem jurídica mais rígida / menos frágil e o fortalecimento dos direitos que protegem o ser humano.

Quanto à primeira discussão, a flexibilidade da Constituição de Weimar era, em parte, fruto do pensamento do início do século XX de que Constituições excessivamente rígidas geravam insegurança. Tal crença era uma resposta à história constitucional norte-americana, repleta de crises deflagradas justamente pela dificuldade de se alterar a Constituição³⁷⁵. Oscar Vilhena Vieira³⁷⁶ explica que “na história republicana dos EUA foi necessário diminuir os padrões de rigidez para a reformulação do sistema político”. Isso ocorreu na substituição dos artigos da Confederação de 1787 e na abolição da escravatura. Assim, o excesso de rigidez contribuiu para a eclosão da Guerra da Secessão³⁷⁷.

Descartada a rigidez, foi posta em pauta, após a Segunda Grande Guerra, a possibilidade de parte da Constituição ser retirada da esfera de deliberação dos poderes constituídos. Assim, a Constituição passaria a ter um núcleo com proteção especial, cláusulas denominadas “pétreas”, protegidas até mesmo contra emendas que buscassem a sua abolição, ainda que votadas pela maioria do Congresso.

Essas cláusulas pétreas protegeriam esse núcleo da Constituição contra quaisquer movimentos surgidos em momentos de forte clamor popular, quando a razão cede espaço à emoção (limitações materiais ao poder de reforma). Assim, não haveria possibilidade de o nazismo retornar ao poder pelas vias legais, restando apenas a hipótese golpista.

³⁷⁴ Oscar Vilhena Vieira detalha esses eventos. (VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e a sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 100-106).

³⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e cláusulas pétreas: os direitos fundamentais sociais e o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. In: SAMPAIO, José Adércio (Coord.). **15 anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 325.

³⁷⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e a sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 76.

³⁷⁷ Posteriormente a dificuldade de se alterar a Constituição quase inviabilizou a implementação do *New Deal* (conjunto de programas e medidas legislativas adotadas pelo Presidente Franklin Delano Roosevelt objetivando amenizar os efeitos da depressão dos anos 20). (VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e a sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 81/82).

A segunda discussão leva ao fortalecimento dos direitos da personalidade, com especial proteção à vida, à dignidade, à integridade física, à honra, à imagem, ao nome e à intimidade. Nesse sentido, afirma Maria Helena Diniz³⁷⁸ que

após a Segunda Guerra Mundial, diante das agressões causadas pelos governos totalitários à dignidade humana, tomou-se consciência da importância dos direitos da personalidade para o mundo jurídico, resguardando-os na Assembleia Geral da ONU de 1948, na Convenção Europeia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas.

Em 1948, a Assembleia Geral da ONU votou e aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem³⁷⁹, assegurando uma série de direitos da personalidade. Transcrevemos o seu preâmbulo, pela sua beleza e importância histórica:

PREÂMBULO

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A ASSEMBLÉIA GERAL proclama a presente DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIRETOS HUMANOS como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

³⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. vol. 1: teoria geral do direito civil. 26ª ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119..

³⁷⁹ UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

Seus dispositivos, além da importância histórica, são essenciais para o presente trabalho, pois destacam a necessidade de se proteger de forma igual todo ser humano, iguais em dignidade e direito (veja-se o que dispõe expressamente os artigos 1, 2 e 3 e, de certa forma, todos os demais dispositivos que asseguram direitos a todos os seres humanos).

Também há proteção de direitos da personalidade no artigo 12, que assegura vida privada sem interferência ou ataques à sua honra ou reputação.

Vejam os:

Artigo 12. Ninguém será sujeito à interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

A Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais³⁸⁰ foi adotada em 1950, mas só entrou em vigor em 1953. Seu objetivo é proteger direitos e liberdades fundamentais, fazendo, inclusive, expressa referência à Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Os direitos da personalidade estão tratados, por exemplo, no art. 8º que protege a vida privada, familiar e sigilo de correspondência, salvo para proteger determinados valores como a segurança nacional, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros. Senão, vejamos:

ARTIGO 8º

Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Posteriormente, foram realizados acréscimos nos Códigos então vigentes – Code de France, Código Italiano e BGB alemão.

³⁸⁰ CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Council of Europe. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf >. Acesso em: 10 ago. 2012

As duas discussões surgidas no pós-guerra geraram efeitos no Direito Brasileiro, que possui hoje expressa proteção aos direitos da personalidade e um núcleo material de direitos que não podem ser diminuídos - cláusulas pétreas³⁸¹.

No fim do século XX, houve uma maior valorização da dignidade da pessoa humana, criando terreno propício para o fortalecimento e desenvolvimento ainda maior dos direitos da personalidade. Nesse sentido, a possibilidade de indenização por dano moral era tema de acalorados debates no Brasil até 1988, quando a Constituição Federal sepultou a tese da sua impossibilidade.

Assim, gozam hoje, além de amplo reconhecimento, posição de destaque.

5.2 História dos direitos da personalidade no Brasil

O Código Civil brasileiro de 1916, afinando com o pensar dominante do século XIX, não cuidou dos direitos da personalidade. Dividia, assim, os direitos subjetivos em direitos reais e obrigacionais. Aqueles típicos, absolutos, preferenciais, com direito de seqüela e com sujeito passivo universal. Os obrigacionais, típicos ou atípicos, sem preferência, sem direito de seqüela e relativos (oponíveis apenas contra o devedor)³⁸². A preocupação era eminentemente patrimonial, inexistindo um grupo de direitos extrapatrimoniais expressamente previsto.

Tal dualidade, como já demonstrado, apesar de adequada em 1916, perdeu força e subsistência após a Segunda Grande Guerra, quando se fortaleceram os debates acerca dos direitos da personalidade.

Em tal cenário o Código Civil, que prestigiava excessivamente o “ter”, nascido em 1916, passou a ser questionado por não se afinar inteiramente com uma nova tendência.

³⁸¹ Em tempo: os direitos da personalidade, especificamente a moral, tema do presente trabalho, estão prevista no art. 5º da Lei Maior, sendo, portanto direito e garantia individual e, conseqüentemente, cláusula pétrea.

³⁸² Nos tempos atuais, em função da teoria da tutela externa do crédito, a distinção está se tornando mais sutil, eis que, como decorrência da função social dos contratos, os direitos obrigacionais, de acordo com o Direito Civil Constitucional, não se limitam aos contratantes, perdendo, assim, a sua relatividade. De fato, diante de um contrato, surge, para todos, um dever jurídico geral de abstenção. Noutras palavras: terceiros estranhos ao contrato devem respeitá-lo. Embora tal ideia permeie todo o chamado “Direito Civil Constitucional”, podemos identificá-la expressamente no art. 608 do novo Código Civil (aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos). O dispositivo ganhou a mídia em função de um caso no qual o cantor Zeca Pagodinho, durante contrato publicitário celebrado com a empresa de cerveja denominada Nova Skin, celebrou contrato para fazer propaganda de empresa concorrente (Brahma). Esta terceira (Brahma) deveria ter respeitado o contrato (teoria da tutela externa do crédito). Não o fez, em flagrante desrespeito de crédito alheio. Assim, como o contrato previa remuneração de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) pelo período de seis meses, foi arbitrada multa no valor de R\$ 2.400.000,00 (dois milhões de quatrocentos mil reais - como se ajuste desfeito tivesse duração de 2 anos – art. 608).

Como lecionam Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald³⁸³, com a ampla discussão dos direitos da personalidade, após a Segunda Guerra Mundial, foram criados nada menos que dezesseis artigos sobre o tema no projeto de Código Civil, elaborado na década de 60 por Orlando Gomes. Também foram discutidos e reconhecidos no campo doutrinário.

Em 1988, surge uma nova ordem constitucional que, além de defender a dignidade da pessoa humana como valor universal, prevê expressamente diversos direitos da personalidade (moral, integridade física, intimidade, *verbia gratia*). Posteriormente, leis esparsas³⁸⁴ trouxeram avanços pontuais em seus respectivos campos, agravando a inadequação do Código Civil de 1916.

Em 2002, surgiu o Novo Código Civil, trazendo resposta e solução a tal cenário de incompatibilidade, cuidando expressamente dos direitos da personalidade como direito subjetivo de proteção pessoal do indivíduo, especificamente, sua integridade física, psíquica, corpo, alma, intelecto e moral diante de terceiros (proteção a bens extrapatrimoniais). Fica, entretanto, “aquém das expectativas doutrinárias e do próprio avanço jurisprudencial dos anos mais recentes”³⁸⁵.

Houve uma mudança de foco: o direito civil atual privilegia o “ser”, que se sobrepõe ao “ter” do antigo Código Beviláqua. Os direitos da personalidade se sobrepõem, assim, aos direitos patrimoniais, levando a uma despatrimonialização dos direitos privados (privilegia-se, assim, o ser humano, titular de dignidade, e não o seu patrimônio).

As normas referentes aos direitos da personalidade estão nos artigos 11 a 21 do Novo Código Civil, que regulamentam o direito ao corpo, ao nome, à honra, à intimidade, a privacidade e à imagem. Trata-se de rol meramente exemplificativo. Ademais, reforçando tal ampliação de tal proteção, o art. 12 traz uma cláusula geral, ou direito geral de personalidade, que poderá ser moldado pelo juiz em casos concretos não expressamente tratados na lei.

5.3 Direitos da Personalidade – conceito e características

Os direitos da personalidade configuram uma proteção fundamental a tudo que é próprio e inerente ao ser humano, excluindo, assim, apenas o patrimônio material³⁸⁶. São,

³⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p. 148.

³⁸⁴ Como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor.

³⁸⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p. 148.

³⁸⁶ OLIVEIRA, Milton. **Dano Moral**. São Paulo: LTr, 2011, p. 24-25.

portanto, extrapatrimoniais, ainda que sua violação gere indenização ou compensação pecuniária.

Miguel Reale³⁸⁷ destaca que o novo código “começa proclamando a ideia de pessoa e os direitos da personalidade”, sem definir “o que seja pessoa, que é o indivíduo na sua dimensão ética, enquanto é e enquanto deve ser”. Esclarece que “os direitos da personalidade correspondem às pessoas humanas em cada sistema básico de sua situação e atividades sociais”. Assim,

o importante é saber que cada direito da personalidade corresponde a um valor fundamental, a começar pelo do próprio corpo, que é a condição essencial do que somos, do que sentimos, percebemos, pensamos e agimos.

[...]

Poderíamos dizer, em suma, que são direitos da personalidade os a ela inerentes, como um atributo essencial à sua constituição, como, por exemplo, o direito de ser livre, de ter livre iniciativa, na forma da lei, isto é, de conformidade com o estabelecido para todos os indivíduos que compõem a comunidade.

De acordo com Leda Maria Messias da Silva³⁸⁸, “são aqueles que competem em seu exercício e utilização exclusivamente aos seus titulares. São intransmissíveis, irrenunciáveis, e inerentes à condição de dignidade do homem”.

Para Rubens Limongi França³⁸⁹, “direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior.”

Maria Helena Diniz³⁹⁰ vislumbra nos direitos da personalidade os direitos de defesa do que lhe é próprio, destacando a integridade física, intelectual e moral.. Transcrevemos trecho da obra da autora, no qual afirma serem os direitos da personalidade

direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária); e a sua integridade moral (honra, recato, segredo profissional e doméstico, identidade pessoal, familiar e social).

Francisco Amaral³⁹¹ também aponta terem como objetivo a proteção de bens e valores essenciais à pessoa nos seus aspectos físico, moral e intelectual.

³⁸⁷ REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. 2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em: 29 out. 2012

³⁸⁸ SILVA, Leda Maria Messias da. **Dano moral**: direitos da personalidade e o poder diretivo do empregador. Revista LTr. Legislação do Trabalho. v. 69, n. 04, abr. São Paulo: LTr, 2005, p. 435..

³⁸⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 243

³⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2004, p.135.

³⁹¹ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 247.

Para Sílvio Romero Beltrão³⁹², são uma “categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas”.

Para Carlos Roberto Gonçalves³⁹³, são bens ligados à pessoa humana “de maneira perpétua e permanente, [...] destacando-se, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra”.

De acordo com o art. 11 do novo Código Civil, são intransmissíveis e irrenunciáveis, excetuando-se apenas as situações expressamente previstas na lei. Vejamos:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Admite-se, por exemplo, a cessão do direito de imagem para utilização em um comercial de um determinado produto.

Exige-se ainda que a limitação seja delimitada no tempo, o que torna os contratos de patrocínio vitalícios celebrados por atletas no exterior impossíveis de serem copiados no território brasileiro³⁹⁴. De qualquer forma, a indisponibilidade é, portanto, relativa.

Podem ser defendidos contra todos – oponíveis *erga omnis* - sendo, portanto absolutos. Noutro giro, impõem a todos os demais um dever legal de abstenção. Em sentido contrário, os contratos são oponíveis somente em face do outro contratante³⁹⁵.

Também não podem ser penhorados em função da ideia de violar a dignidade da pessoa humana e, em certos casos, inexistir até mesmo essa possibilidade física – não há, por exemplo, como se penhorar a integridade física. Os reflexos pecuniários que gerarem podem, entretanto, ser penhorados – não há como se penhorar a imagem, mas existe a possibilidade de se penhorar os ganhos obtidos com a cessão de imagem para uma propaganda de um produto.

Os direitos da personalidade são ilimitados, sendo o rol presente nos artigos 11 a 21 do Código Civil, meramente exemplificativo.

³⁹² BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005, p. 25.

³⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. vol. I: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 183.

³⁹⁴ O atleta Ronaldo Nazário de Lima, mais conhecido como Ronaldo “Fenômeno”, por exemplo, tem um contrato vitalício com a empresa de material esportivo Nike. (SOBRAL, Eliane. Ronaldo sai. As marcas ficam. Negócios. **Isto é dinheiro**. n. 698, fev. 2011. Disponível em: < <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/49749 RONALDO+SAI+AS+MARCAS+FICAM>>. Acesso em: 21 out. 2012)

³⁹⁵ Essa ideia é hoje relativizada em função da tutela externa do crédito.

Também são imprescritíveis, podendo a sua proteção ser reclamada a qualquer tempo. A indenização pela sua violação, entretanto prescreve no prazo de três anos (art. 206, § 3º, V do Código Civil).

Assim, não há prescrição para requerer a cessação de ato danoso à personalidade, prescrevendo, entretanto, em três anos o direito de reclamar em juízo a indenização pelo dano sofrido.

Para Maria Helena Diniz³⁹⁶, os direitos da personalidade são “inatos, adquiridos no instante da concepção, não podem ser retirados da pessoa enquanto ela viver por dizerem respeito à qualidade humana”. São, portanto, inerentes à condição humana, e reconhecidos pelos legisladores. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves³⁹⁷:

Os direitos da personalidade inatos são adquiridos no instante da concepção e acompanham a pessoa até sua morte. Por isso, são vitalícios. Mesmo após a morte, todavia, alguns desses direitos são resguardados, como o respeito ao morto, à sua honra ou memória e ao seu direito moral de autor, por exemplo.

No mesmo sentido, Francisco Amaral³⁹⁸ entende que são “essenciais, inatos e permanentes, no sentido de que, sem eles, não se configura a personalidade, nascendo com a pessoa e acompanhando-a por toda a existência”.

Contudo, há posicionamento divergente sustentando que os direitos da personalidade não seriam inatos, mas sim direitos meramente positivados no sistema, fruto de uma opção legislativa. Dessa forma, conforme Gustavo Tepedino, “o direito positivo é o único fundamento jurídico da tutela da personalidade”³⁹⁹.

Este segundo entendimento é fundado no argumento de inexistência de proteção a tais direitos em todos os ordenamentos jurídicos. Assim, alegam, se os direitos da personalidade fossem direitos naturais, seriam também universalmente respeitados, o que não ocorre (o direito muçulmano, por exemplo, não os reconhece). Da mesma forma, a permissão pela Constituição de 1988 da pena de morte em casos de guerra também assinalaria a inexistência de direito natural à personalidade⁴⁰⁰. Nesse sentido, escreve Gustavo Tepedino⁴⁰¹:

³⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. vol. 1: teoria geral do direito civil. 26ª ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 122.

³⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. vol. I: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 189.

³⁹⁸ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 247.

³⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 39.

⁴⁰⁰ GOMES, Orlando. **Novos temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

⁴⁰¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 39.

Resulta, em definitivo, assaz difícil para os defensores das teses jusnaturalistas definirem o que seria a expressão de direitos consagrados do homem, quando se pensa na variedade de posições adotadas pela consciência social dos povos nas diversas épocas históricas e pontos geográficos em que se insere a pessoa humana. A religião muçulmana, por exemplo, com suas penas corporais e cirurgias através das quais milhares de mulheres africanas são mutiladas, ao nascer, nos dias de hoje; os países cristãos e as concepções ideológicas que adotam a pena de morte; o regime da escravidão em sociedades consideradas civilizadas, a prática de torturas e de linchamento como forma de sanção socialmente reconhecidas em diversos estados brasileiros; tudo isso coloca em crise a simplista tese segundo a qual seria a consciência universal a estabelecer os direitos humanos e os direitos da personalidade, cabendo ao ordenamento jurídico apenas reconhecê-los.

Assim, conclui, os direitos da personalidade seriam “inatos unicamente pelo fato de nascerem juntamente com a pessoa humana, sendo, de acordo com o direito positivo, despidos assim de qualquer concepção jusnaturalista”⁴⁰².

Nelson Rosenvald e Christiano Chaves de Farias⁴⁰³ apontam que a maioria da doutrina brasileira reconhece esses direitos como inatos, embora adotem entendimento divergente.

Sem adentrar no mérito dessa discussão, é necessário no presente trabalho apenas destacar que é direito da personalidade o que for necessário para se ter uma vida digna e que ganha paulatinamente maior força e destaque em praticamente todos os ordenamentos jurídicos, inclusive o pátrio. E, com tal proteção, ganha força o princípio da dignidade da pessoa humana, critério que deve ser observado por todos, legislador, administrador, julgador e sociedade civil.

Hoje não se busca proteger qualquer vida, mas sim a vida digna. E será direito da personalidade tudo o que for necessário para se ter uma vida digna.

5.4 Dignidade da Pessoa Humana

Arrisca-se afirmar que tudo que foi escrito até o presente momento está de certa forma relacionada com a dignidade da pessoa humana, pois, mais do que um direito ou um norte, é a *ratio* de todos os direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana é uma cláusula geral protetiva que fundamenta e legitima todos os direitos da personalidade. Assim, será um direito da personalidade tudo o

⁴⁰² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 43.

⁴⁰³ A preferência por este entendimento é apontada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, embora se posicionem em sentido contrário. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 151).

que for necessário para se ter uma vida digna⁴⁰⁴. Torna-se essencial o estudo da dignidade para a compreensão dos direitos da personalidade.

A expressão dignidade vem do latim *dignitas*, que significava no século XI cargo, título, honraria ou postura socialmente correta para um evento específico⁴⁰⁵. E com esse sentido foi utilizada em suas primeiras inserções em textos jurídicos no século XVIII.

Tal significado foi sendo gradativamente substituído pelo conceito de condição essencial e inerente a todos os integrantes da grande família humana, e não apenas aos detentores de cargos. O homem passa a ser reconhecido como titular de direitos que lhe asseguram integridade e inviolabilidade em suas dimensões físicas e existenciais.

Essa evolução não decorreu de uma gestação ordenada, mas sim fruto de paulatino desenvolvimento, em história permeada de avanços e retrocessos, somente atingindo a sua hodierna concepção após secular mutação.

Essa nova ideia de dignidade da pessoa humana, como um valor supremo e fundamental, sem o qual todos os outros se tornam insuficientes, foi expressamente inserida na Carta das Nações Unidas de 1945⁴⁰⁶ e da Declaração dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948⁴⁰⁷, ambas respostas aos efeitos e barbáries da Segunda Guerra Mundial, estando, assim, hoje enraizada no constitucionalismo moderno, impondo sua observância por todos os ramos do Direito⁴⁰⁸.

Conforme o já transcrito Artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

A Constituição de 1988, ajustada com tal entendimento, cita, em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

⁴⁰⁴ A conclusão também está na obra de Carlos Roberto Gonçalves, para quem “destinam-se os direitos da personalidade a resguardar a dignidade humana”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. vol. I: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 190).

⁴⁰⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 105.

⁴⁰⁶ Determina que “Nós, os povos das Nações Unidas, resolvimos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres, assim como nas nações grandes e pequenas”.

⁴⁰⁷ Eis o seu teor: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

⁴⁰⁸ Assim, “no pensamento filosófico contemporâneo, a questão da dignidade da pessoa humana assumiu o papel de tema fundamental, como pilar de toda existência social merecedor de atenção e de todo esforço.” (ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. 1999, p. 47).

Mas, embora não possua conceito preciso, dignidade da pessoa humana traz um piso, um conteúdo mínimo: integridade física e psíquica, liberdade e igualdade, mínimo existencial, inclusive patrimonial, como consagra o art. 548 do Código Civil:

Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.

Os direitos da personalidade são uma das elaborações conceituais que antecedem a elaboração do direito positivo sobre a dignidade da pessoa humana. Mas não são por si suficientes para garantir uma vida digna. Não trazem, por exemplo, esse patrimônio mínimo.

O Supremo Tribunal Federal oferta em seu sítio na internet uma versão da Constituição comentada de acordo com as suas decisões⁴⁰⁹. Desta se extrai a utilização da dignidade da pessoa humana em causas com objeto bastante variado, como, por exemplo, envolvendo uso de algemas, proteção ao nome, acesso a provas já documentadas em processo investigativo, concessão de liberdade, regressão de regime, utilização de células-tronco, danos à saúde, redução à condição análoga de escravo, ausência de intimação de defensor público, publicação de nome em processo de separação judicial, crimes contra o sistema financeiro nacional, denúncia genérica, aborto de feto anencéfalo, duração de prisão cautelar, exploração, racismo, tortura, submissão compulsória a exame de DNA.

Tendo em vista que ainda não descobrimos todos os desdobramentos da dignidade da pessoa humana nem todas as dimensões dos direitos e garantias fundamentais, há a possibilidade de existirem direitos de personalidade que não estão tipificados, até mesmo porque sequer foram descobertos.

A utilização do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana de forma desmedida e desacompanhada de outros argumentos é criticada por Ingo Wolfgang Sarlet⁴¹⁰, pois, “a despeito da nobreza das intenções do órgão julgador, acaba, em muitos casos, contribuindo mais para uma desvalorização e fragilização jurídico-normativa do princípio do que para a sua maior eficácia”.

Carmem Lúcia Antunes Rocha⁴¹¹ destaca que

⁴⁰⁹ BRASIL, Superior Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 19 dez. 2012

⁴¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 92.

⁴¹¹ ROCHA, Carmem Lúcia. Antunes. **Direito de Todos e para Todos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 13.

gente é tudo igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada um a sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual. Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas. Que cada qual vive a seu modo. Lida com as agonias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria, sente-se igual.

Para Cynthia Maria da Fonseca Espada⁴¹², a pesquisa do significado da dignidade da pessoa humana “inicia-se com a análise de pensamentos filosóficos vinculados à ideia de que o homem tem um valor que lhe é próprio, independentemente de raça, credo, sexo, etc.”

Maurício Godinho Delgado⁴¹³, escrevendo sobre os critérios para aferição do dano moral e fixação da indenização aponta que “a honra, a dignidade, a higidez física, a higidez psíquica e outros bens e valores de caráter moral são ínsitos a qualquer ser humano, independente de sua posição social, econômica, cultural, etc.”

André Correa Gustavo de Andrade⁴¹⁴ reforça a ideia de que a dignidade, direito inerente a todos os seres humanos, “qualidade ou atributo inerente ao homem, decorrente da própria condição humana, o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes”. E arremata: “a despeito de todas as diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade. Embora diferentes em sua individualidade, apresentam, pela sua humana condição, as mesmas necessidades e faculdades vitais”.

Ingo Wolfgang Sarlet⁴¹⁵ disserta que a dignidade, “como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável, inalienável, à medida que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”, sendo “elemento integrante e irrenunciável da natureza humana, algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado”. Conclui, e isso é fundamental para o presente trabalho, que “a dignidade independe de circunstâncias concretas, sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa humana, de tal sorte que todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade”.

Escrevendo sobre a dignidade da pessoa humana na Constituição vigente, Ingo Wolfgang Sarlet⁴¹⁶ também conclui que a dignidade é uma característica distintiva de cada ser

⁴¹² ESPADA, Cynthia Maria da Fonseca. **O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008, p. 92.

⁴¹³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 630.

⁴¹⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 9-10.

⁴¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 99-101

⁴¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 59-60.

humano, que se torna assim, credor do “mesmo respeito e consideração” não apenas do Estado, mas também por toda a comunidade, o que, por certo, inclui o seu empregador⁴¹⁷.

Entende André Gustavo Corrêa de Andrade⁴¹⁸ que:

Para a proteção e promoção do princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade impõe-se o emprego não apenas do ferramental previsto pelas normas infraconstitucionais, mas de todos os meios hábeis ou necessários para alcançar esse desiderato.

Alexandre dos Santos Cunha⁴¹⁹ destaca que, para Kant, tudo o que não tem preço, não podendo ser substituído por um similar, reveste-se de um valor chamado de dignidade. Este valor seria, assim, inerente a todos os seres humanos enquanto entes morais, vez que, possuindo autonomia, constroem uma personalidade singular e, exatamente por isso, insubstituível.

O grande legado do pensamento kantiano para a filosofia dos direitos humanos, contudo, é a igualdade na atribuição da dignidade. À medida que a liberdade no exercício da razão prática é o único requisito para que um ente se revista de dignidade, e que todos os seres humanos gozem dessa autonomia, tem-se que a condição humana é o suporte fático necessário e suficiente à dignidade⁴²⁰, independentemente de qualquer tipo de reconhecimento social.

Immanuel Kant⁴²¹ reomenda: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”, formulando, assim, distinção entre pessoas – sujeitos de direito –

⁴¹⁷ (...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos seres humanos. (SARLET, 2002, p. 59-60)

⁴¹⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização punitiva**. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136)&groupId=10136>. Acesso em: 10 nov. 2012

⁴¹⁹ CUNHA, Alexandre dos Santos. **A Normatividade da Pessoa Humana**: O Estudo Jurídico da Personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.85-88.

⁴²⁰ A tese foi implicitamente abraçada pelo Tribunal Constitucional da Espanha ao destacar que “a dignidade está intimamente relacionada com os direitos relativos à integridade física e moral, ao livre desenvolvimento da pessoa, à honra, à intimidade, considerando como um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que se transporta consigo a pretensão e respeito por todos os demais”. Acórdão 53 de 11 de abril 85.

⁴²¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1992, p. 69.

e coisas – objetos de direito. A dignidade colocaria, assim, os homens em posição de supremacia igualitária, única forma de manutenção do imperativo categórico.

A doutrina civilista, discorrendo especificamente sobre os direitos da personalidade, destaca que não há diferença entre os direitos da personalidade de duas pessoas⁴²².

Assim, com base em Flávia Piovesan⁴²³, afirma-se que “todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de outro critério, senão o de ser humano.”

Em acórdão proferido em processo do TRT da 3ª Região o Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault⁴²⁴ menciona ser a dignidade da pessoa humana um “princípio em que se fundamenta todo o ordenamento jurídico.”

José de Oliveira Ascensão⁴²⁵ explica que

A dignidade da pessoa humana implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ela justificados e impostos, que assegurem esta dignidade na vida social. Esses direitos devem representar um mínimo, que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver sua personalidade. Mas devem representar também um máximo, pela intensidade da tutela que recebem.

Daniel Sarmiento⁴²⁶ defende que deve haver tratamento de “todas as pessoas como livres e iguais, que respeite a dignidade intrínseca de cada ser humano”, bem como “que busque a inclusão no espaço público deliberativo daqueles que, pelas adversidades da vida, foram dele excluídos”, sob pena de se violar o próprio conceito de democracia, que “não se esgota na observância da regra da maioria”

Nicola Abbagnano⁴²⁷ assim a conceitua:

DIGNIDADE (lat. Dignitas; it. Dignità). Foi assim que os escolásticos, na esteira de Boécio, traduziram a palavra axioma(cí., p. ex., TOMÁS, InMet., III, 5, 390). Viço conservou essa palavra em italiano e suas "D.", expostas na parte da Scienza Nuova

⁴²² Sobre o tema veja-se as obras de DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. vol. 7. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. e LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. vol. 2. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

⁴²³ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 188.

⁴²⁴ MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, 0060300-13.2006.5.03.0032, Data de Publicação: 09/11/2009, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator: Luiz Otávio Linhares Renault, Revisor: Júlio Bernardo do Carmo, Divulgação: 06/11/2009. DEJT. Página 117. Boletim: Sim.

⁴²⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral**. vol I. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 64.

⁴²⁶ SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. In SAMPAIO, José Adércio (Coord.). **15 anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 360-361.

⁴²⁷ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 326.

intitulada "Dos elementos", constituem os fundamentos de sua obra. "Propomos agora aqui os seguintes axiomas ou D. filosóficas e filológicas, algumas poucas perguntas racionais e discretas, com outras tantas definições esclarecidas; estas, assim como o sangue pelo corpo animado, devem fluir por dentro desta ciência e animá-la em tudo o que ela razoa sobre a natureza comum das nações".

Todos os seres humanos, por terem a mesma dignidade intrínseca, merecem idêntica consideração por parte de todos, inclusive no momento em que a violação à sua dignidade for ser quantificada de acordo com as particularidades do caso concreto.

5.5 Os direitos da personalidade no art. 5º da Constituição de 1988

O inciso V do art. 5º assegura o direito à resposta, que deverá ser proporcional ao agravo, tendo, assim, o mesmo destaque, tamanho e circulação que a nota ofensiva. Não poderá, entretanto, abrigar atividade ilícita ou conter calúnia, difamação ou injúria.

Também assegura, o inciso, a plena reparação ao dano material, moral ou à imagem, seja ela na dimensão retrato – imagem física – ou atributo – imagem que mantém perante o corpo social.

Sobre o tema, assim, o Supremo Tribunal Federal (STF) esclareceu que os programas de humor possuem atividade de imprensa, podendo, inclusive, de forma áspera, responder no entanto, por eventuais abusos:

Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de ‘imprensa’, sinônimo perfeito de ‘informação jornalística’ (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, V, a crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, locus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária do STF na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia de que a locução ‘humor jornalístico’ enlaça pensamento crítico, informação e criação artística.” (ADI 4.451-MC-REF, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 2-9-2010, Plenário, DJE de 24-8-2012.)

O inciso X do art. 5º prevê a proteção à intimidade e à vida privada, protegendo o titular do direito dos constrangimentos e desconfortos da divulgação de fatos que lhe digam exclusivo respeito.

A intimidade é restrita, estando geralmente ligada a relações subjetivas de trato íntimo travada com família e amigos próximos. A vida privada é mais ampla, envolvendo, além daqueles, os demais relacionamentos humanos como relações comerciais, de estudo, trabalho, etc.

Para que se configure a violação é irrelevante o meio de divulgação - internet, panfletos, revistas ou jornais - e a sua forma - foto, texto, vídeo e até mesmo por desenhos, bastando que se identifique o ofendido.

O inciso também protege a honra e a imagem, assegurando indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação.

Honra é dividida em honra objetiva, relacionada com as características que ostenta perante o seio social e honra subjetiva, ligada ao conceito que internamente a pessoa possui de si mesma, geralmente atrelada à sua autoestima.

O inciso em tela vive em constante conflito com o direito à informação, tendo o Supremo Tribunal Federal determinado que, quando houver interesse público, a liberdade de informação deve prevalecer sobre a privacidade⁴²⁸.

Passemos, então, para a análise dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002.

⁴²⁸ MS 24.832 MC/DF

6 AS CARACTERÍSTICAS SOCIOECONÔMICAS DO TRABALHADOR-VÍTIMA E A COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA POR DANO MORAL

Passa-se agora à tentativa de dar uma resposta adequada, com base na dignidade da pessoa humana e considerando sua hipossuficiência no contexto da relação de emprego, ao objeto central do presente estudo: se as características socioeconômicas do trabalhador vítima podem ser utilizadas como um dos critérios para o cálculo da compensação pecuniária por um dano moral.

As ideias acima apresentadas servirão como fundamentos e elementos para essa tarefa.

6.1 Trabalho, hipossuficiência, condições socioeconômicas da vítima e dano moral

O trabalho, como demonstrado, possui enorme importância financeira, mas também social e psicológica para o ser humano. Essa necessidade de trabalhar deixa o trabalhador hipossuficiente diante daquele que pode lhe negar o trabalho. Assim, ao se apresentar para concorrer a uma vaga de trabalho, o trabalhador já se encontra em estado de hipossuficiência. Quer e precisa ser contratado. Isso gera uma vantagem para o contratante. Mas essa hipossuficiência não cessa com a contratação, permeando toda a duração da relação de trabalho e podendo, até mesmo, ser acentuada. Muitos contratantes, cientes dessa vantagem, cometem abusos e violências contra o obreiro que, quando violam direitos da personalidade, causam danos morais.

Os danos morais causados em tal relação possuem gravidade superior ao existente em outras relações, pois o trabalhador raramente pode se insurgir contra a violência, à medida que precisa daquele trabalho.

Ora, o ramo justralhista funda-se no princípio da proteção, que busca reduzir o desequilíbrio entre as partes - igualdade material ou substancial – por meio da imposição de normas tutelares dos interesses do trabalhador. E, como explicitado, tratar pessoas em situações de desigualdade de forma igual agravaria a desigualdade.

Jorge Luiz Souto Maior⁴²⁹ alerta que “nas relações de trabalho esse tema ganha contornos até dramáticos, na medida em que alguns fatores externos ameaçadores dos direitos da personalidade tem a se considerar legítimos em razão do elemento configurador da relação de emprego que a subordinação.”

⁴²⁹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do trabalho**: teoria geral do Direito do trabalho, vol.I - Parte I. São Paulo: LTr, 2011, p. 674.

Lado outro, defende-se no presente trabalho que o mundo moderno é essencialmente excludente. Tudo é arquitetado para que o menos favorecido não invada o espaço do mais favorecido. E, no ambiente de trabalho, o trabalhador que possui excelentes condições socioeconômicas recebe um tratamento muito mais cauteloso e respeitoso do que o trabalhador mal remunerado. Normalmente, é chamado de senhor, possui secretárias, sala com ar condicionado e labora em ambiente com menor risco de acidentes. Ou seja, repete-se no ambiente laboral um modelo socialmente excludente global.

No Banco, os correntistas também são tratados de forma desigual: para os clientes de contas “VIP”, “Preferencial” ou “Ouro”, ou “Van Gogh” há uma fila menor - quando há fila - sem que similar atenção seja dada ao cliente sem elevado poder aquisitivo.

Nos consultórios médicos, se repete o tratamento menos cuidadoso com quem possui baixas condições socioeconômicas: à guisa de exemplo, em uma consulta o médico José Soares Menezes receitou para uma mulher negra e pobre que coloque cadeados na boca e na geladeira para conseguir emagrecer⁴³⁰. Nem mesmo após o fato ganhar repercussão nacional percebeu a violência contida nas suas palavras, entendendo que a culpa da humilhação estaria na própria vítima, que “vive numa comunidade que não tem capacidade de abstrair as coisas”. Assim, nem mesmo quando flagrado em funcionamento o sistema de exclusão social se cala ou retrai: não reconhece haver violência excludente, mas sim inferioridade do excluído.

Os exemplos demonstram que conceder ao excluído proteção similar não é suficiente: deve receber proteção superior.

A dignidade de quem possui condições socioeconômicas menos favorecidas não possui a mesma atenção, demandando, à luz da igualdade material, maior proteção.

Até mesmo o Direito do Trabalho excluiu durante décadas uma série de direitos do trabalhador rural, o que só foi corrigido com a Constituição de 1988. Ainda hoje, o Direito do Trabalho exclui das domésticas uma série de direitos, o que, inclusive, possui assento constitucional⁴³¹.

⁴³⁰BARROS NETO, Nelson. **Médico que receitou ‘cadeado na boca’ para mulher emagrecer é afastado.** Cotidiano. Folha de S. Paulo. Salvador. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/183165-medico-que-receitou-cadeado-na-boca-para-mulher-emagrecer-e-afastado.shtml>>. Acesso em: 09 nov. 2012

⁴³¹ De acordo com o parágrafo único do art. 7º da Constituição de 1988 apenas uma parte dos incisos daquele artigo é estendida às domésticas.

De acordo com Márcio Túlio Viana⁴³², a Justiça do Trabalho também é excludente, pois repleta de roupas, posturas e expressões técnicas que soam estranhas ao trabalhador sem formação jurídica, como, por exemplo, “operou-se a preclusão”. Na “própria sala de audiências [...] há um clima de solenidade que ajuda a reproduzir as disparidades sociais”.

Defende-se que existe uma ampla estratégia social de perpetuar a equivocada ideia de que determinadas pessoas não devem possuir direitos, e ainda que essa exclusão não possa contaminar os direitos da personalidade.

Jorge Luiz Souto Maior⁴³³ critica esse cenário destacando que “a nossa capacidade de equacionar, em concreto as pertinências temáticas das agressões aos direitos da personalidade vai determinar o nível de consciência em torno da nossa própria condição de seres humanos”. E completa: “não é dos outros que estamos cuidado, mas de nós mesmos e, por consequência, das relações humanas e da sociedade, enfim”.

Do exposto extrai-se que o princípio da proteção, cardeal do Direito do Trabalho, impõe a busca pelo equilíbrio nas relações trabalhistas por meio de proteção do hipossuficiente. As pessoas que têm *status* econômico ou social menos elevado são as que mais precisam de proteção contra abusos, pois são as ‘vítimas preferidas’ de agressões. E utilizar as condições socioeconômicas como um fator de fixação da compensação pecuniária por dano moral mais do que contrariar, inverteria a lógica dessa baliza do ramo justralhista, legitimando a diferença que o Direito do Trabalho busca combater.

6.2 Poder no ambiente de trabalho, condições socioeconômicas da vítima e dano moral.

Dentro do ambiente do trabalho, existe um poder de direção assegurando ao tomador de serviços a prerrogativa de manipular a força de trabalho do prestador como um dos fatores de produção.

O dano moral decorre de um desrespeito aos direitos da personalidade, e como tal pode ser evitado, pois não existe produto que demande violência contra o ser humano para a sua produção. O desrespeito com o ser humano será, portanto, sempre desnecessário. E isso independe da atividade do tomador. Ainda assim há empresas que abusam do poder

⁴³² VIANA, Márcio Túlio. O dia a dia do juiz e as discriminações que o acompanham. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira. (Coord.). **Discriminação**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 256.

⁴³³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do trabalho**: teoria geral do Direito do trabalho, vol.I - Parte I. São Paulo: LTr, 2011, p. 673.

empregatício institucionalizando um ambiente de trabalho fundado no estresse sem preocupação com as suas consequências no ser humano trabalhador. É a chamada gerência do terror.

Disserta Ana Maria Rossi⁴³⁴ que o stress organizacional é uma constante fonte de preocupação, por configurar “um dos riscos mais sérios ao bem-estar psicossocial do indivíduo”. Assim

[...] a tensão psicológica e as manifestações de tensão relacionadas a ela (ansiedade, depressão, baixa auto-estima etc) ocorrem em resposta à sobrecarga ambiental que impõe uma demanda sobre o indivíduo que este perceber como insuportável.

Explica ainda que há o *stress* funcional e o disfuncional, que colocados em um gráfico geram um U-invertido: um pouco de *stress* eleva a produção, sendo, portanto, funcional, entretanto, “à medida que os estímulos de *stress* aumentam, o desempenho tende a cair” uma vez que “o indivíduo fica, aparentemente, sobrecarregado e não consegue responder mais a estímulos”. Essa informação, conjugada a já demonstrada falta de peias e limites do capitalismo demonstram o estrago realizado no ambiente trabalhista.

Cristina Maslach⁴³⁵ explica que, além das “reações aguda ao *stress*, que se desenvolvem em resposta a incidentes críticos específicos”, o trabalhador também está sujeito a sofrer o *burnout*, fruto de sobrecarga de trabalho, recompensas insuficientes, ruptura no senso de comunidade no local de trabalho, falta de justiça e trabalho com conflito de valores, o que gera consequências psicológicas, sociais e físicas. Ao final conclui: “o *burnout* não é um problema das pessoas, mas do ambiente social em que trabalham”. E certas empresas são verdadeiras fábricas de desgaste e humilhação do ser humano.

De acordo com Cary L. Cooper⁴³⁶, há uma violência que atinge todos: os gerentes vivem sob a ameaça de “enxugamento e terceirização”, o que gera “insegurança no emprego, moral baixo e diminuição da motivação e da lealdade”. Esses gerentes, não raro, descontam raivas e frustrações nos subordinados.

⁴³⁴ ROSSI, Ana Maria. Estressores ocupacionais e diferenças de gênero. In: ROSSI, Ana Maria; PRERREWÉ, Pamela L.; SAUTER, Steven. L. (Org.) **Stress e qualidade de vida no trabalho**: perspectivas atuais da saúde ocupacional. 1ª ed. 4ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2010, p. 10.

⁴³⁵ MASLACH, Cristina. Entendendo o burnout. In: ROSSI, Ana Maria; PRERREWÉ, Pamela L.; SAUTER, Steven. L. (Org.) **Stress e qualidade de vida no trabalho**: perspectivas atuais da saúde ocupacional. 1ª ed. 4ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2010, p. 42-53.

⁴³⁶ COOPER, Cary L. A natureza mutante do trabalho: o novo contrato psicológico e os estressores associados. In: ROSSI, Ana Maria; PRERREWÉ, Pamela L.; SAUTER, Steven. L. (Org.) **Stress e qualidade de vida no trabalho**: perspectivas atuais da saúde ocupacional. 1ª ed. 4ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2010, p. 5.

James Campbell Quick, Marilyn Macik-Frey, David A. Mack, Nathan Keller, David A. Gray e Cary L. Cooper⁴³⁷ destacam que “uma liderança ruim pode ser fonte de *stress* no local de trabalho através do impacto direto em seus subordinados e através da influência sobre o ambiente de trabalho”. Em sentido contrário, “uma liderança saudável pode propiciar o contexto de trabalho saudável e as bases de apoio social que impulsionam a organização bem-sucedida”. Destacam que “emoções tóxicas” prejudicam os líderes e seus subordinados, desencadeando respostas defensivas, sensações ruins, quebra de comunicação e rompimento de relações.

Assim, o agressor pode buscar marcar território em face do risco de desligamento ou simplesmente por ser uma engrenagem de jogo cruel e agressivo fomentado pelo empregador. Foi levado a tal competitividade pela política da empresa ou pelo estresse causado por excesso de serviço, fruto do capitalismo sem peias. A pressão que lhe é feita, entretanto, não justifica que perpetue o desrespeito. Entretanto, infelizmente é o que geralmente ocorre.

Mas não se pode admitir um progresso que não seja socialmente justificado, praticado, destruindo a vida e a saúde do trabalhador. O enriquecimento ilícito existe, assim, no momento em que se esgota o ser humano, extraindo toda a sua essência em prol da produção, e não quando se penaliza quem desrespeitou os direitos mais básicos do ser humano explorado.

Também ocorrem atos como reiterados extravios da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), rigor excessivo no trato do trabalhador, apelidos grosseiros, câmeras de vigilância nos vestiários e banheiros, pessoas forçadas a utilizar vestimentas vexatórias, local de trabalho sem condições de higiene são apenas alguns dos exemplos mais comuns.

O resultado é um *stress* ocupacional com resultados devastadores em todos os seres humanos, independente do seu cargo ou classe social. Aumentam o *stress*, o esgotamento e os acidentes de trabalho, com perdas econômicas para a empresa e para toda a sociedade em função dos seus custos previdenciários. Assim, ainda que ultrapassado o aspecto humano, deveria ser ponderado o fato de que aquele ser humano deixou de produzir gerando com seu trabalho benefícios para si e para a sociedade por ter adoecido em função do trabalho.

⁴³⁷ Líderes saudáveis, organizações saudáveis: prevenção primária e efeitos positivos da competência emocional. (ROSSI, Ana Maria; PRERREWÉ, Pamela L.; SAUTER, Steven. L. (Org.) **Stress e qualidade de vida no trabalho**: perspectivas atuais da saúde ocupacional. 1ª ed. 4ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2010, p. 139).

Não se defende a ausência de metas ou estresse, por considerar que além de impossível são elementos da vida.

O que se defende no presente trabalho é que devem ser controlados e, principalmente, minimizados pelo tomador de serviços, e não fomentados a ponto de violarem a dignidade da pessoa humana.

O grande número de processos busca reparar esse frequente desrespeito com a vítima. Assim, a verdadeira indústria do dano moral está no ambiente de trabalho, onde o trabalhador é tratado como uma mera utilidade sem consideração ao ser humano. Não nos tribunais.

Destaca-se, entretanto, que embora não exista indústria do dano moral nos tribunais, entende-se que o fato deste adotar valores pequenos pode contribuir para a manutenção do desrespeito. Basta mencionar a experiência americana, na qual há um grande medo da sanção. Defende-se que penas muito pequenas não cumprem a função do Direito de agente transformador da realidade social.

Destarte, a “banalização do dano moral” não ocorre nos tribunais, mas sim nas empresas onde o desrespeito ao ser humano torna-se praxe, desrespeitando todas as normas já trazidas.

Nesse trabalho não se defende que se proibam brincadeiras ou que acabe com o modo de vida notadamente descontraído do brasileiro. Mas sim que se puna de modo adequado quem inclui o desrespeito como um elemento do modo de produção.

A produção e a dedicação podem ser estimuladas de forma afinada com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana por meio de prêmios e participação nos lucros e resultados, esta, inclusive, expressamente prevista e incentivada pela Constituição, que no art. 7º determina que a participação nos lucros e resultados (PLR) não terá natureza salarial, podendo ser paga sem que cause reflexos nas demais parcelas.

Sem adentrar no mérito da PLR para não fugir ao objeto do presente estudo, ressaltamos ser uma forma mais digna de incentivo do que a gerência do terror.

A dedicação do trabalhador também pode ser incentivada por meios não financeiros, como respeito e educação, que geram entusiasmo e efetividade.

Defende-se, portanto, a necessidade de forma mais humana de exercício do poder. O mal não pode ser banalizado. Deve ser penalizado a fim de se evitar que se repita.

Entretanto, caso essa má utilização do poder empregatício viole a dignidade do trabalhador, causando-lhe danos morais, a pena será calculada tendo em conta a condição

socioeconômica das partes, inclusive da vítima. Esse dado, que se defende no presente trabalho ser inconstitucional, leva à redução do valor quando a agressão é causada ao trabalhador com pequena remuneração, justamente o que possui menos influência na sua forma de exercício do poder de direção.

Os altos executivos com altos salários, até mesmo em função das suas tarefas, costumam se aproximar – quiçá se confundir – com o empregador. Possuem maior influência nas decisões e na forma de exercício do poder. E, como já explicado, raramente são vítimas de desmandos - sua vítima preferida é o trabalhador com menor remuneração. Mas não se pode decidir qual vida merece ser vivida ou qual dignidade pode ser desrespeitada.

Como se não bastasse, frequentemente, a indenização por violação à dignidade do trabalhador não repara com razoabilidade a dor e o sofrimento, o que é a melhor forma de matar o instituto da responsabilidade civil⁴³⁸.

É preciso colocar as ciências sociais não no banco dos réus, que é onde deve estar a nossa cultura, mas no das testemunhas⁴³⁹.

A Justiça do Trabalho escutou diferentes setores da sociedade no ano passado para manifestar-se sobre a terceirização⁴⁴⁰. Poderia no futuro escutar psicólogos, médicos psiquiatras e especialistas sobre a depressão para perguntar: o fato de possuir condição socioeconômica menos favorecida torna a sua dor menor? A dor se modula de acordo com a capacidade socioeconômica?

As perguntas podem soar provocativas. E são! Defende-se que a dor independe da capacidade econômica e social e que os desfavorecidos estão em situação de maior hipossuficiência. Isso impede que se aceite como válida a diminuição do valor da compensação pecuniária quando as condições sociais ou econômicas da vítima são menos favorecidas.

6.3 Responsabilidade civil, direitos da personalidade, condições socioeconômicas da vítima e dano moral.

Os abusos praticados pelo empregador serão indenizados de acordo com o instituto da responsabilidade civil, havendo recomposição patrimonial no caso de danos materiais e

⁴³⁸ SÃO PAULO, Tribunal Regional do Trabalho da 15a região, Campinas: RO 473-2005-124-15-00-6

⁴³⁹ GEERTZ, Clifford.. **A interpretação da cultura**. Rio de Janeiro: LTC, 1989, p. 44.

⁴⁴⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Audiência Pública. **Terceirização**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index.php> Acesso em: 29 dez. 2012.

compensação pecuniária no caso de danos morais - estes decorrem de violação a um direito da personalidade, ou seja, a direitos inerentes a todos os seres humanos e que lhe acompanham durante toda a sua vida, buscando individualizá-lo e garantir-lhe, independente de sua classe social, uma vida digna.

Quando se trata de um trabalhador vítima com pouca projeção econômica o valor é minorado, o que traduz a equivocada ideia/pré-conceito de que o desrespeito a tais seres humanos é menos grave. Entretanto, nenhuma norma ou fundamento da responsabilidade civil autoriza tal conclusão no tocante aos danos morais.

A linha é tênue: um dano pode – e deve – variar de acordo com o valor do prejuízo sofrido pela vítima. Entretanto, se no dano material o prejuízo é econômico, no dano moral o prejuízo é sentido noutro campo: no do ser, existir, sentir, viver e continuar vivendo. E este campo não está relacionando com o patrimônio da vítima.

Como já exposto, a tarifação deve ser considerada inconstitucional por ignorar o fato de que em situações concretas há detalhes que as tornam desiguais. A indenização por danos morais deveria, assim, variar de acordo com as particularidades do caso concreto, sem se prender às condições sociais, políticas ou econômicas da vítima.

As primeiras balizas a serem analisadas são as condições econômicas do ofensor – e somente dele – eis que uma pena muito alta para uma pessoa com pouca capacidade econômica pode penalizar em excesso, além de impedir o seu recebimento. Havendo, entretanto, maior capacidade econômica a pena deve ser maior, sob pena de não gerar efeitos.

O perfil das partes deve ser avaliado, sendo majorado caso o ofensor tenha por costume a agressão, mas minorada caso a vítima adote corriqueira postura de provocar ou ofender.

Deve-se ainda apurar como procederam no caso concreto: se a ofensa foi gratuita ou se houve provocação da outra parte, se foi causada dolosa ou culposamente, se após o fato houve real arrependimento.

Nesse sentido, a notícia do informativo do TRT da 3ª Região de 19/09/2012⁴⁴¹, já comentado, no qual “trabalhadora procurou a Justiça do Trabalho dizendo que era constantemente humilhada e constrangida pelo patrão em razão de sua opção sexual”, teve a

⁴⁴¹ MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Trabalhadora homossexual assumida consegue indenização por desrespeito no trabalho.** Notícias. 2013. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/noticias/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=7422&p_cod_area_noticia=ACS&p_cod_tipo_noticia=1>. Acesso em: 31 dez. 2012.

indenização reduzida em função de reclamante fazer piadas com sua sexualidade, pedindo “para ser chamada de ‘João’ pelos colegas” e chegando “até mesmo a levar um órgão genital masculino de brinquedo para o trabalho”. De acordo com a sentença o fato de a reclamante ter postura descontraída “não significa que não merecesse respeito”. Assim, “o tratamento dirigido à trabalhadora, inclusive na frente de terceiros, era ofensivo e causou dano moral”. Entretanto “a questão do comportamento da reclamante foi levada em consideração apenas para a fixação do valor da indenização”, pois, de acordo com o magistrado “a trabalhadora agia de uma maneira que poderia acabar estimulando a ação danosa”. Isso “forma alguma, justifica a conduta praticada pelo representante do réu”, mas “não pode ser deixado de lado na hora de fixar o valor da reparação”.

O tempo e o lugar do fato também são relevantes, podendo o mesmo valor ser irrisório em centros econômicos, mas excessivo em pequenas cidades do interior.

A indenização deve ter a função pedagógica, levando o ofensor a ponderar sobre o seu ato e sobre a desvantagem de sua prática. Assim, os pequenos valores atualmente praticados pecam por não cumprir essa função. Em grandes empresas, muitas, verdadeiras indústrias de desrespeito, a notícia sequer chega ao ofensor ou à sua direção, sendo apenas avaliada por um grande setor jurídico que pondera sobre as vantagens econômicas de se interpor um recurso.

A diferença, de acordo com José Roberto Freire Pimenta⁴⁴², é que nos países em que as indenizações são mais altas as pessoas temem o processo, fazem tudo para evitá-lo. No Brasil, em sentido contrário, o ofensor não apenas não teme a intervenção judicial como até mesmo orienta a vítima a “procurar o Judiciário”.

A pena deve ser suficiente para que o ofensor não considere aquele ato vantajoso, ou seja, deve ser suficiente para evitar que novas ofensas sejam praticadas.

Ademais, destaca-se que a indenização possui uma causa: a compensação pecuniária por um dano causado a um direito da personalidade. Em função deste possuir expressa previsão legal, também não se pode falar em ilicitude. Ademais, havendo uma postura de desrespeito ao ordenamento jurídico, pode a pena ser modulada de acordo com a gravidade do ato sem que isso configure qualquer ilegalidade.

Há que se indagar ainda se o ofensor não praticou o ato de forma reiterada obtendo, ele, uma vantagem ilícita daquela postura, por exemplo, mantendo seres humanos juntamente

⁴⁴² A construção foi feita nos Seminários de Doutorado do Programa de Pós-Graduação da PUC/MG no dia 16/11/12.

com animais. Nesse caso, o enriquecimento seria do empregador, que não investiu em acomodações para os seus empregados. E esse enriquecimento seria ilícito e sem causa.

Entretanto, o argumento de se evitar um enriquecimento pode ser utilizado desde que, após uma filtragem constitucional, passe a significar que a vítima não deve receber uma indenização desproporcional como as de milhões de dólares ocasionalmente deferidas no direito comparado. Deve ainda ser sopesado à luz do princípio da proteção do Direito do Trabalho.

6.4 Dignidade da pessoa humana, Estado Democrático de Direito, condições socioeconômicas da vítima e dano moral

Os danos morais possuem, portanto, íntima relação com a dignidade da pessoa humana, consagrada como fundamento do Estado Democrático brasileiro no art. 1º, III da Constituição de 1988.

Jorge Luiz Souto Maior⁴⁴³ fala em um Estado Democrático de Direito Social, que, para a sua implementação, necessita da “preservação da dignidade humana” por meio de “trabalho em condições saudáveis em todos os níveis e a promoção da vida fora do trabalho”, dentre outros elementos.

A dignidade possui valor binário e não comporta graduação: sim ou não, tem e não tem. Não há meio termo e não oscila de acordo com as condições socioeconômicas, exposição social ou capacidade econômica. Seus titulares a possuem por completo. Assim, se assegura dignidade a todo ser humano sem distinção de cor, raça ou condição social.

De fato, de acordo com a Constituição de 1988, todo homem é titular de direitos fundamentais que lhe asseguram igual integridade e inviolabilidade em suas dimensões físicas, existenciais e espirituais.

Dignidade está ligada exatamente a essa noção de que há algo que não está ligada ao dinheiro, mas sim a algo inerente a todo ser humano como ente moral, um direito a existir de forma digna. Mesmo que não possuam condição socioeconômica favorecida.

De modo ainda mais claro: basta existir na condução humana para ser titular de integral e irrestrita dignidade, que, por sua vez, será idêntica à de todos da grande família humana.

⁴⁴³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do trabalho**: teoria geral do Direito do trabalho, vol.I - Parte I. São Paulo: LTr, 2011, p. 583.

Todos são credores do mesmo respeito e consideração. E isso precisa ser considerado no momento de se fixar a compensação pecuniária por danos morais. Nesse sentido Jorge Luiz Souto Maior⁴⁴⁴ explica que “a temática pertinente aos direitos da personalidade é pertinente aos seres humanos enquanto entidade e, neste aspecto, devem ser abstraídas as posições sociais das pessoas.”

Noutro giro, o art. 5º da Constituição assegura o direito à igualdade que, embora não seja absoluto, só pode ceder caso exista uma justificativa plausível. E, como amplamente demonstrado, não há justificativa para se tratar de modo desigual a dignidade de uma pessoa somente em função da sua condição socioeconômica.

O princípio central do Direito do Trabalho é a proteção dos mais hipossuficientes. Não podemos inverter essa lógica ao trabalharmos a questão da quantificação da compensação por dano moral. Trata-se de forma perversa de discriminação, em arrepio ao princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Defende-se ser inconstitucional a utilização da capacidade econômica do trabalhador vítima como elemento para arbitramento o valor da condenação. Ora, se a dignidade não está relacionada com valores econômicos, a sua violação não pode ser medida com base em tais critérios. Admitir o elemento econômico como fator de cálculo da indenização, seja para aumentá-la ou diminuí-la, viola a igualdade e a dignidade da pessoa humana

Como restará demonstrado, há argumentos de outras ciências – contábeis, filosóficos, psicológicos – que fomentam essa mesma conclusão.

6.5 Da necessidade de tornar o desrespeito um fator econômico indesejado

O ato de agredir trabalhadores é totalmente desnecessário para qualquer processo produtivo. De fato, não existem produtos ou serviços que, para obter qualidade, demandem ofensas aos seres humanos por trás da sua fabricação.

Não há poções mágicas como às dos desenhos animados, feitos à base de chifres de unicórnios e lágrimas de sereias.

A agressão é invariavelmente evitável, e o sofrimento desnecessário.

Sendo a violência contra o trabalhador um elemento estranho ao sistema produtivo, é necessário que a penalidade consagre o repúdio a esse ato.

⁴⁴⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do trabalho**: teoria geral do Direito do trabalho, vol.I - Parte I. São Paulo: LTr, 2011, p. 674.

Mas o direito não mais se contenta com a lógica liberal da repressão ao ato nocivo, devendo ser também proativo para evitá-lo. A tutela ser o mais coincidente possível com o bem da vida desejado. No caso do dano moral, essa coincidência é impossível. Dessa forma, a melhor – talvez a única – forma de fugir da limitada e insuficiente noção liberal de punição posterior seja evitar que o dano ocorra. E para isso é necessário tornar o desrespeito um mau negócio. Mas a contabilidade da empresa indica hoje ser mais barato pagar eventuais condenações por danos morais do que investir em treinamento e educação dos seus empregados.

O dano moral passa a ser visto e sopesado como um custo da atividade, como a conta de água e a conta de luz, e não como um acidente que poderia e deveria ter sido evitado.

Além da compensação pecuniária deve o magistrado impor à empresa a necessidade de fornecimento de cursos para que todos os seus funcionários, especialmente o agressor, tenham ciência da necessidade de respeito no ambiente de trabalho.

Defende-se que essas medidas estão dentro da competência do juiz trabalhista, que não deve se limitar a aplicar as penalidades como uma mera boca da lei, como no Estado liberal, mas também promover medidas que busquem a prevenção de violências contra o trabalhador.

Ademais, as sequelas sociais da agressão: comprometem a funcionalidade do modo de produção e a legitimidade do Estado como garante da ordem social⁴⁴⁵.

6.6 O dano, o ofensor e a memória: um argumento de reforço

Ao lado de todos os argumentos acima apresentados, trazemos um argumento de conteúdo filosófico, social e psicológico que reforça a ideia de o valor da compensação por danos morais não poder ser reduzido em função das condições socioeconômicas da vítima.

Pois bem.

Giorgio Agamben⁴⁴⁶ critica a “mixórdia de eventos” que cerca o homem moderno. Há fatos “divertidos ou maçantes, banais ou insólitos, agradáveis ou atroz”, mas, quando o “homem moderno volta para casa à noitinha”, “nenhum deles se tornou experiência”. Há uma “banalidade do cotidiano”.

⁴⁴⁵ PALMEIRA SOBRINHO, Zeu. Tendências da responsabilidade acidentária e a reforma do pensamento jurídico. **Revista LTr**: Legislação do Trabalho e Previdência Social. São Paulo, v. 75, n. 10, p. 1178-1185, out. 2011.

⁴⁴⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Infância e história**: destruição da experiência e origem da história. Tradução de Henrique Burio. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 22.

Os gritos com os subordinados são penalizados com uma pequena indenização contabilizada como um custo normal na produção. O setor jurídico da grande empresa determina que os advogados externos recorram, recorram e, mais uma vez, recorram. A informação sequer chega ao ofensor ou aos que exercem o poder diretivo. Aliás, quando há alguma discussão sobre o tema, entendem que a culpa é da “indústria do dano moral”, que, a seu ver, ocorre nos tribunais. Afinal, o diminuto valor não demonstra a gravidade do fato.

A aplicação de penalidades mais altas teria o condão de mudar essa banalidade cotidiana. Se os valores de 2, 5 ou 10 mil reais sequer geram uma experiência, afirma-se que uma indenização por danos morais de 100, 200 ou 500 mil certamente seria tratada de forma diferente.

Paul Ricoeur⁴⁴⁷ afirma que é possível fazer um remanejamento da memória, trazendo à tona fatos que passariam a ser interpretados de outra forma. Assim a violência considerada normal seria reinterpretada em função da pesada punição, passando a ser vista sob outro foco.

Ao mudar a interpretação do passado a pena mais significativa muda a forma como o agressor vê a agressão. O normal se tornaria anormal. A regra a exceção. Dessa forma, ao alterar a memória o ser humano muda a sua identidade.

Destarte, embora o dano já causado não possa ser evitado, a aplicação de multas mais significativas pode contribuir para evitar outras agressões aos direitos da personalidade.

6.7 Novos costumes e uma humanização do ambiente de trabalho

A identidade do indivíduo não é autodeterminada, mas fruto de convívio em um meio repleto de valores políticos, culturais, filosóficos e religiosos. Existem subjetividades que determinam os padrões de comportamento da nossa sociedade: somos frutos do nosso meio e do nosso tempo. Nesse sentido, destaca Antônio Álvares da Silva⁴⁴⁸ que

Temos que aprender tudo, o contrário dos animais que têm a vida biológica escrita pela própria natureza.

Este salto ao mundo da cultura é próprio do ser humano. Cria instituições, fabrica, modifica, organiza e destrói. (...)

As abelhas e as formigas trabalham, com ordem, disciplina e perfeccionismo, porque a natureza as fez assim. Já o homem, que criou a sua própria ordem, não tem esta precisão. Recorre à experiência, Dirige a razão dos fatos, que retornam com dados ovos à razão. Cria, caminhando, seu próprio caminho na evolução permanente da história e dos tempos.

⁴⁴⁷ RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução: Alain François. Campinas, São Paulo: Editora da UNICAMP, 2007.

⁴⁴⁸ SILVA, Antônio Álvares. **Direito do trabalho no pós-moderno**. Belo Horizonte: RTM, 2010, p. 113-114.

O intelecto aprende com os fatos, mas os fatos também ensinam o intelecto.

Há, portanto, uma influência recíproca entre o homem e o mundo externo, em eterna (re)construção histórica de valores, que são “frutos da vivência”⁴⁴⁹.

Dessa forma, as práticas humanas não são inteiramente racionais, mas, em grande parte, decorrentes de uma imperceptível e inconsciente praxe interna ao sujeito que a pratica.

Clifford Geertz⁴⁵⁰ menciona a existência de uma antropologia cultural cognitiva que faz com que cada povo superestime determinadas questões consideradas mais relevantes, podendo-se extrair das questões escolhidas traços importantes de sua cultura. Assim, “a política de um país reflete a sua cultura” que não se traduz em “cultos e costumes, mas sim significados”. Geertz⁴⁵¹ cita ainda Max Weber, para quem o homem é um animal amarrado em teias de significados que ele mesmo teceu. A cultura é pública porque o significado o é.

A dignidade da pessoa humana é, assim, preenchida de acordo com os valores cultuados naquela sociedade. Há uma história das mentalidades e ela gera costumes e praxes muitas vezes institucionalizadas. A pressão, por exemplo, é tão intensa no Japão que leva crianças que acham que não atendem às exigências da sociedade ao suicídio. Como na Roma antiga, mencionada por Hannah Arendt, quem não obtém sucesso profissional na competitiva sociedade japonesa sentem como se não estivessem entre os homens. Essa pressão não é comungada em outras sociedades.

Os modelos se tornam fortes e se perpetuam até o momento em que um determinado setor da sociedade que goze de suficiente influência intervenha e mude a forma de pensar, promovendo uma verdadeira reprogramação social, ou, de acordo com Foucault, que se criem novos saberes. Assim, se na idade média era comum levar os filhos de dez anos para assistir a decapitações, enforcamentos e outras formas de execução, hoje a maioria dos pais não permite que filhos dessa idade assistam cenas violentas nem mesmo em um programa de televisão.

Nesse trabalho não se defende a recriminação de brincadeiras e da alegria, o que levaria à conseqüente morte do modo de vida do brasileiro. Estamos dizendo que se vários modelos foram alterados, pode-se implementar um novo modelo fundado no respeito, educação e dignidade da pessoa humana. A alegria deve ser incentivada. O desrespeito não.

⁴⁴⁹ A expressão é utilizada por Antônio Álvares Silva. (SILVA, Antônio Álvares. **Direito do trabalho no pós-moderno**. Belo Horizonte: RTM, 2010, p. 115.

⁴⁵⁰ GEERTZ, Clifford. **A interpretação da cultura**. Rio de Janeiro: LTC, 1989, p. 135.

⁴⁵¹ GEERTZ, Clifford. **A interpretação da cultura**. Rio de Janeiro: LTC, 1989, p. 10.

Pois bem. Vivemos hoje uma cultura de desrespeito ao ser humano, especialmente ao ser humano trabalhador, o que gera uma banalização do dano moral no ambiente de trabalho⁴⁵². Por trás do abuso do poder de direção há uma mentalidade que lhe dá suporte e que, em alguns casos, até mesmo a fomenta. Em algumas empresas o desrespeito chega a ser institucionalizado. Essa mentalidade prioriza a produção em detrimento da educação. Em muitos casos, o superior hierárquico não cria a pressão e a tensão, mas segue uma sequência, uma ordem, um efeito dominó. Cobra por ser cobrado.

A pena pecuniária é um importante mecanismo de alteração de postura do homem, especialmente do homem inserido em um mundo capitalista, pois reduz o que lhe é mais caro: o seu poder aquisitivo. Essa alteração pode ocorrer em função do receio de sofrer nova condenação ou, o que seria melhor, de uma consciência da necessidade de alterar a sua postura. Há ainda a possibilidade de o agressor alterar a sua postura em um primeiro momento, em função do receio de novas condenações, mas, com o tempo, perceber que o ambiente de trabalho no qual permanece durante horas, o seu dia se tornou mais leve e agradável, favorecendo também a ele, antigo ofensor.

A pena deve, assim, ser incentivada como instrumento de construção de uma nova postura de respeito ao ser humano. De fato, a redação da sentença é “pague tanto”, mas a norma contida em tal texto é muito mais ampla: sempre que houver desrespeito ao ser humano poderá haver pagamento para compensar tal violência.

Destarte a fundamentação ganha especial importância, pois, muito além do valor da compensação, o juiz colocará em primeiro plano a condição humana daquele ofendido.

Deve-se investir em raciocínios emancipatórios.

O poder de direção, tomando emprestadas as lições de Mario Stoppino, pode ser exercido de formas não conflituosas se o comportamento da outra parte for de determinado modo e, ainda, sem que a desigualdade seja explorada de forma desleal. Ora, o direito não se deve se limitar a proteger um bom trabalho ao trabalhador, mas sim assegurar a possibilidade de uma vida digna. Devemos preparar o trabalhador para a vida, e não apenas para aquele emprego, pois empregos são voláteis.

⁴⁵² Repita-se que o grande número de processos busca reparar esse frequente desrespeito com o ser humano. Assim, a verdadeira indústria do dano moral está no ambiente de trabalho, onde o trabalhador é tratado como uma mera utilidade sem consideração ao ser humano. Não nos tribunais.

De acordo com Hannah Arendt⁴⁵³, temos a capacidade de ser bons e de ser maus, de incentivar e de desmoralizar, tudo a depender da direção para qual se aponta o potencial. E, ainda de acordo com a autora, essa é uma questão que não está nas leis. Direito é um fenômeno vivo graças à linguística. De fato, o Direito foi reprogramado diversas vezes ao longo do tempo. O que se entende por trabalho foi alterado. Também o que se entende por igualdade, Estado, soberania, legalidade e tantos outros valores e institutos. O poder de direção pode (e deve) sofrer similar processo de alteração do seu significado, para que se consagre uma mentalidade que prime pelo respeito ao ser humano e a dignidade da pessoa humana.

⁴⁵³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

7 CONCLUSÃO

Constatou-se, pela presente pesquisa, que a vasta maioria das pessoas na sociedade atual sobrevive com os rendimentos do seu trabalho. Além dos frutos econômicos o trabalho gera benefícios sociais e psicológicos. O trabalho é, assim, fonte de construção do ser humano e da sua personalidade.

O trabalhador excluído e economicamente necessitado aceita qualquer trabalho e por qualquer remuneração. Precisa trabalhar. Isso gera hipossuficiência do trabalhador.

O trabalho vem sendo distorcido pelos exageros da produção capitalista. A dor do excesso e do desrespeito substitui o prazer do trabalho digno e comedido.

O princípio central do Direito do Trabalho é a proteção dos trabalhadores, que são hipossuficientes na relação de trabalho. O trabalhador mal remunerado possui hipossuficiência superior ao do trabalhador bem remunerado, necessitando de maior proteção. A utilização das condições socioeconômicas da vítima para fins de fixação do valor da compensação pecuniária por dano moral inverte a lógica inerente ao princípio da proteção e aprofunda a desigualdade inerente à relação trabalho. A conclusão independe de o vínculo ser empregatício, pois nas demais relações de trabalho também há um poder de direção da força de trabalho que deve ser humanizado.

A utilização das condições socioeconômicas da vítima para a fixação do valor da indenização por dano moral cria um ambiente ainda mais desigual e propicia a violências contra o mais frágil do que o existente no paradigma liberal de Estado, pois não se limita a ignorar as diferenças materiais como ocorre no paradigma liberal, utilizando as diferenças para proteger com menos veemência os mais frágeis.

Quantificar a indenização por dano moral considerando as condições socioeconômicas da vítima inverte a lógica do Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição de 1988, pois fornece maior proteção ao mais forte e menor proteção ao mais frágil. Também peca por ignorar que todo ser humano possui a mesma dignidade, pois seu valor não oscila de acordo com raça, credo, sexo ou condições socioeconômicas. Como se não bastasse, viola o princípio da igualdade por basear-se na ideia discriminatória de que a dignidade de quem possui um salário maior é superior à de quem possui um salário menor, sendo, portanto, inconstitucional.

A dignidade da pessoa humana deve ser observada pelo Estado e também pelos particulares, o que inclui os tomadores de serviços. Destarte o trabalho do ser humano deve ser regulado pela dignidade e não pela lei da oferta e procura.

O dano moral decorre de um ato lesivo a um direito da personalidade, que é parte do necessário para se ter uma vida digna. Os direitos da personalidade estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, que lhes fornece fundamento e alicerce. Com a sua proteção se fortalece o princípio da dignidade da pessoa humana. O Código Civil de 2002 consagra nos artigos 944 a 954 normas gerais sobre a forma de cálculo do dano sem se referir à forma de cálculo da compensação pecuniária por dano moral, mas essas não são suficientes.

Não se pode diferenciar questões existenciais com base em critérios materiais.

O grande número de processos busca reparar o frequente desrespeito com o ser humano no ambiente de trabalho. Assim, a verdadeira indústria do dano moral está no ambiente de trabalho, onde o trabalhador é tratado como uma mera utilidade sem consideração ao ser humano. Não nos tribunais.

A causação de um dano moral a um determinado trabalhador possui um alcance muito maior do que aquele problema pontual, pois, ainda que ocorra uma eventual compensação pecuniária posterior, persistirá uma racionalidade parasitária capitalista que levou àquela agressão e que possui potencial de levar a outras.

A fundamentação da sentença condenatória possui enorme relevância, pois, por meio dela, o juiz colocará em primeiro plano a condição humana daquele ofendido.

O valor da indenização deve ser suficiente para tornar o desrespeito um mau negócio sob o ponto de vista econômico/contábil. Além da compensação pecuniária deve o magistrado impor à empresa a obrigação de fornecer cursos para que todos os seus funcionários, especialmente o agressor, tenham ciência da necessidade de respeito no ambiente de trabalho.

REFERÊNCIAS

II CODICE CIVILE ITALIANO. **The Cardozo Electronic Law Bulletin**. 2000. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/codciv.htm>. Acesso em: 01 nov. 2012.

IV JORNADA DE DIREITO CIVIL: **Enunciados aprovados ns. 272 a 396**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>, Acesso em: 11 dez. 2012)

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. **Infância e história**: destruição da experiência e origem da história. Tradução de Henrique Burio. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

AGÊNCIA BRASIL. **No Acre, secretário diz que ajuda a haitianos chegou ao limite. D24am, Amazônia povos**. 2012. Disponível em: <<http://www.d24am.com/amazonia/povos/no-acre-secretario-diz-que-ajuda-a-haitianos-chegou-ao-limite/61667>>. Acesso em: 26 jun. 2012.

AGÊNCIA BRASIL. **Coiotos vendem aos haitianos ilusão de grandes salários no Brasil**. Terra. 2012. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,0I5850967-EI306,00-oiotes+vendem+aos+haitianos+ilusao+de+grandes+salarios+no+Brasil.html>>. Acesso em: 26 jun. 12.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ALBORNOZ, Suzana. **O que é trabalho**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ALMEIDA, L. P. Moitinho. **Enriquecimento sem causa**. 2a . ed, Lisboa: Almedina:1998.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano Existencial**: A tutela da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <https://encrypted.google.com/url?sa=t&rct=j&q=dano%20moral%20it%C3%A1lia&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CB4QFjAA&url=HTTP%3A%2F%2Fwww.mp.sp.gov.br%2Fportal%2Fpage%2Fportal%2Fcao_consumidor%2Fdoutrinas%2FDANO%2520EXISTENCIAL.doc&ei=OOGRULaOM4-a8gTv7YCIBw&usg=AFQjCNG56EWVYigfLmztGHYdWJAvPRXilA>. Acesso em: 22 nov. 2012.

ALVES, Amaury Cesar. A eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações trabalhistas. **Revista LTR**. ano 75 , n. 20, Out. 2011.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**: Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização punitiva**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136>. Acesso em: 12 dez. 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. rev. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: Teoria Geral. vol I. Coimbra: Coimbra, 1998.

AZEVEDO, Amanda Helena Guedes; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. O princípio da dignidade da pessoa humana como base para a diminuição do assédio moral nas relações de emprego. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v.49, n. 79, p. 201-211, jan/jun. 2009. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_79/amanda_azeredo_luiz_otavio_renault.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

BARAWATI, Parvis Papoli.. Disponível em: <<http://www.papoli-barawati.com/portugues/wissenswertes/rechtliche-rahmenbedingungen.html>>. Acesso em: 10 mar. 2012

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5ª ed. rev. e ampliada. São Paulo: LTr. 2009.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Manual de Direito Civil**: Direito das Coisas e Responsabilidade Civil. vol. 3. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

BARROS NETO, Nelson. Médico que receitou ‘cadeado na boca’ para mulher emagrecer é afastado. Cotidiano. **Folha de S. Paulo**. Salvador. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1183165-medico-que-receitou-cadeado-na-boca-para-mulher-emagrecer-e-afastado.shtml>>. Acesso em: 09 nov. 2012

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Macio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). **Discriminação**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário e outros temas contemporâneos**. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BESTER, Gisela Maria. Dezesesseis Anos de Constituição Federal, STF e interpretação retrospectiva: prejuízos aos direitos fundamentais pela falta de vontade de Constituição. In: **Direito Constitucional Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 333-359.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. vol. 2. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 13ª ed., 2007, 2008, 2009 (reimpressão).

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto. A Constituição e a dimensão privada do existir. In: SAMPAIO, José Adércio (Coord.). **15 anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PDC 1668/2002**. Projeto de decreto legislativo. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProporSicao=493145>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei e outras proposições**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_lista.asp?formulario=ormPesquisaPorAssunto&Ass1=dano+moral&co1=+AND+&Ass2=&co2=+AND+&Ass32=&Submit2=Pesquisar&sigla=&Numero=&Ano=&Autor=&Relator=&dtInicio=&dtFim=&Comissao=&Situacao=&OrgaoOrigem=todos>. Acesso em: 12 nov. 2012.

BRASIL. Constituição de 1988 (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de. **Vade mecum RT**. 7ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 17-159

BRASIL. **Lei nº 4117, de 27 de agosto de 1962**. Código brasileiro de Telecomunicações. 1962. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 10 mar. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 19 dez. 2012

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE nº 447.584-7-RJ**. Relator Ministro Cezar Peluso, Boletim da AASP nº 2522, p. 1353

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**. Disponível em: <. http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 28 ago. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal no **AgR 444.412-6-RS** (Ac. 2ª T. 12.8.03), Rel. Min Carlos Velloso. DJU 19.03.03.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. **STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais**. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679>. Acesso em: 28 ago. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Audiência Pública. **Terceirização**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index.php> Acesso em: 29 dez. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. **Mandado de segurança: MS 24932DF**. Processo: MS 24832 DF. Relator(a):Min. Cezar Peluso. Julgamento: 28/10/2009. Publicação: DJe-212 DIVULG 11/11/2009 PUBLIC 12/11/2009

BRASIL. **Vade Mecum**. 7. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 295.

CAIRO JÚNIOR. José Cairo. **O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador**. São Paulo: LTr, 2003.

CAMPOS, Roberto. **Distribuição de Renda**. Liberalismo. Roda Viva. 2007. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=2PJXoNI1LNg>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

CARDOSO, Renato César. **O trabalho e o direito**: reflexões acerca da evolução histórico-filosófica do trabalho enquanto objeto das relações jurídicas e da sua crise no direito do trabalho na contemporaneidade. 2ª ed. Belo Horizonte: RTM, 2010.

CARMO, Júlio Bernardo do. **O Dano Moral e sua Reparação no Âmbito do direito civil e do trabalho**. Disponível em: < http://mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_54/Julio_Carmo.pdf >. Acesso em: 20 dez. 2012.

CARNEIRO, Maria Francisca. Por uma epistemologia da pesquisa comparativa do dano moral. **Themis**, Fortaleza, v.3, nº 1, p. 61-87. 2000. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21147/epistemologia_pesquisa_comparativa.pdf?sequence=1>. Acesso em: 31 out. 2012

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional positivo. 14ª edição revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 1039.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CERDAS, Emerson. **A Ciropedia de Xenofonte**: um romance de formação na antiguidade. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011, p. 77, 93 e 105. Disponível em: <http://www.culturaacademica.com.br/_img/arquivos/A_Ciropedia_de_Xenofonte.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2012.

CHAVES, Eduardo. Disponível em: <<http://www.chaves.com.br/TEXTSELF/PHILOS/liberal.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. **Trabalho: do hoje para o amanhã**. São Paulo: LTr ; Caxias do Sul, RS : Universidade Caxias do Sul, 2006

CLÉVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 691, p. 304, 1993.

CLOT, Yves. **A função psicológica do trabalho**. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº. 1.957/20140**. Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 10 ago. 2012.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM.. Council of Europe. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf >. Acesso em: 10 ago. 2012

COOPER, Cary L. A natureza mutante do trabalho: o novo contrato psicológico e os estressores associados. In; ROSSI, Ana Maria; PRERREWÉ, Pamela L.; SAUTER, Steven. L. (Org.) **Stress e qualidade de vida no trabalho: perspectivas atuais da saúde ocupacional**. 1ª ed. 4ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 201.

COSTA, Orlando Teixeira. **Da ação trabalhista sobre dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Da ação trabalhista sobre dano moral in trabalho e doutrina**. n. 10. São Paulo: Editora Saraiva, set. 1996, p. 54-6.

CRISE DO PETRÓLEO. 1973. **Estadão**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/images/especiais/00/8B/D6/008BD62369BD44D5B11147F335B9B0C7.swf>>. Acesso em: 17 ago. 2012

CULTURA JAPONESA. Japonês. Disponível em: < <http://www.japones.net.br/cultura-japonesa/>>. Acesso em: 11 nov. 2012

CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002**. 1. ed. v. 1 Rio de Janeiro: Forense, 2005., p. 85-88.

CUNHA JÚNIOR, Dirley.. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 197.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 1995.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

DANAHER, Geoff; SCHIRATO, Tony; WEBB Jen. **Undestanting Foucault**. Sidney: Allen & Unwin.. Kindle edition. 2001.

DÄUBLER, Wolfgang. **Tribunais do Trabalho na República Federal da Alemanha**. Friedrich Ebert Stiftung. ILDES. São Paulo. 2001. Disponível em: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/angola/hosting/daeubler.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

DE CUPIS, Adriano. **El Dano**: Teoria General de la Responsabilidad Civil. 1975.

DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. Tradução de Liz Alberto Monjardim. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.

_____. **Capitalismo, trabalho e emprego**. São Paulo: LTr, 2010.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

_____. Globalização e hegemonia: cenários para a desconstrução do primado do trabalho e do emprego no capitalismo contemporâneo. **Revista LTr**. vol 69, n.º 05, maio de 2005. p. 543.

_____. Relação de emprego e relações de trabalho: a retomada do expansionismo do direito trabalhista. In: SENA, Adriana Goulart; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coord.). **Dignidade e inclusão social**: caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2010.

_____. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. **Revista LTr**. vol. 75, n. 10, Out. 2011

DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. Tradução de Liz Alberto Monjardim. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

DE MASI, Domênico. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Tradução de Yadir A. Figueiredo. Rio de Janeiro/Brasília: José Olympio. p. 279

DHNET. **Código de Hamurábi**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em: 11 out. 2013.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª edição revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Bedford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Da responsabilidade civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. vol. I: teoria geral do direito civil. 26ª edição reformulada. São Paulo, 2009, p. 577.

_____. **Curso de Direito Civil brasileiro**. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. vol. 7. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIREITO MEDIEVAL JAPONÊS. Scribd. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/52258074/Direito-Japones>>. Acesso em: 16 out. 2012.

DUNN, Pintip Hompleum. How Judges Overrule: Speed act theory and the doctrine of stare decisis. **The Yale Law Journal**. 2003. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/the-yale-law-journal/note/how-judges-overrule:-speech-act-theory-and-the-doctrine-of-stare-decisis/>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

ESPADA, Cynthia Maria da Fonseca. **O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008.

ESPANHA. **Acórdão 53** de 11 de abril 85.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo. 1999.

FARIA, Carlos Alberto Pimenta de. Uma genealogia das teorias e tipologias do Estado de bem-estar social In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Org.). **O Estado do Bem-Estado Social no Século XXI**. São Paulo: LTr, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da língua portuguesa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1994/1995, 513 p.

FERREIRA, Eduardo Oliveira. **O poder Judiciário do Japão**. Letras jurídicas. Disponível em: <<http://letrasjuridicas.blogspot.com.br/2008/10/o-poder-judicirio-do-japo.html>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. **Dano moral**. Múltiplos aspectos nas relações de trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 674.

FEST, Joaquim. **Hitler**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

FLORINDO, Vladimir. **Dano Moral e o Direito do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 53.

FOLHA ON LINE. O Segundo Choque do Petróleo em 1979. Petróleo. **Folha de S. Paulo**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/foha/dinheiropetroleo_choque2.shtml>. Acesso em: 27 nov. 2012.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1988a, p. 179-191.

FRANÇA, R. Limongi. **Reparação do dano moral**. Revista do Tribunais. vol. 631, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 29

_____. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. vol. I. Parte geral. 8ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Novo curso de Direito Civil**. vol. III. Responsabilidade civil. 8ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação da cultura**. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

GERMAN CIVIL CODE. Juris. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3319>. Acesso em: 11 dez. 2012.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. **O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa**. Porto: Coimbra Editora, 1998.

GOMES, Orlando. **Novos temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. vol. I: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010.

GERRA DO YOM KIPPUR. **Conflitos da Guerra Fria**. Área Militar. 1973. Disponível em: <<http://www.areamilitar.net/HISTbcr.aspx?N=106>>. Acesso em: 17 nov. 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. vol. II, tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1977.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho**: redefinido o assédio moral. Trad. Rejane Janowitz. 2.ed., Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil. 2005.

IBGE: Expectativa de vida dos brasileiros aumenta para 73 anos. **Jornal Nacional**. Globo G1. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/06/ibge-expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumenta-para-73-anos.html>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Pesquisa nacional por amostras de domicílios**: síntese de indicadores 2001. Departamento de Empregos e Rendimentos. Rio de Janeiro: IBGE, 2002. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2001/sintese2001.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

JANSEN, Euler Paulo de Moura. A fixação do Quantum indenizatório do dano moral. **Revista Jus Vigilantibus**. 2004. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1841>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

JARDIM, Sílvia Rodrigues. O trabalho e a construção do sujeito. In: SILVA FILHO, João Ferreira da; JARDIM, Sílvia Rodrigues (Org.) **A danação do trabalho: relações de trabalho e sofrimento**. Rio de Janeiro. Te Corá Editora, 1997.

JOBIM, Nelson de Azevedo. A Constituinte vista por dentro: vicissitudes, superação e efetividade. In: SAMPAIO, José Adércio (Coord.). **15 anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1992.

KOROKU, Tonia Yuka. **Os direitos humanos no Japão**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/asia/koroku_dh_no_japao.pdf>. Acesso em: 11 out. 2012.

KUHNLE, Stein, O Estado de Bem-Estar Social nos países nórdicos. In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Org.). **O Estado do Bem-Estar Social no Século XXI**. São Paulo: LTr, 2007

LEITE, Isabela Fernandes Soares. **Criação Híbris e transgressão na mitologia heroica**. Disponível em: <<http://www.ijpr.org.br/doc/monografias/Trabalho%20de%20Isabela%20Fernandes%20-OCria%C3%A7%C3%A3o,%20H%C3%Bdbris%20e%20Transgress%C3%A3o%20na%20Mitologia%20Her%C3%B3ica.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2012.

LE ROY, Max. **L'Évaluation du préjudice corporel**. Paris: Libraires Techniques, 1956.

LIMA, Zulmira Pires de. **Algumas considerações sobre a responsabilidade civil por danos morais** in Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 2º suplemento, v. XV, Coimbra, 1940, , p. 240.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. vol. 2. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 218.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos Humanos 29 – Co-Gestão** 1991. Disponível em: <<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2011/05/345-direitos-humanos-29-co-gestao.html>>. Acesso em: 25 out. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil**. vol.1. Teoria geral do processo. 3ª ed. 2008. São Paulo: RT, 2008.

MASLACH, Cristina. Entendendo o burnout. In; ROSSI, Ana Maria; PRERREWÉ, Pamela L.; SAUTER, Steven. L. (Org.). **Stress e qualidade de vida no trabalho: perspectivas atuais da saúde ocupacional**. 1ª ed. 4ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2010.

MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, Leon; TUNC, André. **Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual**. 5ª ed. Tradução de Luis Alcalá-Zamora y Castilho. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. t. 3, v.1, 1961, p. 424.

MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de. **Reparação do dano moral no direito estrangeiro**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 17 de dez. de 2001. Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1036/reparacao_do_dano_moral_no_direito_estrangeiro o >. Acesso em: 11 nov. 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. 15ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidade legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região. **Processo: RO -14066/06**; Data de Publicação: 07/10/2006; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello; Revisor: Antonio Alvares da Silva; Divulgação: 06/10/2006. DJMG p. 16

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região. **Processo: RO -19655/08**; Data de Publicação: 25/10/2008; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator: Convocado Antonio G. de Vasconcelos; Revisor: Convocado Danilo Siqueira de C.Faria; Divulgação: DJMG . p. 7.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região. **Processo: 01508-2005-050-03-00-8 RO (RO -14066/06)** Data de Publicação: 07/10/2006, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator: Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello, Divulgação: DJMG . p.16.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região. **Processo: 00434-2011-151-03-00-5 RO**; Data de Publicação: 24/02/2012; Órgão Julgador: Nona Turma; Relator: Joao Bosco Pinto Lara; Revisor: Ricardo Antonio Mohallem; Divulgação: 23/02/2012. DEJT. p.191.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região. **Processo: 00969-2008-101-03-00-4 RO**; Data de Publicação: 01/02/2010; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator: Cesar Machado; Revisor: Convocado Danilo Siqueira de C.Faria; Divulgação: 29/01/2010. DEJT. p. 50.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região. **Processo: 0000443-16.2011.5.03.0079 RO**, Data de Publicação: 30/07/2012, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator: Júlio Bernardo do Carmo, Revisor: Maria Lucia Cardoso Magalhaes, Divulgação: 27/07/2012. DEJT. p. 74.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho da 3.^a Região. **Processo: RO 0001316-37.2010.5.03.0051**, Data de Publicação: 15/06/2012, Órgão Julgador: Oitava Turma, Relator: Marcio Ribeiro do Valle, Divulgação: 14/06/2012. DEJT. p. 135.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho 3.^a Região. **Trabalhadora homossexual assumida consegue indenização por desrespeito no trabalho**. Notícias. 2012. Disponível em: http://as1.trt3.jus.br/noticias/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=7422&p_cod_area_noticia=ACS&p_cod_tipo_noticia=1>. Acesso em: 25 jan. 2013

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho 3.^a Região, **Processo 0037000-66.2008.5.03.0027**, Data de Publicação: 14/09/2009, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator: Luiz Otávio Linhares Renault, Revisor: Julio Bernardo do Carmo, Divulgação: 11/09/2009. DEJT. p. 72.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho 3.^a Região, **0060300-13.2006.5.03.0032**, Data de Publicação: 09/11/2009, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator: Luiz Otávio Linhares Renault, Revisor: Julio Bernardo do Carmo, Divulgação: 06/11/2009. DEJT. p. 117.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho 3.^a Região, **0140500-08.2008.5.03.0009 RO**, Data de Publicação: 14/09/2009, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator: Luiz Otávio Linhares Renault, Revisor: Júlio Bernardo do Carmo, Divulgação 11/09/2009. DEJT. p. 104

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho 3.^a Região: **00290-2003-043-03-00-4**, Data da Decisão: 05/11/2003, Data de Publicação: 15/11/2003, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator: Paulo Araújo.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho 3.^a Região; **Processo: 00434-2011-151-03-00-5 RO**; Data de Publicação: 24/02/2012; Órgão Julgador: Nona Turma; Relator: Joao Bosco Pinto Lara; Revisor: Ricardo Antonio Mohallem; Divulgação: 23/02/2012. DEJT. p. 191.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho 3.^a Região; **Processo: 00969-2008-101-03-00-4 RO**; Data de Publicação: 01/02/2010; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator: Cesar Machado; Revisor: Convocado Danilo Siqueira de C.Faria; Divulgação: 29/01/2010. DEJT. p. 50.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO – MTE. **Quadro Geral das Operações de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo – SIT/SRTE 1995 a 2010**. 2011. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/fisca_trab/quadro_resumo_1995_2010.pdf>. Acesso em: 21 maio 2012.

MINOZZI, Alfredo. **Studio sul Danno non Patri moniale, Danno Morale**. 3.^a edição, Itália: Società Editrice Libreria, 1901, p. 41.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à Lei de Imprensa**, 3.^a ed., n.º 713, São Paulo: Revista dos Tribunais. ,mar. 1995. p. 733.

MORANGE, Jean. **Direitos Humanos e Liberdades Públicas**. 5.^a ed. rev. e ampl. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho**. Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

OKSALA, Johanna. **Como ler Foucault**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges/ revisão técnica de Alfredo Veiga-Neto, Karla Saraiva. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

OLIVEIRA, Milton. **Dano Moral**. São Paulo: LTr, 2011.

OLIVER, Paul. **Foucault: the key ideas**. UK. Hodder Headline. 2010. Kindle edition.

PALMEIRA SOBRINHO, Zeu. Tendências da responsabilidade acidentária e a reforma do pensamento jurídico. **Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social**, São Paulo, v. 75, n. 10, p. 1178-1185, out. 2011.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2002.

PEDREIRA, Pinho. **A reparação do dano moral no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Instituições de Direito Civil**. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PESSOA, Rosana Santos. Assédio moral nas relações de trabalho e o sistema jurídico brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2446, 13 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14520>>. Acesso em: 11 set. 2012.

PIMENTA, José Roberto Freire. Aspectos processuais da luta contra a discriminação, na esfera trabalhista. A tutela antecipatória como mecanismo igualizador dos litigantes trabalhistas. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Macio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). **Discriminação**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

POCHMANN, Márcio. Desigualdade salarial. **Revista Fórum**. 2011. Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/conteudo/detalhe_materia.php?codMateria=1408>. Acesso em: Colocar a data de acesso

REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. 2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em: 29 out. 2012

REHDER, Marcelo. Jornalista sai em defesa do liberalismo. Notícias. **Estadão**. 2009. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaoDehoje/20090216/not_imp24451,0.php>. Acesso em: 28 ago. 2012.

RESENDE, Paulo S. **Tripalium**. Disponível em: < <http://paulosresende.wordpress.com/works-in-progress/tripalium/> Acesso em: 30 jun. 2012.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução: Alain François. Campinas, São Paulo: Editora da UNICAMP, 2007.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Direito de Todos e para Todos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

RODENAS, Maria José. **Protección frente al acoso moral en el trabajo**. Tercera edición. Albacete, España: Editorial Bomarzo S.L. 2005, p. 81/82.

RODRIGUES, Bruno Alves. Novo Paradigma de Subordinação na Relação de Emprego. **Rev. Trib.Reg. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 39, n. 69, p. 57-74, jan/jun. 2004. Disponível em:<http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Bruno_Rodrigues.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2012.

RODRIGUES, Sílvio. **Responsabilidade Civil**. 18ª ed. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 191.

ROSSI, Ana Maria; PRERREWÉ, Pamela L.; SAUTER, Steven. L. (Org.) **Stress e qualidade de vida no trabalho: perspectivas atuais da saúde ocupacional**. 1ª ed. 4ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2010.

SANTANA, Ana Lúcia. **Era Meiji**. Info Escola. 2010. Disponível em: < <http://www.infoescola.com/japao/era-meiji/> >. Acesso em: 21 out. 2012

SANTOS, João Bosco Feitosa dos. **O avesso da maldição do Gênesis: a saga de que não tem trabalho**. São Paulo: Annablume; Fortaleza: Secretaria da Cultura e Desporto do Governo do Estado de Ceará, 2000.

SÃO PAULO, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região: **RO 473-2005-124-15-00-6**.

SÃO PAULO, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região, 5ª turma – 10ª Câmara, recurso ordinário, **processo n. 0025100-32.2006.5.15.0089**, juiz relator: Marcos da Silva Pôrto, origem: 2ª vara do trabalho de Bauru.

SARLET, Ingo Wolfgang, Direitos fundamentais e cláusulas pétreas: os direitos fundamentais sociais e o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. In: SAMPAIO, José Adércio (Coord.). **15 anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org). **Leituras complementares de processo civil**. 6ª edição revista e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 77.

_____. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. In: SAMPAIO, José Adércio (Coord.). **15 anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SAVATIER, René. **Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français**. 1951. Tomo II, nº 525.

SECRETARIA DA EDUCAÇÃO, Governo do Estado do Paraná. Disponível em: <<http://www.sociologia.seed.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=334>>. Acesso em: 04 jul. 2012.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização Punitiva**. Biblioteca Digital da USP. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>. Acesso em: 20 dez. 2012).

SCHIAVI, Mauro. **Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho: os novos desafios da justiça do trabalho após o código civil de 2002 e a emenda constitucional 45/2004**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

SILVA, Antônio Álvares. **Direito do trabalho no pós-moderno**. Belo Horizonte: RTM, 2010.

_____. **Co-gestão no Estabelecimento e na Empresa**. São Paulo: LTr, 1991.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulo jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2010.

SILVA, Leda Maria Messias da. Dano moral: direitos da personalidade e o poder empregatício do empregador. **Revista LTr**. vol 69, n. 04, Abril 2005.p.421

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros. 2002.

SILVA, Wilson de Melo. **O dano Moral e sua Reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SOBRAL, Eliane. Ronaldo sai. As marcas ficam. Negócios. **Istoé dinheiro**. n. 698, fev. 2011. Disponível em: <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/49749_RONALDO+SAI+AS+MARCAS+FICAM>. Acesso em: 21 out. 2012.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do trabalho: teoria geral do Direito do trabalho**. vol. I - Parte I. São Paulo: LTr, 2011.

_____. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**. São Paulo, LTR, 2000.

_____. **Relação de Emprego e direito do trabalho:** no contexto da aplicação da competência da justiça do trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho.** 18ª edição, vol I. São Paulo: LTr, 1999.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho.** São Paulo: LTr, jul. 2005.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas.** São Paulo: LTr, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 39.

_____. **Temas de Direito Civil.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001, p. 175-176.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral.** Belo Horizonte: Del Rey. 2010.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Brasília, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** responsabilidade civil (coleção direito civil; v. 4). 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VIANA, Márcio Túlio. O dia a dia do juiz e as discriminações que o acompanham. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). **Discriminação.** 2ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

VIDIGAL, Márcio Flávio Salem. **Trabalho e direito do Trabalho.** Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/77_trabalho_direito_trabalho.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2012.

VIEIRA, Carlos Eduardo Carrusca; BARROS, Vanessa Andrade; LIMA, Francisco de Paula Antunes. **Psicologia em Revista.** Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 155-168, jun. 2007, p. 156

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e a sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais de reforma.** São Paulo: Malheiros, 1999.

ZITSCHER, Harrie Christiane. **Introdução ao direito civil alemão e inglês.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ŽIŽEK, Slavoj. **Roda Viva.** 2009. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=boRoSOrP5a0>>. Acesso em: 14 mar. 2012