

JOSÉ AFFONSO DALLEGRAVE NETO

**FUNDAMENTOS PARA UMA TEORIA CRÍTICA DA RESPONSABILIDADE
CIVIL PROVENIENTE DA (IN)EXECUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO À
LUZ DO SOLIDARISMO CONSTITUCIONAL**

CURITIBA
2002

JOSÉ AFFONSO DALLEGRAVE NETO

**FUNDAMENTOS PARA UMA TEORIA CRÍTICA DA RESPONSABILIDADE
CIVIL PROVENIENTE DA (IN)EXECUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO À
LUZ DO SOLIDARISMO CONSTITUCIONAL**

Tese apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de doutor, no
Curso de Pós-Graduação em Direito, do
Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.^a Doutora Aldacy
Rachid Coutinho

CURITIBA
Junho/2002

JOSÉ AFFONSO DALLEGRAVE NETO

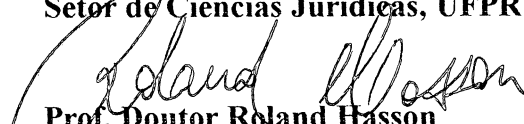
**FUNDAMENTOS PARA UMA TEORIA CRÍTICA DA RESPONSABILIDADE
CIVIL PROVENIENTE DA (IN)EXECUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO À
LUZ DO SOLIDARISMO CONSTITUCIONAL**

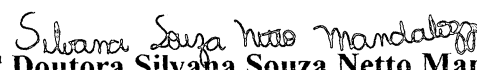
Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor no Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador:


Prof.ª Doutora Aldacy Rachid Coutinho
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Prof. Doutor Ricardo Marcelo Fonseca
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Prof. Doutor Roland Hasson
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Prof.ª Doutora Silvana Souza Netto Mandalozzo
Setor de Ciências Jurídicas, UFSC


Prof. Doutor Eroulths Cortiano Júnior
Setor de Ciências Jurídicas, UFSC

Curitiba, agosto de 2002.

***“O efeito da justiça será paz, e o fruto da justiça, repouso
e segurança, para sempre...”***

Isaías: 32, 17

*À Deborah e meus filhos,
Pietra e Pedro, pelas horas de
convívio furtadas.*

*A todos os amigos e
professores que direta ou
indiretamente contribuíram para a
elaboração desta tese.*

*A Deus, por seu amor e
aliança para com seus filhos.*

SUMÁRIO

RESUMO _____ viii

ABSTRACT _____ ix

RÉSUMÉ _____ x

INTRODUÇÃO _____ 001

PARTE I. O CONTRATO DE TRABALHO COMO FONTE DE OBRIGAÇÃO

1.Obrigação, dever e sujeição _____ 004

2. Obrigação, ônus e responsabilidade _____ 016

3. Relação jurídica obrigacional vista numa perspectiva dinâmica _____ 018

4. Elementos da relação obrigacional _____ 022

4.1. Sujeitos _____ 022

4.2. Objeto _____ 028

4.3. Garantia _____ 035

4.4. Fato Jurídico _____ 038

5. Contrato de Trabalho como fonte de obrigação _____ 039

PARTE II. RESPONSABILIDADE CIVIL - CLASSIFICAÇÃO E EVOLUÇÃO CONCEITUAL

1. Conceito, fundamentos e distinção entre responsabilidade civil e penal _____ 045

2. Responsabilidade civil contratual e extracontratual _____ 048

3. Responsabilidade subjetiva e objetiva: evolução histórica _____ 057

4. Teorias objetivas do risco _____ 065

5. Teoria do risco da atividade econômica _____ 073

PARTE III: ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1. Espécies de responsabilidade no contrato de trabalho _____ 077

2. Inexecução contratual _____ 080

3. Ato ilícito e culpa _____ 088

4. Dano material e moral _____ 095

5. Nexo causal e excludentes da responsabilidade _____ 105

PARTE IV: RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ACIDENTE DO TRABALHO

1. Custeio do seguro de acidente do trabalho	111
2. (Im)possibilidade de compensar as indenizações	113
3. Competência para a ação acidentária civil	117
4. Constitucionalização da responsabilidade civil	124
5. Divergências e novas tendências jurisprudenciais	129

PARTE V. RESPONSABILIDADE POR ATO DO EMPREGADO PREJUDICIAL A TERCEIROS OU AO EMPREGADOR

1. Responsabilidade por fato de outrem	135
2. Presunção absoluta de culpa do empregador	139
3. Teorias que fundamentam a presunção de culpa	143
4. Ação reparatória do empregador em face do empregado	146
5. Assédio sexual como caso tópico	151

PARTE VI. SISTEMA JURÍDICO E PROEMINÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO

1. Sistema jurídico aberto e fechado	158
2. Da técnica das cláusulas gerais	163
3. A tópica de Vieweg e a proeminência da Constituição	175
4. A proposta de Canotilho para um constitucionalismo reflexivo	181
5. Estado democrático de direito e neoliberalismo: uma tensão ressoada	187

PARTE VII. FUNDAMENTOS PARA UMA TEORIA CRÍTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA ESFERA DO CONTRATO DE TRABALHO

1. Solidarismo contratual previsto na Constituição Federal	197
2. Arcabouço de uma nova concepção de contrato de trabalho	207
3. Repersonalização dos sujeitos do contrato de trabalho	222
4. A boa-fé objetiva na esfera do contrato trabalhista	233
5. Solidarismo e responsabilidade civil	240

CONCLUSÃO	246
------------------	-----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	248
-----------------------------------	-----

INTRODUÇÃO

Vivemos um paradoxo nos dias correntes. De um lado uma Constituição que consagra o Estado Democrático de Direito e sua opção para um solidarismo que coloca o homem no centro do sistema jurídico, encerrando normas, preceitos e princípios que reconhecem e asseguram a dignidade do ser humano, impondo à ordem econômica o primado do trabalho, a função social da propriedade e a busca do pleno emprego. De outro lado verificamos um modelo de Estado que submete à eficiência econômica todos os valores sociais e políticos, priorizando o capital, sobretudo o especulativo, e abrindo portas para a instauração plena de uma economia de corte globalizada. É, pois, a pujança do Neoliberalismo.

O novel modelo, de forma arguta, traz motes como da “modernidade” e “flexibilização” quando se trata ultimar um de seus objetivos nucleares: a desregulamentação da relação trabalho-capital.

Neste compasso, surge a reestruturação produtiva e suas técnicas de *downsize* e avaliação rigorosa sobre a figura do empregado que, no novo contexto, além de ser multifuncional e versátil, deve submeter-se às novas mudanças que têm em mira a maior produtividade da empresa. O poder de comando do empregador chega às raias do abusivo, tratando o empregado como “mercadoria descartável”. Os danos materiais e morais infligidos ao empregado, daí resultantes, além de inevitáveis vêm se “sofisticando”.

A partir desse quadro de profusão de danos e abusos do poder de comando patronal, a presente tese colima contribuir na formulação de uma teoria crítica da responsabilidade civil proveniente da execução do contrato de trabalho e da inexecução de suas obrigações. Para tanto, buscamos na proeminência

da Constituição Federal e seu quadro axiológico a base de sustentação da teoria ora exsurgida. Assim, a premissa epistemológica adotada é o que Edmundo Lima de Arruda Júnior denomina de *plano do instituído sonogado*¹, buscando o operador jurídico a eficácia dos direitos positivados e institucionalizados, contudo sonogados na práxis forense.

A *primeira parte* examina o contrato de trabalho em sua estrutura obrigacional, iniciando pelos conceitos básicos de obrigação, dever e sujeição, passando pelos elementos da relação jurídica vista em sua perspectiva dinâmica e finalística, como processo, até chegar na abordagem do contrato como fonte de obrigações.

A *segunda parte* da tese adentra no instituto da responsabilidade civil, investigando seu conceito, fundamentos e espécies, enfatizando a evolução histórica do instituto que de uma responsabilidade calcada na culpa passa, ao longo do tempo, à abrir espaços para a teoria objetiva do risco em suas várias espécies.

Na *terceira parte* elencam-se e examinam-se os elementos da responsabilidade civil, enaltecendo que na esfera do contrato individual de trabalho há duas espécies: a responsabilidade oriunda da inexecução contratual e a responsabilidade por dano acometido em razão do cumprimento do contrato de trabalho.

A tese, em sua *quarta parte*, adentra na responsabilidade civil decorrente do acidente do trabalho. Iniciando o exame do custeio do seguro de acidente do trabalho pelo empregador, faz a baliza entre ação acidentária civil e ação acidentária previdenciária à luz do fenômeno da

¹ ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Introdução à sociologia jurídica alternativa. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 184.

constitucionalização que sofreu o instituto, sempre registrando o posicionamento jurisprudencial dos pretórios civis e trabalhistas.

Aborda-se, na *quinta parte*, a responsabilidade do empregador por ato do empregado que lesa terceiro e por ato obreiro que lesa o patrimônio do empregador. Após analisarmos a presunção absoluta de culpa da empresa por ato de seus empregados e suas inúmeras teorias, examina-se ação movida pelo empregador em face do empregado para reparar o prejuízo por esse causado, elegendo o assédio sexual como caso tópico.

Na *sexta parte* expõe-se conceito de sistema jurídico e suas espécies: tipo fechado e aberto. A partir do sistema aberto, aborda-se a técnica das cláusulas gerais e da tópica viewegniana, enaltecendo a proeminência da Constituição. Ao final, enfrenta-se o atual momento de tensão entre o Estado Democrático de Direito e a força do modelo Neoliberal, verificando, de forma crítica, a recente proposta de Gomes Canotilho.

Finalmente, na *sétima parte* sistematiza-se os elementos do solidarismo constitucional e sua novel concepção de contrato, sem olvidar a necessária repersonalização dos sujeitos do contrato de trabalho (trabalhador e empresa) e a boa-fé objetiva que deve nortear as obrigações. Em face dos elementos colhidos apresenta-se diretivas para uma teoria crítica da responsabilidade civil oriunda da (in)execução do contrato de trabalho.

PARTE I: O CONTRATO DE TRABALHO COMO FONTE DE OBRIGAÇÕES

1. Obrigação, dever e sujeição

Para que se possa, ao final da tese, fincar fundamentos de uma teoria capaz de examinar com proficiência a responsabilidade civil oriunda da (in)execução² do contrato de trabalho, deve-se, antes, investigar o próprio contrato como fonte de obrigação. Ainda, para uma melhor análise da tessitura que circunscreve a teoria, inicia-se a tese a partir do exame da relação jurídica obrigacional, vista em seu exato conceito, distinções e elementos.

A expressão *obrigação* pode ser utilizada em algumas oportunidades de forma ampla, outras vezes de maneira restrita e em alguns momentos de modo equivocado. Tecnicamente, obrigação é espécie do gênero *dever*, reservando-se o termo para significar o dever correlato a um direito de crédito³. A fim de melhor delimitar seu conceito, faz-se mister retroceder à teoria geral da relação jurídica⁴, investigando a baliza existente entre obrigação, dever e sujeição.

Em sentido amplo, relação jurídica é qualquer relação da vida social capaz de produzir efeitos jurídicos e, portanto, regulamentado pelo Direito. Em sentido estrito, relação jurídica é “a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante atribuição a uma pessoa de um direito subjectivo e a

² A expressão “(in)execução” significa que o dano a ser reparado na órbita trabalhista tanto pode decorrer da simples execução do contrato - *ocasião em que o empregado é acometido de dano em face do simples exercício de sua função contratual* – ou da inexecução do contrato – *ocasião em que o dano resulta da inadimplência patronal acerca de suas obrigações e deveres*. No curso da tese será explicitado e demonstrado a existência dessas duas espécies de responsabilidade civil manifestadas no contrato individual de trabalho.

³ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12ª ed. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 11.

⁴ Conforme assinala o saudoso civilista lusitano, Manuel A. Domingues de Andrade: “a parte geral do direito civil compreende duas grandes teorias: - a teoria geral do direito objetivo; - a teoria geral da relação jurídica, que redunda no fim das contas – em certo sentido – numa teoria geral do direito subjectivo.” ANDRADE, Manuel A. Domingues de *Teoria geral da relação jurídica*. v. 01, Coimbra: Almedina, 1992, p. 01.

imposição a outra pessoa de um dever jurídico ou de uma sujeição”⁵. A relação de emprego é, pois, um exemplo de relação jurídica existente entre o empregador que impõe ao empregado o dever de trabalhar de forma pessoal e subordinada.

Observa-se no conceito grafado que na relação jurídica há pelo menos dois sujeitos: um que detém o direito subjetivo (sujeito ativo) e outro que fica submetido a um dever ou a um estado de sujeição (sujeito passivo).

Como as relações jurídicas são predominantemente relações humanas, pressupõe-se que todas são constituídas de um vínculo pessoal. De fato, a relação social é, por definição, relação entre homens, mas isso não significa que o Direito disciplina apenas relações sociais, nem que outras sujeições, como a de coisa ao homem, não possam ter igual qualificação jurídica. A relação jurídica nem sempre se confunde com a relação humana, vez que outros tipos de vinculação também se classificam como autênticas relações jurídicas.

Foi Windscheid quem limitou o conceito de relação jurídica a vínculo entre pessoas, apadrinhando a idéia de que toda relação jurídica há de ter, necessariamente, sujeito passivo. “Durante algum tempo, a doutrina inclinou-se para essa *concepção personalista*, de que resultou a construção teórica dos *direitos reais* como integrantes de relações jurídicas entre um sujeito ativo e um sujeito passivo indeterminado”⁶. Mais tarde verificou-se a desnecessidade de tal construção: “nem é preciso imaginar a existência de sujeito passivo universal para defini-las, uma vez que, tecnicamente, torna-se possível conceber relação entre pessoas e coisa, e, até, relação jurídica entre coisas.”⁷

⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra ed. 1996, p. 167. Ambos os autores portugueses, Mota Pinto e Manuel Andrade, esclarecem que, via de regra, o direito do credor é de *exigir* a prestação do devedor, sob pena de execução coercitiva. Contudo, em relação às chamadas obrigações naturais – vg: dívidas prescritas – há somente o direito de *pretender*, pois ao credor não há como exigí-la judicialmente.

⁶ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 83.

⁷ Idem. Ibidem, p. 83. Não se ignore que a relação jurídica obrigacional se diferencia da relação jurídica real, sobretudo, porque enquanto o titular do direito pessoal de crédito (obrigacional) pode exigir a prestação de um sujeito passivo determinado, o titular do direito real pode reivindicar a coisa de quem quer que seja, em face do chamado direito de seqüela. A individualização do sujeito

Conforme assinala Francisco Amaral: “o não cumprimento do dever geral de abstenção, nos direitos absolutos, configura ato ilícito, enquanto nos direitos relativos consiste a infração do dever especial, gerando-se, em ambos os casos, a obrigação de reparar o dano, a chamada responsabilidade civil.”⁸

Na relação obrigacional o reverso do direito subjetivo do credor⁹ tanto pode ser um *dever jurídico* ou um *estado de sujeição*. Isso se explica porque os chamados direitos subjetivos subdividem-se em *direito subjetivo propriamente dito* e *direito potestativo*. Se, por exemplo, o direito do credor for o de exigir o trabalho pactuado de outrem, estar-se-á diante de um direito subjetivo propriamente dito do credor (empregador) e de um correspondente *dever jurídico* do devedor (empregado); ao revés, se o direito do credor for de despedir sem justa causa o empregado, estar-se-á, então, diante de um direito potestativo do empregador, desempenhando o empregado um mero papel de *sujeição* à vontade do credor.

Importante trazer o conceito destas espécies de direito subjetivo (*lato sensu*).

No *direito subjetivo propriamente dito*, a posição jurídica do respectivo titular traduz-se no poder de exigir (ou pretender) de outra pessoa uma determinada conduta positiva ou negativa, uma ação ou abstenção. Correspondente a este direito, há o dever jurídico do outro sujeito em adotar o comportamento prescrito pela norma que confere o direito subjetivo¹⁰.

ocorre no caso concreto com a transgressão do dever genérico de abstenção (obrigação negativa geral). Cabe ainda registrar outra distinção: enquanto a relação jurídica obrigacional pode ser livremente constituída pelas partes, a relação jurídica real é sempre decorrente de lei, de forma taxativa (*numerus clausus*).

⁸ AMARAL, Francisco. *Direito civil. Introdução*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 196.

⁹ Sobre a correlação de direito e obrigação temos o conhecido brocardo latino: “*jus et obligatio sunt correlata*”.

¹⁰ ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Op. cit.*, p. 10. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Op. cit.*, p. 172/173.

Já no chamado *direito potestativo*, espécie do gênero direito subjetivo, a produção dos efeitos jurídicos desejados por seu agente – e tutelados pelo Direito – impõem-se à outra parte, independente de sua anuência ou querer. O devedor tão-somente se sujeita à vontade do credor.

Nos direitos subjetivos *stricto sensu* o devedor pode, ou não, cumprir espontaneamente seu dever jurídico, sujeitando-se à conseqüente ação estatal coercitiva. Em contrapartida, nos direitos potestativos, o sujeito passivo, de modo inelutável, suporta as conseqüências do exercício do direito por seu titular, ultimando-se os efeitos pelo simples exercício do direito.

Como exemplo típico, aponta-se o ato de demissão do empregado que, uma vez comunicando sua saída do emprego, coloca o empregador em estado de sujeição a essa vontade. As demissões, assim como as *dispensas sem justa causa*, são direitos potestativos do empregado e do empregador, respectivamente. Logo, é errôneo falar em “pedido de demissão”. Deveras, o empregado não “pede” demissão, demite-se¹¹. Não se trata de consenso ou de obediência, mas de sujeição à vontade do titular do direito potestativo.

Situação diferente é o pagamento do salário. O empregado detém o direito subjetivo de receber o salário pelo serviço prestado e o empregador o dever jurídico de pagar. Caso o empregador se negue a fazê-lo, estará sujeito à coerção judicial perante a Justiça do Trabalho. Veja-se que para se concretizarem os efeitos do direito subjetivo é necessária a obediência do devedor (o cumprimento espontâneo da prestação) ou a execução judicial forçada.

A todo direito subjetivo *stricto sensu* corresponde um dever jurídico. Para todo direito potestativo basta a vontade do agente, fazendo o sujeito passivo mero papel de sujeição. Registre-se, desde logo, a lição de Pietro

¹¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Rescisão do contrato de trabalho: doutrina e prática*. São Paulo: LTr, 2001, p. 30.

Perlingieri, a qual será reforçada no curso da tese, que as exigências constitucionais, de igualdade substancial, solidariedade e tutela do trabalho subordinado, têm o condão de justificar a redução ou mesmo a exclusão dos ditos poderes potestativos¹².

Por fim, em sentido amplo, o gênero *direito subjetivo* se contrapõe ao *direito objetivo*: a primeira acepção designa a faculdade reconhecida ao indivíduo pela lei, que lhe permite levar a efeito determinados atos (*just est facultas agendi*); a segunda acepção direito objetivo, significa a regra ditada ao comportamento, à qual o indivíduo deve se submeter e a cuja observância pode ser coagido (*jus est norma agendi*)¹³.

Há corrente doutrinária que nega o conceito de direito subjetivo como sendo o de faculdade de agir (*facultas agendi*); sustenta que o direito subjetivo é a *permissão* para o uso de tais faculdades, conferida pelo direito objetivo. Essas são anteriores ao direito subjetivo: primeiro dá-se a faculdade de agir, e, depois, a permissão de usar referida aptidão¹⁴.

Válido indicar as múltiplas teorias que acolhem e rejeitam o conceito de direito subjetivo:

a. *Teorias subjetivistas*: dentre as teorias que admitem a existência dos direitos subjetivos, há três dignas de menção¹⁵:

A da *vontade*, cujos precursores, Savigny e Windscheid, vêem no direito subjetivo um poder ou domínio da vontade conferido pela ordem jurídica. Aqui, interessante ressaltar as inúmeras objeções relativas a tal

¹² PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 124.

¹³ RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*. v. 01. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller Editora, 1999, p. 35.

¹⁴ Neste sentido anotou DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 01. In: Teoria geral do direito civil. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 09/10.

¹⁵ RUGGIERO, Roberto. *Op. cit.*, p. 266. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 93. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 306.

corrente, sendo a principal o fato de haver direitos subjetivos, nos quais está ausente a vontade real do seu titular – vg: os incapazes têm direitos, mas não necessariamente vontade no sentido jurídico.

A segunda teoria subjetivista de relevo, a do *interesse*, foi defendida por Ihering, a qual define o direito subjetivo como o interesse juridicamente protegido. Existem várias críticas a respeito, sobretudo a de que há interesses tutelados por lei que não constituem direitos subjetivos, vg: as leis de proteção ao mercado de trabalho em face da automação (art. 7º, XXVII, CF), contudo sem qualquer direito subjetivo capaz de impor ao Estado sua aplicação.

Por último, surge a terceira corrente, denominada *mista*, encabeçada por Jellinek, que integrou os dois elementos verificados anteriormente, definindo o direito subjetivo como o interesse protegido mediante o reconhecimento do poder da vontade individual, em conformidade com a norma jurídica.

b. *Teorias objetivistas*: são também chamadas teorias negativas, justamente por negarem a existência de direitos subjetivos. Duas merecem destaque:

A primeira foi a *normativista*, de Hans Kelsen, sustentando ser o direito um conjunto de normas e só de normas, em todos os elementos que o compõem. Por conseguinte, a expressão *direito objetivo* é pleonástica porque o direito, por sua essência, é objetivo e só objetivo¹⁶. As principais críticas à Kelsen referem-se à construção de uma teoria pura e de

¹⁶ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Editora RT, 1999, p. 559/562. Ráo, ao explicar esta teoria, acrescenta que na concepção de Hans Kelsen “não existe, pois, a personalidade física, nem a jurídica, nem mesmo a do Estado. E nem o homem, nem as coletividades, nem o próprio Estado, possuem direitos subjetivos. Existem, só e unicamente, sistemas de normas aplicadas aos indivíduos e às coletividades (normas individuais ou coletivas e não direitos subjetivos dos indivíduos ou das coletividades), que se elevam até à síntese geral constituída pelo Estado, ou seja, até o sistema mais amplo, em relação ao qual os demais estão hierarquicamente subordinados.”

exacerbada lógica formal, colocando o ordenamento jurídico alijado da concretude da vida real.

Neste ponto, cumpre observar que sobreditas objeções são desferidas por Leon Duguit, formulador da segunda teoria objetivista: a da *situação jurídica*. Para a corrente em questão não há direitos subjetivos, mas situações jurídicas subjetivas, cujo pressuposto resulta da destinação de algum bem a um fim determinado, individual ou coletivo, protegido pelo direito mediante um sistema de sanções e coerções sociais¹⁷. Críticos dessa teoria argumentam que as situações jurídicas são, ao mesmo tempo, ativa e passiva, traduzindo-se em vantagens e encargos; destarte, quando se trasladam em vantagens ao beneficiário, este pode lhes fazer valer e exigir, o que somente se dá através de direitos subjetivos¹⁸.

Ao examinar as várias distintas teorias apresentadas, Vicente Raó conceitua *direito subjetivo* como “o poder de ação determinado pela vontade que, manifestando-se através das relações entre pessoas, recai sobre atos ou bens materiais ou imateriais e é disciplinado e protegido pela ordem jurídica, a fim de assegurar a todos e a cada qual o livre exercício de suas aptidões naturais, em benefício próprio, ou de outrem, ou da comunhão social”¹⁹.

Entrementes, ao contrário do juízo deste autor, parece correta a ilação de que tanto o sistema jurídico da jurisprudência dos conceitos, quanto a jurisprudência dos interesses – expressões de uma concepção voluntarista - encontram-se superados em face da nova ordem calcada na jurisprudência dos valores, a qual parte da funcionalização dos conceitos.

¹⁷ RÁO, Vicente. *Op. cit.*, p. 570. Raó complementa: “a situação jurídica, portanto, apresenta-se-nos como um conjunto de imperativos, de mandamentos, os quais, longe de criarem, para os indivíduos, obrigações e direitos em sentido subjetivo, dirigem-se a todos os membros da comunidade e aos órgãos do Estado.”

¹⁸ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 23. *Apud*: RÁO, Vicente. *Op. cit.*, p. 579/581.

¹⁹ RÁO, Vicente. *Op. cit.*, p. 615.

Na lição de Claus-Wilhelm Canaris: “O conceito de *sistema* jurídico deve-se desenvolver a partir da *função* do pensamento sistemático. Por isso, todos os conceitos de sistema que não sejam capazes de exprimir a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica são inutilizáveis ou, pelo menos, de utilização limitada”. Tal advertência se aplica, segundo o professor de Munique, ao sistema lógico da jurisprudência dos conceitos e ao sistema de decisões de conflitos da jurisprudência de interesses²⁰.

A jurisprudência de valores, assinala Perlingieri, constitui a natural continuação da jurisprudência dos interesses, mas com maiores aberturas para com as exigências de reconstrução de um sistema de direito privado constitucional, enquanto idônea para realizar a *funcionalização* das situações patrimoniais em relação àquelas existenciais (estritamente ligadas à pessoa). Em face da atuação dos princípios constitucionais, as situações existenciais têm preeminência sobre as patrimoniais²¹.

A partir de uma visão crítica, depreende-se que a vinculação do direito subjetivo com o que é permitido ou autorizado pelo direito objetivo, traduz-se numa visão reducionista e de submissão da regra ao ordenamento oficial. Conforme assinala Luiz Edson Fachin, “o pluralismo de fontes que afeta a concepção unitária do direito objetivo, e a força construtiva dos fatos, somada à eficácia geradora dos comportamentos, são situações suficientes para impugnar a dependência dos direitos subjetivos ao direito objetivo.”²²

Ocorre que o pluralismo jurídico pode apontar tanto para uma prática progressista quanto para uma prática conservadora. Wolkmer

²⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Tradução: Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro do original em alemão *Systemdenken und systembegriff in der jurisprudence*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 280.

²¹ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 32.

²² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 83. O jurista paranaense acrescenta que “a repetição dessa dependência (do direito subjetivo ao direito objetivo) é o registro de uma contenção epistemológica equivocada.”

defende a primeira opção pelo simples fato de que o pluralismo se orienta para a promoção e o incentivo da participação popular, nos novos sujeitos coletivos de base, no que se opõe ao pluralismo elitista e conservador, que objetiva obstar essa mesma participação democrática da sociedade civil²³.

Na atual esfera do Direito Coletivo do Trabalho, tal cenário deve ser melhor analisado, quando se constata que o pluralismo jurídico é pretendido pelos sequazes do ideário neoliberal, os quais colimam utilizá-lo como meio de ruptura com o modelo protetivo da legislação trabalhista.

Significativo, no particular, é o exemplo dos Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho, instrumento normativo celebrado pelas próprias partes interessadas, que rompe com a concepção positivista de legislador geral pela idéia de negociação coletiva capaz de criar direitos às partes representadas.

Se por um lado, na esfera civil, as fontes normativas autônomas são importantes para romper com a concepção monopolista do Estado na produção de normas, verifica-se, na esfera trabalhista, uma manobra temerária: o fomento às fontes autônomas constitui-se em astuta estratégia patronal. É que enquanto na ótica civil a ruptura com o modelo estatal não implica qualquer temor, na medida em que o Direito Civil se fulcra numa igualdade de tratamento das partes, o mesmo não se aplica à legislação trabalhista que identifica o sujeito mais débil e cria suas normas, imbuída do espírito tutelar em relação ao empregado. Logo, o traspasse do legislado para o negociado significa, na prática, colocar a classe patronal e obreira num mesmo plano. Daí o perigo, vez que tal igualdade inexistente, sobrevindo a celebração de acordos desvantajosos ao trabalhador.

²³ Neste sentido consultar WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 206 e SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Filosofia jurídica da alteridade. Por uma aproximação entre o pluralismo jurídico e a filosofia da libertação Latino-Americana*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 251.

Na era da globalização, nítido é o interesse dos capitalistas em estimular o caminho da negociação coletiva, via sindical, para a fixação de condições de trabalho. Trata-se de atuação perspicaz que objetiva flexibilizar ou mesmo utilizar o ACT e CCT para revogação de direitos trabalhistas previstos na legislação tutelar, conforme se ilai da recente proposta de alteração do art. 618 da CLT a fim de impor a “prevalência do negociado sobre o legislado”²⁴.

Se nas décadas de 60 a 80 foi interessante aos neoliberais elegerem o sindicalismo de combate como entrave do desenvolvimento econômico²⁵, agora, instante em que o movimento sindical está desarticulado e tíbio, passa a ser interessante defender a negociação sindical que, na prática, acaba servindo de mecanismo legitimador da flexibilização e revogação de direitos dos trabalhadores. A propósito Octávio Ianni, após constatar a manifesta desproporção de forças, perante o mercado, entre os compradores e vendedores da força de trabalho, observa que a empresa, a corporação ou conglomerado dispõem de poderes excepcionais de barganha, quando comparados com o sindicato, a união operária ou a confederação²⁶.

²⁴ Recentemente repercutiu em todo o Brasil a discussão do Projeto de Lei - PL n. 5483/01, que visa modificar o art. 618 da CLT, assim dispondo: “As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho”. Em sessão tumultuada e histórica ocorrida em 12/01, a Câmara dos Deputados aprovou o substitutivo ao referido PL, assim constando: “Art. 1º - Na ausência de convenção ou acordo coletivo, firmados por manifestação expressa da vontade das partes e observadas as demais disposições do Título VI desta Consolidação, a lei regulará as condições de trabalho. § 1º - A convenção ou acordo coletivo, respeitados os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, não podem contrariar lei complementar, as leis n.ºs. 6321, de 14 de abril de 1976, e 7418, de 16 de dezembro de 1985, a legislação tributária, a previdenciária e a relativa ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, bem como as normas de segurança e de saúde do trabalho. § 2º - Os sindicatos poderão solicitar o apoio e o acompanhamento da central sindical, da confederação ou federação a que estiverem filiados, quando da negociação de convenção ou acordo coletivo previstos no presente artigo. Art. 2º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação e tem vigência de dois anos.” A partir desta proposta, a qual será submetida à apreciação do Senado Federal, muitas vozes se levantaram para defender a *prevalência do negociado sobre o legislado*.

²⁵ Sustentando de forma pioneira o sindicalismo de combate como estorvo da produção, escreveu HAYEK, Friedrich. *O caminho da servidão*, publicada originalmente em 1944 (5ª ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990). Refutando a crítica de Hayek, escrevemos: DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Transformações das relações de trabalho à luz do neoliberalismo*. In: *Inovações na legislação trabalhista: aplicação e análise crítica*. São Paulo: LTr, 2000, p. 20/21.

²⁶ IANNI, Octávio. *A era do globalismo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997, p. 265.

A tibieza do movimento sindical se dá, especialmente, em face do desemprego estrutural capaz de fazer os trabalhadores competirem entre si na disputa de vagas de trabalho, além do aspecto regionalizado da organização sindical, cuja base é municipal ou no máximo estadual, em contraposição às empresas de atuação transnacionais e à mão-de-obra globalizada. Some-se, ainda, a atual tendência patronal de contratar empregados versáteis e multifuncionais, fator que leva ao desaparecimento da referência estanque e bem definida de categoria profissional organizada.

Diante desse artifício astucioso do capital, importa por limites à negociação coletiva. Não há dúvida de que os parâmetros para qualquer sistema aberto, mormente o da contratualidade e da negociação coletiva trabalhista, são aqueles estampados nos princípios e valores normativos da Constituição Federal, que atuam como elemento de conexão de todo o direito infraconstitucional, inclusive no que tange às cláusulas gerais e à interpretação de conceitos determinados pela função²⁷. Aludido sistema jurídico é alcunhado pela doutrina como jurisprudência de terceira geração ou jurisprudência de valores.

Aliás adverte Canaris, a função do sistema na Ciência do Direito reside, por consequência, “em traduzir e desenvolver a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica. A partir daí, o pensamento sistemático ganha também a sua justificação que, com isso, se deixa derivar mediatamente dos *valores jurídicos mais elevados*”.²⁸

Os princípios constitucionais de relevância para o Contrato de Trabalho são aqueles que: - asseguram a edição de fontes infraconstitucionais visando para o trabalhador a “melhoria de sua condição social” (*caput* do art. 7º); - buscam a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do trabalho

²⁷ Karl Larenz ao balizar o sistema de conceitos e o sistema de princípios de que tratou seu sequaz CANARIS, adverte que enquanto “o conceito (jurídico) contém a valoração só de modo indirecto, como que *em cifra*, o princípio torna a valoração *explícita* e é por isso mais apropriado para reflectir a unidade de valoração do Direito”. LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 235.

²⁸ CANARIS, Claus-Wilhem. *Op. cit.*, p. 280.

(art. 193) e do trabalhador (art. 6º, 170 e 193); - buscam uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Tais princípios funcionam, num sistema aberto, como “conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural, e de outro, a Constituição e a legislação infraconstitucional”²⁹.

De acordo com o que será sustentado adiante, esta tese se encontra, toda ela, fulcrada num sistema jurídico que encerra primazia de tais princípios constitucionais e seus valores supremos, capazes de vincularem não só o legislador, mas também o intérprete quando diante das normas ou conceitos jurídicos. De outro lado, parece indiscutível a necessidade de se desenvolver, por parte do legislador e do intérprete, a técnica das cláusulas gerais, “cuja adoção evita as profundas lacunas causadas pela evolução da sociedade”³⁰, na medida que confere ao magistrado um poder criativo incidente sobre determinadas normas abertas. Tal discricionariedade do juiz, registre-se, também tem como limite e inspiração os princípios e valores constitucionais.

E quais são, pois, as cláusulas gerais que se transpõem em novos paradigmas da teoria contratual? Conforme será esquadrihado, são aquelas alcunhadas pela doutrina como boa fé objetiva, tutela ao signatário hipossuficiente³¹, função social da empresa e do contrato. No campo da responsabilidade civil, cite-se a cláusula geral da restituição integral e da responsabilidade objetiva em face do risco da atividade econômica e do solidarismo constitucional (art. 3º, I, da CR).

É fato que a defesa do pluralismo jurídico, no plano civil, é válida como superação do estrito monismo, demasiadamente neutro e abstrato, que reserva apenas ao Estado a prerrogativa de normatizar fatos e valores;

²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Prefácio da obra “Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé”* autoria de Teresa Negreiros. *Op. cit.*, p. IV.

³⁰ TEPEDINO, Gustavo. *O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. *Op. cit.*, p. 10.

³¹ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente*. In: *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 22.

já na esfera trabalhista somente é possível defender a pluralidade autônoma de fontes, quando estas se apresentarem em fina sintonia com os valores e princípios constitucionais.

De consequência, segundo escrevemos alhures, o negociado não se sobrepõe ao legislado, senão para assegurar melhor condição social, *ex vi* do *caput* do art. 7º. da CF³² ou nas três hipóteses especiais expressamente autorizadas pelo constituinte nos incisos VI, XIII e XIV, do mesmo art. 7º. Tal preceito principiológico e tuitivo não pode ser alterado por qualquer medida infraconstitucional: lei, instrumento normativo ou mesmo emenda.

Ainda, num plano ideal, *de lege ferenda*, será legítimo valorizar o instrumento normativo quando presente a plena liberdade sindical, a qual importa, necessariamente, na pluralidade das entidades numa mesma base territorial³³.

2. Obrigação, ônus e responsabilidade

Consoante se observou no tópico anterior, só é possível distinguir obrigação, dever e sujeição, a partir do conceito de direito subjetivo. No entanto, outra baliza se faz necessária: obrigação, ônus e responsabilidade.

³² Trata-se do artigo *Prevalência do negociado sobre o Legislado. Reflexões à luz da Constituição Federal*. In: *Jornal Trabalhista*, ano XIX, n. 912, Brasília, 29 de abril de 2002. Edição semanal, p. 13

³³ Segundo precisos escólios de José Augusto Rodrigues Pinto “a pluralidade sindical tem seu conceito resultante da livre autodeterminação das categorias de organizarem quantos sindicatos queiram para atuação concorrente em qualquer ponto do território do país. Desaparece, com ela, o *monopólio* territorial imposto à associação que primeiro se organizar legalmente em determinada fração geográfica. A *pluralidade sindical*, portanto, é incompatível com a *liberdade de organização*, ao passo que a *unicidade* não é (e, por isso, o Brasil que, de modo surpreendente, continua agasalhando-a em sua Carta Magna, não pode aprovar a Resolução n. 87 da OIT); a pluralidade é estimulante da eficiência de atuação do sindicato, porque estimula a concorrência, ao contrário da *unicidade*; finalmente, é incompatível com a *constituição compulsória de suportes financeiros*, a exemplo do resíduo autoritário da *contribuição financeira*, enquanto a *unicidade* suplica por sua manutenção, condizente com a ação acomodada que lhe propicia o monopólio de sua atuação territorial.” PINTO, José Augusto Rodrigues *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 148/149.

A despeito das suas proximidades, há diferenças entre tais figuras. Enquanto a obrigação se dá em relação a outrem – exigência da prestação de dar, fazer ou não-fazer – o ônus é consigo próprio: “não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse”³⁴. Na obrigação, a inércia implica uma sanção jurídica (execução ou pena), enquanto que no ônus a inércia do titular resulta apenas na perda dos efeitos do ato.

Finalmente, a responsabilidade se diferencia da obrigação mediante a decomposição da relação obrigacional³⁵. Logo, num primeiro momento há o *debitum* - chamado pelos alemães *schuld* - correlativo do direito de exigir uma prestação; num momento posterior, há a *obligatio* - chamada pela escola alemã *haftung* - que é a sujeição do patrimônio do devedor em caso de inadimplência. O *debitum* é o dever primário da prestação exigida pelo credor, enquanto a *obligatio* corresponde à *responsabilidade*, isto é, o poder assegurado ao credor de penetrar no patrimônio do devedor, em caso de inadimplência, *ex vi legis* do art. 591 do CPC: “O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, como todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

No abalizado comentário de Olímpio Costa Júnior, a norma que prefigura o débito (correlato ao crédito), ao incidir sobre fato negocial ou delitual, é primária e conexa com a norma secundária que, incidindo sobre o fato do vencimento da dívida, configura a responsabilidade do devedor (correlativa à pretensão do credor) pelo pagamento. E o mesmo ocorre com esta última norma em relação à que, incidindo sobre o fato da falta de pagamento voluntário, autoriza o credor ao exercício da ação que lhe compete³⁶.

³⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 322.

³⁵ Esta decomposição da relação obrigacional não é aceita por boa parte da doutrina, contudo é válida para explicar a distinção entre obrigação e responsabilidade.

³⁶ COSTA JÚNIOR, Olímpio. *A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigações em direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p.57.

Cabe sublinhar que, a rigor, o *debitum* e a *obligatio* coincidem na pessoa do devedor; entretanto, há obrigações sem a coexistência desses dois elementos: a) *debitum* sem *obligatio*: vg.: obrigação natural ou moral; b) *obligatio* sem *debitum*: vg: garantia real oferecida por terceiro. Impende registrar, ainda, que nem sempre o débito e a responsabilidade coincidem no tempo, como acontece, por exemplo, nos contratos de trabalho onde o débito de remunerar o labor do empregado se caracteriza ao final de cada mês; todavia a exigibilidade da dívida, de que decorre a responsabilidade patrimonial, se dá no 5º. dia útil do mês subsequente, de acordo com o que preceitua o parágrafo único do art. 459, da CLT. Assim, uma coisa é a dívida, outra é a exigibilidade da dívida configuradas a partir do seu inadimplemento, o qual implica o direito de ação judicial objetivando a execução forçada³⁷.

3. Relação jurídica obrigacional vista numa perspectiva dinâmica

A relação jurídica obrigacional pode ser vista em seu sentido simples e estrito ou sob um prisma complexo e dinâmico. Por herança do direito romano e, posteriormente, da escola alemã pandectista retratada no BGB de 1900, conceitua-se obrigação como um vínculo estático de um determinado credor que exige a prestação de outro determinado devedor, tudo visto de forma isolada e atomística³⁸. Esta noção abstrata provém da teoria da pretensão (*anspruch*) de Windscheid, fundamentada na concepção de que, subjacente à obrigação, encontra-se o direito subjetivo manifestado na forma de direito de crédito (*forderung*)³⁹.

³⁷ Neste sentido consultar MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 22, p. 12 e COSTA JUNIOR, Olímpio. *Op. cit.*, p. 58.

³⁸ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 6. A expressão *atomística* é no sentido de átomos, existentes de *per si*, sem qualquer interdependência.

³⁹ COSTA Judith Martins. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 386.

Tal perspectiva desenhada nos séculos XVIII e XIX não abrange a relação obrigacional complexa, como é o caso da relação de emprego e demais contratos de trato sucessivo. Nem mesmo a divisão entre débito (*schuld*) e responsabilidade (*haftung*) foi capaz de dar conta das relações obrigacionais duradouras, eis que também parte da visão atomística é de identificação estanque de apenas um credor e um devedor.

Na verdade, o caminho até agora percorrido aponta para “um arco evolutivo que migra da relação jurídica fundada acentuadamente na garantia do crédito para o trânsito jurídico que dá relevo destacado à proteção da pessoa”⁴⁰. Diante disso é emblemática a conversão da outrora liberal Constituição Garantia (garantidora das liberdades formais) para uma Constituição Dirigente em sua promoção de justiça social⁴¹. Repare, a propósito, na dicção constitucional do artigo 1º, III, que apresenta como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito a “dignidade da pessoa humana”, tendo como base a ordem social, “o primado do trabalho, e, como objetivo, o bem-estar e a justiça sociais”, *ex vi* do art. 193 da Constituição da República.

A fim de agasalhar referidos valores, a relação obrigacional, embasada na concepção de “totalidade concreta”, deve ser vista em seu matiz dinâmico, como processo. Nesta esteira, advém o *conceito geral-concreto*, indicador da “direção de pensamento que requer a *totalidade*”. Diz-se “totalidade concreta porque o conceito exige, para a sua formação, a apreensão da totalidade dos sentidos possíveis de serem *concretamente* relacionados em cada conceito *abstrato*”⁴².

⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 175.

⁴¹ Idem, *ibidem*.

⁴² COSTA, Judith Martins. *Op. cit.*, p. 391.

Larenz, em sua obra, *Derecho de obligaciones*⁴³, transporta a idéia de *conceito geral concreto* (*konkret-allgemeiner*) para a seara das obrigações, quando dispõe que:

Entendemos a relação de obrigação não apenas como o faz a lei (p. ex. no § 362), quer dizer, como a relação de prestação *isolada* (crédito e dever de prestação), mas como *uma relação jurídica total* (p. ex. relação de compra e venda, relação de trabalho), fundamentada por um fato determinado (p. ex., o contrato de trabalho visto concretamente) e que se configura como uma relação jurídica especial entre as partes. Nesse sentido, a relação de obrigação compreenderá uma série de deveres de prestação e de conduta, e além deles pode conter para uma e outra das partes direitos formativos (p. ex., um direito de denúncia) e outras situações jurídicas. É, pois, um conjunto não de fatos ou de acontecimentos do mundo exterior perceptível pelos sentidos, mas de ‘consequências jurídicas’, quer dizer, daquelas relações e situações que correspondem ao mundo da validade objetiva da ordem jurídica.

Nesse quadrante de vínculo dinâmico visto como uma totalidade, os elementos da relação jurídica obrigacional encontram-se imbricados, movimentando-se num processo finalístico, que vai desde o nascimento da relação até o seu adimplemento ou outro modo de término. É nesta perspectiva que deve ser analisada a relação jurídica de emprego, englobando, em seu aspecto funcional, não só as prestações principais, mas também as secundárias e os deveres anexos de comportamento, além de compreender outras vicissitudes por ventura existentes como, vg.: a inadimplência e o dever de reparação.

Agostinho Alvim, a propósito, adverte o cânone fundamental e finalístico da relação obrigacional ao dizer que “as obrigações assumidas devem ser fielmente executadas”. O jurista lembra que, ainda que o nosso Código não o diga expressamente, contudo, ao consignar o princípio segundo o qual o não-cumprimento da obrigação dá ao credor o direito a exigir perdas e danos (art.

⁴³ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo 1, Tradução: Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial. Revista de Derecho Privado, 1958, p. 37. *Apud*: Judith Martins-Souza. *Op. cit.*, p. 392.

1056), não excluiu o direito que lhe assiste de exigir, antes de tudo, que a obrigação se cumpra, tal como se convencionou⁴⁴.

Na pertinente observação de Olímpio Costa Junior, convém situar a relação obrigacional no campo em que ela se realiza, efetivamente, como relação intersubjetiva, direta e concreta:

no plano da eficácia, na ordem de concreção, ali apreendendo-a e descrevendo-a não apenas na sua invariável estrutura estática, mas também na sua contextura dinâmica, modificável pelos fatos, (tendo em vista...) que os fatos jurídicos não ocorrem num campo imaculado, virgem de soluções jurídica anteriores, senão que esbarram muitas vezes em situações preexistentes, para configurá-las de forma nova ou para gerar, a partir delas, novas situações jurídicas⁴⁵.

Nas lições de Judith Martins-Souza, a concepção da obrigação como um processo e como uma totalidade concreta põe em questão o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, “não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na *boa-fé objetiva*”⁴⁶.

Conforme será visto e confirmado no decorrer da tese, há uma nova quadra para as relações obrigacionais motivadas por um plexo de princípios e valores constitucionais⁴⁷ vinculantes que reconhecem o outro (*alteridade*) em sua plenitude, valorizando o homem, seu trabalho e sua dignidade. Assim, em certa medida, despatrimonializam-se as relações jurídicas, funcionalizando os conceitos jurídicos, ao mesmo tempo que inspira a ampla aplicação de duas cláusulas gerais recém-chegadas no Novo Código Civil Brasileiro

⁴⁴ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 6.

⁴⁵ COSTA JUNIOR, Olímpio. *Op. cit.*, p. 56/57.

⁴⁶ SOUZA, Judith Martins. *Op. cit.*, p. 394.

⁴⁷ Neste sentido mencione-se, principalmente, os seguintes artigos da CF: art. 1º, III, 3º, I, 6º, 7º, 170 e 193.

(NCCB), quais sejam: a função social do contrato (art. 421) e a boa-fé objetiva na conclusão e execução dos contratos (art. 422). Esse novel paradigma instalado entre nós, a partir da Carta de 1988, denomina-se *solidarismo contratual*, o qual é corolário do *solidarismo constitucional*.

4. Elementos da relação obrigacional

Não se perca de vista que a obrigação, à semelhança de outros vínculos jurídicos, “estabelece-se entre pessoas (sujeitos); traduz-se em poderes e deveres (objecto); nasce e depende na sua vida de determinados eventos (facto jurídico); é protegida pela lei (garantia)”⁴⁸.

Do supracitado conceito, extraem-se quatro elementos da relação jurídica obrigacional: a) os sujeitos; b) o objeto; c) a garantia; e, d) o fato jurídico.

Examinemos tais elementos com base na relação jurídica de emprego a fim de podermos, *a posteriori*, verificar a teoria da responsabilidade civil em face do Contrato de Trabalho.

4.1. Sujeitos

Quanto aos *sujeitos*, o empregador é credor da mão-de-obra contratada e devedor da respectiva remuneração do serviço, enquanto que o empregado é devedor do trabalho e credor do salário correspondente à execução pessoal do serviço⁴⁹.

⁴⁸ TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1997, p. 35.

⁴⁹ Importante assinalar, desde logo, que no meu entender, o contrato de trabalho não pode ser visto de forma simplista, como um mero contrato de compra e venda, onde o empregado vende a energia despendida na execução do labor em troca de um preço, o salário. Esta posição adotada pioneiramente por BUREAU, Paul. *Lê contrat de travail*, Paris, 1902, p. 107 – ficou consagrada posteriormente ao ser defendida por CARNELUTTI, Francesco *Studi sulle energie como oggetto di rapporti giuridici. Natura Del contratto di lavoro*. In: Revista di Diritto Com., 1913, v. 01, p. 393 – o

Insta registrar que o contrato de trabalho não se constitui relação obrigacional simples, mas *complexa*. Sobre as obrigações complexas, convém transcrever a feliz observação de Inocêncio Galvão Telles:

nos contratos, pelo menos nos bilaterais ou sinalagmáticos, a posição das partes apresenta-se com uma complexidade particular, constituída como é não só por deveres principais e acessórios mas também por créditos igualmente principais e acessórios, por direitos potestativos, estados de sujeição, ônus, expectativas jurídicas, exceções (meios de defesa). Cada uma das partes é titular da sua posição contratual, misto de elementos activos e passivos, e as duas posições, que se interpenetram e são incidíveis, formam a relação contratual⁵⁰.

Quando se fala em relação jurídica, há menção à relação entre pessoas como *sujeitos de direito*. Todavia, o conceito de pessoa apresentado pelo sistema jurídico privado é excessivamente abstrato e neutro, não levando em conta as considerações concretas da pessoa que integra a relação jurídica. Por intermédio do método de pseudo-neutralidade⁵¹, só é considerado sujeito de direito aquele indivíduo que assim é declarado, em sentido técnico, pelo ordenamento jurídico. Nestes termos, a relação jurídica serve para garantir o *status quo* patrimonial das partes ou “para conferir, por meio da instância jurídica, uma

qual comparou a energia do trabalho com a energia elétrica: “o que permanece com o trabalhador é a fonte de sua energia, isto é, seu próprio corpo; a energia, no entanto, sai dele e não volta mais”. Deveras, o contrato de trabalho tem como objeto uma prestação de *facere* e não a venda do trabalho como coisa (*res*). Logo, mais relevante que a prestação de serviço é quem realiza. O empregado, nessa perspectiva, deve ser visto não apenas como sujeito de direito de uma organização produtiva, mas, sobretudo, como gente e cidadão titular de direitos fundamentais em relação a sua personalidade. Registre-se que, em momento posterior, Carnelutti asseverou: “Com satisfação, tenho visto que se começa a compreender que o objeto do contrato de trabalho e dos direitos que dele derivam para o patrão não é senão aquele mesmo homem, que é normalmente o outro sujeito do contrato.” CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Coimbra: Coimbra, 1942, p. 244. Neste sentido consultar MORAES FILHO, Evaristo de. e MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 269.

⁵⁰ TELLES, Inocêncio Galvão. *Op. cit.*, p. 18.

⁵¹ A proposta do positivismo é de neutralidade, todavia, conforme adverte Orlando de Carvalho, “não há sistema neutro, todo o Direito é ideológico-político e tanto mais quanto menos o mostra.” CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica*. 2ª. ed. Coimbra: Centelha, 1981, p. 14/15. Logo, quando o direito se declara neutro e trata as partes sob o prisma de uma igualdade meramente formal, está, em verdade, legitimando os interesses dos mais fortes, em flagrante postura ideológica.

refinada modalidade instrumental de preservação e autoconservação”⁵², tendo a categoria do sujeito de direito uma função meramente discursiva.

No próprio conceito legal de empregado, previsto no art. 3º. da CLT, torna-se perceptível essa abstração, na medida em que se considera empregado somente o sujeito que trabalha sob subordinação, recebendo salário e prestando serviço de forma pessoal e não-eventual. Assim, o trabalhador, por exemplo, que presta serviço *eventual*, por mais que preencha os demais requisitos legais, estará despojado do sistema tutelar da CLT não sendo, pois, considerado “sujeito de direito” para efeitos de relação de emprego.

Atualmente, em face das novas modalidades contratuais propiciadas pelo avanço tecnológico, pela precariedade das relações de trabalho e pela reestruturação produtiva, inúmeros trabalhadores que, *de lege ferenda*, deveriam usufruir da proteção jurídico-trabalhista, acabam excluídos da tutela legal.

Outro problema verificado, este comum ao Direito Civil, surge em face da excessiva abstração do conceito de sujeito de direito, que o despreza enquanto cidadão titular de direitos fundamentais. Não interessa ao sistema privado herdado do Liberalismo - do tipo fechado, neutro, abstrato e impessoal – identificar o sujeito de direito como pessoa: ser humano de carne e osso que tem um nome, uma família, uma história e inúmeras necessidades, dentre elas a de ser reconhecido dignamente. Da mesma forma, a aplicação do princípio da igualdade formal - e apenas formal – nas relações entre desiguais, acaba se constituindo uma violência àquilo que é diverso, sobretudo à parte mais frágil. Reconhecer o diferente, importa reconhecer a dignidade que há nessa diversidade, sem que ela seja um estado de desqualificação⁵³.

⁵² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. p. 86.

⁵³ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. p. 181.

Há que se considerar que, por um lado, o Direito do Trabalho se emancipou do Direito Civil ao reconhecer que o sujeito-empregado é mais frágil economicamente e, portanto, necessita de tutela jurídica; porém, de outro lado, os direitos que lhe são contemplados dizem respeito, exclusivamente, à força de trabalho despendida em face da relação jurídica de emprego, alijando as demais relações de trabalho que, *de jure constituendo*, merecem igual tutela legal.

Ricardo Fonseca, com esteio no método arqueogenealógico de Michel Foucault, traz interessante análise crítica do sujeito de direito na modernidade, a partir da dominação do empregado na esfera do contrato de trabalho. Sustenta que, a partir do contratualismo moderno, o sujeito de direito é visto como conceito fundamental, condição apriorística da relação jurídica, observando que:

a instauração de um sistema inteiramente calcado em regras jurídicas teve que confrontar com todo um denso passado histórico de dominação no trabalho. Para manter a dominação necessária ao funcionamento de uma relação de emprego, alguns conceitos como ‘subordinação jurídica’ e ‘controle do trabalho’ foram fundamentais. A dominação histórica sobre o trabalho tentou ser domesticada pela frieza dos conceitos jurídicos, que intentou instituir uma ‘dominação regradada.’⁵⁴

O autor complementa sua linha argumentativa, explicando que a legalização da relação de trabalho e a forjadura do conceito de *subordinação jurídica* tinham um propósito bem definido: legitimar a ampla sujeição do trabalhador ao comando do empregador.

O Direito do Trabalho, assim, apesar de sua pretensão de fazer surgirem ‘sujeitos de direito’ num contrato de trabalho (dotados de ‘autonomia da vontade’, ‘racionalidade’, etc.), não ficou infenso ao processo de apropriação das estratégias de dominação disciplinar que historicamente marcaram o trato entre patrão (ou senhor) e empregado (ou escravo).⁵⁵

⁵⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho. Do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002, p. 178.

⁵⁵ Idem, p. 179.

Ademais, também é possível vislumbrar na legislação trabalhista uma espécie de código de conquista à classe trabalhadora; dita conquista é, no entanto, limitada “aos frutos do trabalho laboral do trabalhador”⁵⁶. Para a classe patronal, aludida tutela normativa acaba transformada num *código de limites*, o que vale dizer uma vez cumprida a CLT, o sistema jurídico se volta a favor do empregador, declarando ilegal eventuais reivindicações não consolidadas, ficando, assim, livre de qualquer “estorvo” na legitimação do lucro sobre a mão-de-obra⁵⁷.

Acerca deste feixe de direitos que compõe o ‘código ou estatuto de conquistas’, evidencia-se que, tradicionalmente, não se incluiu no patrimônio jurídico do trabalhador os direitos fundamentais de respeito à imagem, dignidade da pessoa, respeito à honra, direitos de personalidade e demais direitos extrapatrimoniais. Observa-se, a propósito, que o pleito de reparação de dano moral, oriundo da relação de emprego, somente passou a ser objeto de ações trabalhistas, a partir da promulgação da Carta Constitucional de 1988, em face dos princípios trazidos por ela, quais sejam: o da dignidade da pessoa, da solidariedade e da função social dos institutos jurídicos, bem como a expressa previsão dos incisos V e X de seu artigo quinto.

Demais disso, conveniente consignar que boa parcela da doutrina já se deu conta da nova postura metodológica que eleva os princípios e valores constitucionais como elementos de interação das lacunas e interpretação das normas, cláusulas e conceitos infraconstitucionais. Tal fenômeno vem sendo alcunhado de despatrimonialização das relações privadas ou constitucionalização do direito privado.

⁵⁶ Neste sentido é a observação trazida por CORREA, Jaime Montalvo, “a constituição do vínculo obrigacional só tem lugar pelo acordo contratual, sendo, por sua vez, este contrato, o título jurídico da atribuição inicial, pelo empregador, dos frutos do esforço laboral do trabalhador.” CORREA, Jaime Montalvo. *Fundamentos de derecho del trabajo*. Madrid: Ed. Civitas, 1975, p. 259.

⁵⁷ Sobre o tema escreveu Tarso Genro, “as leis trabalhistas põem, então, um limite bem claro no estatuto de participação operária na sociedade burguesa. Ultrapassado o que está reconhecido legalmente (e que é necessidade inerente ao modo de produção capitalista) a reivindicação se torna delito contra a ordem pública (contra a propriedade e contra o Estado, enfim, que é onipotente protetor da produção social e da apropriação privada).” GENRO, Tarso. *Introdução à crítica do direito do trabalho*. Porto Alegre: L&PM Editores Ltda., 1979, p. 49.

Sobre a imbricação dos supraditos conceitos, Gustavo Tepedino anota que, na realidade, a eficácia do projeto constitucional pressupõe, de uma parte, que se compreenda a relação entre Constituição e legislação infraconstitucional como relação em que a primeira se apresenta como fundamento interpretativo da segunda e de outra, a adesão à arguta formulação doutrinária que revelou, não sem objeções, a paulatina corporificação de um processo de *despatrimonialização* do direito privado⁵⁸.

Não há dúvida que entre os operadores do direito laboral, há, hoje, duas posições marcantes e contrárias: existem aqueles que seguem esta esteira de efetividade plena dos direitos sociais à luz dos princípios e valores plasmados na Constituição; de outro, a tendência, auto-intitulada “moderna”, que propugna pela submissão do social ao econômico, flexibilizando e aniquilando direitos trabalhistas historicamente conquistados, a fim de tornar a empresa mais competitiva e lucrativa no mercado globalizado.

Por último, cabe registrar que na esfera do contrato de trabalho, o *contratante* sujeito de direito é sempre a *empresa*, conforme expresso conceito legal extraído do art. 2º. da CLT: “considera-se empregador a *empresa*, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. No juízo de Octavio Bueno Magano, tão arraigado estava no espírito do legislador tal entendimento que se referiu às pessoas não organizadas sob a forma de empresa, como “empregadores por equiparação”, *ex vi* do § 1º., do art. 2º., da CLT⁵⁹.

Conforme será verificado adiante, tal inferência é cardeal para a nossa tese, especialmente por duas razões:

⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In: Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito. Organizador: Carlos Alberto Menezes Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 317/318. Em igual sentido: FACHIN, Luiz Edson. *Elementos ...*, p. 100, nota 35.

⁵⁹ MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 241.

a) sendo o empregador *a empresa*, o chamado poder diretivo deve se dar no limite de seus interesses sociais e não dos interesses subjetivos do dono da empresa;

b) considerando que no capitalismo reinante os bens de produção são postos em dinamismo no regime de empresa, possível a ilação de que a propalada função social da propriedade (art. 170, III, da CF) representa, principalmente, a função social da empresa⁶⁰.

Logo, a ela dimanam não só direitos, mas deveres, dentre os quais o de tratamento digno e respeitoso ao trabalhador e ao trabalho, ambos valores supremos estatuídos na Carta Magna (art. 7º, 170 e 193).

4.2. Objeto

Quanto ao *objeto* da relação jurídica, não se pode dissociá-lo da noção de *comportamento*. Há que se ter em mente que os direitos obrigacionais colimam a *prestação* do devedor, que pode ser: *dar*, *fazer* ou *não-fazer*.

No contrato de trabalho - bilateral e comutativo - a prestação de *fazer* do empregado (trabalhar) corresponde à contraprestação de *dar* do empregador (remunerar). Na clássica divisão de Démogue, quanto ao conteúdo das obrigações, podem existir obrigações *de meio* ou obrigações *de resultado*.⁶¹

⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 266.

⁶¹ Pioneiramente prevista em sua obra *Traité des obligations*. As obrigações de meio e de resultado correspondem, em direito romano, à obrigação de *fides et diligentia*, proposta por GAIO. *Apud*: LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil. Obrigações em geral*. v. II. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000, p. 30.

As primeiras são aquelas consistentes em uma atividade em que o devedor se obriga a praticá-las com diligência, sem estar vinculado ao resultado específico almejado pelo credor. Nas obrigações de meio se enquadram a obrigação de trabalhar do empregado, o qual deve seguir com zelo o poder de comando do empregador sem, contudo, estabelecer relações quanto ao resultado imposto. O cumprimento da obrigação de trabalhar será tido como ultimado com a simples atividade exercida com dedicação, sendo o risco pelo resultado inalcançado, exclusivo do empregador, nos termos do *caput* do art. 2º. da CLT.

Tendo em vista a característica forfetária do salário, a obrigação patronal de remunerar é sempre de *resultado*, o que implica dizer que só será considerada cumprida com o pagamento propriamente dito, sendo inaceitável qualquer tentativa de isenção ou justificativa de inadimplência.

O caráter forfetário do salário é aquele que aponta para o seu pagamento, sem sujeição aos aspectos de risco ou eventual dificuldade financeira do empregador. Nesse sentido o art. 449 da CLT dispõe que o salário e demais créditos trabalhistas subsistem mesmo nos casos de falência, concordata ou dissolução da empresa.

Observe-se que conceito de *remuneração*, previsto no art. 457 da CLT, concerne a *contraprestação pelo serviço prestado*, e não contraprestação “pelo resultado alcançado”. Nos dias correntes, em face da tendência de flexibilizar as relações de trabalho, algumas empresas fixam salários aleatórios, vinculados ao resultado da atividade desempenhada pelo empregado, *vg*: comissionistas puros ou produção paga por resultado útil. Tais práticas podem ser consideradas abusivas, quando deixam de assegurar uma contraprestação mínima pelo esforço do trabalho despendido, independente do resultado. É que nesse caso estará outorgando indevidamente os riscos da atividade para o empregado, quando, por força de lei, art. 2º, da CLT, são exclusivos da empresa.

Válido apontar que para o antigo direito romano, a patrimonialidade constituía requisito essencial da obrigação: *ea enim in obligatione consistere, quae pecúnia cui praestatione possunt*.

Refratário a esta formulação, Ihering sustentou que a prestação pode ser caracterizada pela tutela de qualquer interesse jurídico, seja patrimonial ou extrapatrimonial. A corrente hodierna predominante sustenta com acerto que, o interesse tutelado não precisa ser patrimonial, embora a prestação deva ser suscetível de avaliação econômica, com o fito de *garantir* ao credor a sua consecução ou indenização equivalente, nos casos de inadimplemento.

Aqui, ganha relevo a classificação dos deveres negociais, subdivididos em três categorias: a) obrigações principais; b) obrigações secundárias da prestação principal; e, c) deveres anexos de comportamento.

Na seara do contrato de trabalho, as primeiras são as obrigações de trabalhar e remunerar, as segundas são aquelas destinadas ao regular e perfeito cumprimento da execução das primeiras ou seus sucedâneos; finalmente, os deveres anexos são aqueles referentes aos de conduta, aos quais se coadunam o dever geral de agir de acordo com a boa-fé objetiva, tendo como valores subjacentes a honestidade, a lealdade, a proteção, a informação e a fidelidade⁶².

É importante explicitar que tanto as obrigações principais, quanto as secundárias, encontram-se pautadas na boa-fé objetiva;⁶³ no entanto, no que diz respeito aos deveres anexos, a boa-fé vai além de um princípio informador, constituindo sua verdadeira *fonte*.

⁶² Neste sentido: PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 288 – POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 195 – e CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

⁶³ Segundo João de Matos Antunes Varela, “tanto no cumprimento da obrigação, como no exercício do direito correspondente, as partes devem proceder de boa fé.” VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*. v. II. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 11.

De bom alvitre estabelecer parâmetros para distinguir o objeto mediato da obrigação – *a prestação* – do objeto imediato - *o seu conteúdo*. O conteúdo da obrigação se traduz pelo crédito e débito que os sujeitos detêm. Assim, denomina-se *pretensão*, o direito do credor invocar o cumprimento da prestação⁶⁴, a qual se caracteriza a partir da sua exigibilidade, ou seja, após o vencimento da dívida. O *crédito*, que é objeto imediato, geralmente, nasce antes. Dessa forma, o crédito de usufruir férias, por exemplo, nasce após doze meses de trabalho, nos termos do art. 130 da CLT; entretanto, a pretensão se dará apenas após o término do período concessivo de que trata o art. 134 da CLT.

Como se vê, crédito e pretensão nascem, em geral, em momentos distintos⁶⁵. Mais que isso, conforme assinalou Von Thur, a extinção da relação obrigacional nem sempre importa a extinção do crédito. Dessa maneira, apesar de findo o contrato de trabalho, subsistirá o crédito salarial não pago no curso do contrato⁶⁶.

Na atualidade, a relação jurídica sofre uma reformulação conceitual. Com fulcro na chamada *funcionalização do conceito*, a situação concreta do sujeito e do objeto são valorizadas em detrimento das abstrações generalizadas. Destarte, numa perspectiva mais ampla, no chamado objeto imediato se encontra um determinado comportamento, e no objeto mediato está aquilo que é tangível ou corpóreo⁶⁷. Consequentemente, “o que passa a avultar no objeto da relação jurídica são os comportamentos, ou seja, dar relevância, por

⁶⁴ Nos chamados direitos *potestativos*, os quais são ultimados pela simples vontade do agente, a doutrina costuma ensinar que eles não têm objeto mediato, mas só conteúdo. Neste sentido, consultar ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. v. 01. Coimbra: Coimbra ed., 1992, p. 21.

⁶⁵ Há casos em que o direito de crédito nasce ao mesmo tempo da pretensão, como, por exemplo, o direito do empregador punir o empregado estável nasce no mesmo instante de interpor o “inquérito judicial” de que trata o art. 494 da CLT. Nestes casos o prazo será decadencial, conforme retrata a Súmula 403 do STF. Ao contrário, quando direito (crédito) e ação (pretensão) nascem em momentos distintos, vg: pleito de horas extras, o prazo para interpor a demanda será prescricional.

⁶⁶ THUR, Andreas Von. *Tratado de las obligaciones*, v. 01, Traduzido do alemão por W. Roces. Madrid: Reus, 1999, p. 8.

⁶⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. p. 90.

exemplo, à boa-fé, à confiança, valores que juridicamente passam a ser recuperados. O objeto não é mais algo em si; passa a ter função”⁶⁸.

Assim, o desafio é obtermos uma estrutura de relação jurídica que seja permeável, capaz de responder à realidade e não o contrário: uma realidade que se amolde à força na ossatura conceitual. Isso não significa dizer que os conceitos devam ser casuísticos mas, antes, determinados pela função. Quando se condena a abstração excessiva do conceito, critica-se o seu fechar de olhos para o real, que contém um sujeito de direito que é ser humano e, por isso, encerra necessidades, respeito e dignidade.

Os sistemas jurídicos herdados dos códigos oitocentistas e novecentistas, fortes no Positivismo, incorreram no equívoco de considerar os conceitos como perenes e isolados dos fatores sociais históricos e mutáveis. E assim sucedeu com a escola da exegese francesa e com o pandectismo alemão, pródigos no século XIX, até chegar a teoria pura de Hans Kelsen, consagrada no século XX.

A própria idéia de codificar (ou mesmo consolidar) advém na esteira da *segurança jurídica* do século XIX. É inegável que tal ideologia esgotou-se, vez que a ilação de “*projetar e coordenar todos os setores da convivência humana num sistema jurídico sem lacunas, que se justificasse logicamente*”, materializa-se em condições sociais de existência já superadas. A sociedade se tornou mais complexa e diversificada, exigindo a fragmentação e a dispersão das normas de direito privado em microssistemas ou legislação setorial”⁶⁹.

Por esta razão, um segmento da doutrina vem criticando a edição do Novo Código Civil, Lei n. 10406/02. De forma acertada

⁶⁸ Idem. Ibidem.

⁶⁹ GOMES, Orlando. *Novos rumos do direito civil*. In: Ensaio de direito civil e de direito do trabalho. Rio de Janeiro: Aide, 1986, p. 150. Sobre o tema conferir IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 3ª ed.. Milano: Giuffrè, 1989.

sustenta não ser possível corrigir as imperfeições do Código de 1916, utilizando-se a mesma técnica legislativa (a codificação), sobretudo quando repete a equivocada intenção de neutralidade, deixando de absorver os valores da Constituição Federal e a renovada jurisprudência neles calcada⁷⁰.

Karl Larenz, afiança que “se os conceitos procurados hão de ser úteis para o sistema interno, não podem ser unicamente conceitos gerais abstractos que serão, com o progressivo grau de abstracção, cada vez mais desprovidos de conteúdo.” Ao se referir aos conceitos jurídicos *determinados pela função*⁷¹, Larenz prossegue: “tem antes que se tratar de conceitos em cujo conteúdo a relação de sentido subjacente a uma regulação, com base num princípio determinante, é expressa em tal medida que, mesmo que necessariamente abreviada, continua a ser identificável”⁷².

Para Claus-Wilhelm Canaris⁷³ o sistema interno é, pois, um sistema de princípios gerais. Ainda, nos sistemas de conceitos jurídicos, estes devem estar coordenados com os princípios. É que, assinala o autor, os conceitos jurídicos “são de natureza *teleológica* e que, por isso, em caso de dúvida, requer-se sempre o retorno à valoração neles contida e isto quer dizer, ao princípio correspondente⁷⁴.

É o que ocorre, por exemplo, nas chamadas responsabilidades objetivas, situação em que o aplicador tem como centro a *reparação do dano* (e não a demonstração de ato culposos). Quanto às relações

⁷⁰ Sobre o tema conferir: AMARAL, Francisco. *A descodificação do direito civil brasileiro*. Revista do TRF da 1ª Região, Brasília, vol. 08, n. 4, out-dez, 1996; FACHIN, Luiz Edson *O código da indiferença*. Folha de São Paulo, 16/maio/1998; TEPEDINO, Gustavo. *O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In: Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁷¹ Sustentada pioneiramente a partir da obra de FLUMEL *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen*, v. 2, *Das Rechtsgeschäft*. Apud: LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 686.

⁷² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 686.

⁷³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. Cit.*

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 50.

jurídicas de emprego, o cerne deve ser a tutela do empregado, eis que nela é ínsito o princípio da proteção. Desta feita, mais do que analisar isoladamente o objeto do contrato de trabalho, deve-se considerar que por detrás de um comportamento encontra-se a figura do empregado, pois, na perspectiva do solidarismo constitucional (art. 1º, III e 3º, I), o sujeito transcende o objeto da relação jurídica obrigacional.

O noticiado fenômeno de *despatrimonialização* das relações privadas implica reconhecer o sujeito de direito como pessoa, colocando-o em posição de hegemonia em relação ao objeto.

Sobre o tema, Eroulths Cortiano Júnior observa:

Não se pode confundir (sob o prisma metodológico), a idéia de sujeito de direito com a idéia de personalidade, que partem de premissas distintas, e têm funções distintas. Como o ponto de partida do direito é a noção de personalidade, pode-se dizer que todo o direito *funciona* em razão da pessoa humana. Neste prisma, nada mais correto do que a afirmação de que na atualidade, mais importa o *ser*, e menos importa o *ter*⁷⁵.

São reluzentes, nesse compasso, os princípios constitucionais da solidariedade e da função social da propriedade (art. 3º, I, e 170, III) que desembocam nas cláusulas gerais de boa-fé, função social do contrato (arts. 421 e 422 do NCCB) e da empresa, além do princípio maior que propugna pelo primado da dignidade da pessoa humana, (art. 1º, III) manifestado na prevenção e na restituição integral do dano (art. 944 do NCCB e art. 5º, V, CF).

As premissas axiológicas constitucionais, conforme se verá adiante com maior propriedade, são utilizadas como pressupostos da confirmação de nossa tese, qual seja, a construção de uma teoria capaz de identificar

⁷⁵ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. In: Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Coord: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 41/42

com rigor as obrigações contratuais, mormente os seus limites - estribados na função social do contrato e na boa-fé objetiva - além de fundamentar a aplicação da responsabilidade civil objetiva da empresa e a ampla indenização em prol da dignidade do trabalhador.

4.3. Garantia

A *garantia*, vista como elemento da estrutura da relação jurídica obrigacional, ganha especial ênfase quando do contrato de trabalho, principalmente porque sua *causa*⁷⁶, para o empregado, é a percepção salarial de natureza alimentícia.

Além disso, sendo o contrato de trabalho de trato sucessivo, eventual nulidade ou resolução implicarão efeitos *ex-nunc*; nestes casos, não sendo possível desfazer o contrato com seu retorno ao *status quo ante*, o empregado terá direito a uma indenização equivalente, sob pena de locupletamento do empregador⁷⁷. Daí a importância da *garantia*, a qual autoriza, no caso de inadimplência do devedor, a penetração no patrimônio da empresa mediante ação executiva - exegese do art. 590, parágrafo único, do CPC⁷⁸.

Ainda que o fim de uma relação obrigacional *originária* seja a realização espontânea da prestação ajustada, não são raros os casos de descumprimentos, que acabam gerando o dever de reparar o prejuízo, o qual se traduz numa relação obrigacional *derivada*.

⁷⁶ A causa do contrato é o seu fim imediato, seu motivo determinante, considerado pela doutrina como elemento essencial suplementar. Para o empregado a causa é o salário, enquanto que para o empregador, a causa é a utilização da mão-de-obra contratada. A causa comum é esta imbricação de *trabalho remunerado*. Nos termos do novo art. 166, III, do Novo Código Civil, “é nulo o negócio jurídico quando o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito.”

⁷⁷ Neste sentido são as exegeses do art. 158 do CC/16 e art. 182 do Novo Código Civil.

⁷⁸ Reza o referido dispositivo do CPC: art. 590 “- verificado o inadimplemento do devedor, cabe ao credor promover a execução. Parágrafo único: Considera-se inadimplente o devedor que, não satisfaz espontaneamente o direito reconhecido pela sentença, ou a *obrigação* a que a lei atribuir a eficácia de título executivo”.

Geralmente, na prática, a inexecução das obrigações e dos deveres pelo empregado dá direito ao empregador de romper o contrato por justa causa e, situação inversa, ao empregado o direito de acionar a Justiça do Trabalho para garantir a efetividade de seu crédito via rescisão indireta do contrato de trabalho⁷⁹.

A *garantia* (vista como elemento da relação obrigacional) é, portanto, um conjunto de mecanismos que o ordenamento jurídico põe ao talante dos contratantes, a fim de que as obrigações pactuadas ou derivadas tornem-se eficazes.

Nesse compasso, a figura da empresa, considerada como um todo de unidade econômica e de produção, aqui se avulta como garantia das obrigações assumidas pelo empreendedor, e, objetivamente, nela se agarram com *ius in re* os direitos trabalhistas⁸⁰.

Em face das inúmeras *fraudes à execução trabalhista*, o desafio nos dias correntes é possibilitar a aplicação da *disregard doctrine* e da *ultra vires* no processo trabalhista, objetivando a plena satisfação do crédito do empregado reconhecido em sentença ou em título extrajudicial.

Conforme escrevemos alhures, a *disregard legal of entity* se distingue da *ultra vires*, vez que esta decorre da responsabilidade civil do sócio-administrador (ou sócio-gerente) que viola a lei, o contrato ou o estatuto, punindo-se somente o agente causador (o sócio), que será condenado a ressarcir o prejuízo. Na *disregard*, ao contrário, não se trata de imputar responsabilidade civil ao sócio que praticou ato ilícito, mas declarar a ineficácia episódica da pessoa jurídica que agiu em desvio de finalidade, prejudicando terceiros-credores. Aplicada

⁷⁹ Nestes termos é o art. 483, alínea “d”, da CLT.

⁸⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: LTr, 1999, p. 122.

a desconsideração da pessoa jurídica (art. 28 do CDC e art. 50 do NCCB), o exeqüente poderá executar o patrimônio de qualquer um dos sócios da empresa (e não apenas do sócio causador do ato ilícito, como no caso da *ultra vires*, forte nas fraudes das S/A)⁸¹.

Por força da Lei n.º 9958/00, que alterou a redação do art. 876 da CLT, além dos títulos executivos judiciais – sentenças e acordos judiciais descumpridos – apresentam-se duas novas espécies de títulos extrajudiciais no processo do trabalho: o termo de ajuste de conduta firmado perante o Ministério Público do Trabalho e o termo de conciliação firmado junto a Comissão de Conciliação Prévia⁸².

Caso a obrigação não se revista de título judicial ou extrajudicial, mas seja, além de exigível e líquida, decorrente de prova escrita e suscetível de pretensão condenatória, o credor poderá se utilizar do Procedimento Monitório⁸³, previsto no art. 1102-A e seguintes do CPC.

Quando a questão se refere à obrigação descumprida, todavia, sem valor de título executivo, o empregado após o vencimento do débito, dispõe da Ação Trabalhista para buscar a sentença condenatória, a qual será posteriormente executada⁸⁴, tendo como *garantia* o patrimônio da empresa devedora.

⁸¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *A execução dos bens dos sócios em face da disregard doctrine* capítulo da obra *Inovações ...*, p.336. A expressão *disregard legal of entity* significa “desconsideração da pessoa jurídica”, enquanto a expressão *ultra vires* expressa “além das forças”, no sentido de agir em excesso de mandato.

⁸² Maiores comentários sobre o tema conferir o nosso *Execução de título extrajudicial*. In: *Inovações ...*, p. 285/293.

⁸³ Sobre o tema consultar MALLET, Estêvão. *Procedimento monitorio no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 79/88.

⁸⁴ Conforme leciona Enrico Tullio Liebman, “a situação prática que pode dar ocasião à execução é o *inadimplemento de uma obrigação de conteúdo patrimonial*, por parte do obrigado, com a conseqüente lesão do direito subjetivo correspondente. Só em presença dessa situação é que surge a razão de ser e o interesse prático da execução.” LIEBMAN, Enrico Tullio *Manual de direito processual civil*. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense. 1984, p. 205.

É possível, também, ao empregador ingressar no patrimônio do empregado, quando este lhe causar prejuízo resultante de dolo ou mesmo se houver culpa com lícita previsão contratual; tais ocorrências, contudo, são raras na prática. Cumpre lembrar ainda que a execução judicial é utilizada como último expediente, pois geralmente, em face de seu poder de comando, o empregador acaba compensando seu prejuízo de outras formas⁸⁵.

4.4. Fato jurídico

No tocante ao *fato jurídico*, é elemento da relação obrigacional que se confunde com a própria *fonte* das obrigações, a qual por sua vez, é todo ato ou fato capaz de ensejar o vínculo entre duas pessoas, tornando-as sujeitos de direito. Não se trata de qualquer fato mas, daquele que seja provido de valor jurídico e seja constitutivo de uma relação jurídica obrigacional.

Desde o antigo direito romano, Gaio asseverava que as obrigações dividem-se em duas espécies: nascem do contrato ou do delito⁸⁶. O Código Civil brasileiro contempla três fontes de obrigação: contrato, declaração unilateral da vontade⁸⁷ e ato ilícito.

Quanto à *responsabilidade civil*, pode, ao mesmo tempo, identificar-se como *fonte* de obrigação ou mera obrigação *derivada*.

⁸⁵ Uma destas formas é o desconto salarial, autorizado pelo § 1º. do art. 462, da CLT, *in verbis*: “em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado”. Outra forma utilizada pelo empregador pode ser a suspensão disciplinar do contrato em período máximo de 30 dias, nos termos do art. 474 da CLT; consigne-se que a medida disciplinar não exime o direito do empregador em descontar o prejuízo do salário do empregado ou optar pela interposição de ação trabalhista reparatória, desde que observados os limites traçados no art. 462, § 1º. da CLT.

⁸⁶ Institutas, III, § 88, *obligationum summa divisio in duas species deducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto*.

⁸⁷ Miguel Maria de Serpa Lopes bem observa que a declaração unilateral de vontade não chega a produzir verdadeiro vínculo originário de uma obrigação perfeita: “Na verdade, o nosso Código Civil, à semelhança do critério adotado pelo Código Civil alemão, contemplou-a sob o título especial, apresentando-a como de tal espécie o título ao portador e a promessa de recompensa (arts. 1505 a 1517)”. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Op. cit.*, p. 29.

Na primeira interpretação, a responsabilidade civil é vista como instituto jurídico autônomo: é aquela oriunda do *ato ilícito*, da violação do dever de que a ninguém é dado prejudicar outrem – *alterum non laedere* – conforme previsão do art. 159 do Código Civil. Nesse sentido de *fonte* é somente a responsabilidade civil extracontratual.

No que diz respeito à obrigação *derivada*, a responsabilidade civil é assim classificada porque decorre do descumprimento de outra obrigação original, qual seja, a inexecução do contrato⁸⁸. Aqui, a responsabilidade não é *fonte*, mas *derivada* da inexecução obrigacional.

Acerca dessa taxionomia, oportuno carrear a posição de Inocência Galvão Telles:

fonte de obrigação não é a responsabilidade civil mas o *facto* que a gera, pois a responsabilidade não é causa, é efeito – a obrigação de indemnizar; é que se tem em vista só a *responsabilidade extraobrigacional*, quer dizer, a não proveniente da violação de vínculos creditórios, porque a *obrigacional*, decorrente dessa violação, é tratada a propósito do não cumprimento das obrigações.⁸⁹

5. Contrato de Trabalho como fonte de obrigação

O estudo do contrato de trabalho à luz da teoria geral das obrigações faz-se necessário para uma melhor compreensão da responsabilidade civil contratual. Não se pode desconsiderar que o Direito é tido como *ciência*, justamente pela forma de apreensão entre si de conteúdos singulares da consciência

⁸⁸ Também é derivada a responsabilidade civil nascida da inadimplência de uma declaração unilateral com efeito vinculante, como, por exemplo, a promessa de recompensa ou mesmo os casos de promessa de emprego jungida a um termo (futuro e certo).

⁸⁹ TELLES, Inocência Galvão. *Op. cit.*, p. 58.

num modo de pensamento de validade geral⁹⁰, de sistematização de abordagem, de uniformização e códigos de linguagem de conhecimento submetida ao crivo epistêmico⁹¹.

A *sistematicidade* é, portanto, argumento para a cientificidade⁹². Logo a investigação aprofundada e proficiente do contrato de trabalho exige sua contextualização no campo jurídico das obrigações, daí o nosso desiderato na abordagem da relação jurídica obrigacional feita anteriormente.

A despeito do sistema pátrio não adotar a unificação legislativa das obrigações, sendo o contrato de trabalho regulamentado em estatuto legal autônomo, ainda assim as obrigações trabalhistas oriundas da relação de emprego devem ser analisadas sob a ótica da teoria geral das obrigações, sempre com o cuidado de adaptá-las aos princípios peculiares do Direito do Trabalho, em especial àquele que versa sobre a proteção ao empregado e a dignidade da pessoa humana (respectivamente: art. 7º, *caput*, e art. 1º, III, ambos da CF).

Muito dos aparentes hiatos doutrinários e jurisprudenciais seriam dissipados com a simples aplicação supletiva das lições civilistas reguladas em sintonia com os valores do solidarismo constitucional, segundo verificaremos no curso desta exposição.

Vários países unificaram o estudo e a sistematização normativa das obrigações civis, comerciais e trabalhistas. O primeiro a unificá-los foi a Suíça, em 1881, com o seu Código Federal das Obrigações; depois veio a Polônia, em 1933, com o Código Civil das Obrigações; e, posteriormente, a Itália em seu Livro IV do Código Civil, promulgado em 1942. O Brasil, um dos *precursores*

⁹⁰ STAMMLER, Rudolf. *Theorie der Rechtswissenschaft (Teoria da ciência do direito)*. Apud: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian Larenz, 1997, p. 115.

⁹¹ CARNEIRO, Maria Francisca. *Avaliação do dano moral e discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 31.

⁹² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1991, p. 426.

da unificação das obrigações através de Augusto Teixeira de Freitas, lançou três projetos de lei; contudo nenhum foi sacramentado⁹³.

Independente da implantação da unificação das obrigações, a verdade é que o chamado *direito privado*, que rege as relações jurídicas travadas entre particulares, tem no direito civil o seu núcleo fundamental. Entretanto, isso não significa que o Direito Civil seja *todo* o direito privado.

Historicamente o direito privado confundiu-se com o Direito Civil, fato que se modificou com o passar do tempo em face do desenvolvimento da sociedade e o surgimento de necessidades específicas de determinados segmentos da vida dos homens⁹⁴. Então, surgiram regras especiais que, sistematizadas, deram origem ao chamado Direito Privado Especial, incluindo-se aqui o Direito Comercial e o Direito do Trabalho. O Direito Civil passou a ser denominado de direito (privado) comum, encerrando papel de integração das lacunas existentes nas normas trabalhistas.

A propósito é a dicção do parágrafo único do art. 8º. da CLT: “O direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

Acerca do caráter subsidiário do Direito Civil em relação aos demais ramos e microssistemas do direito privado⁹⁵, Carlos Alberto Mota Pinto apregoa:

⁹³ Os três projetos foram: 1911, tendo como relator Inglês de Souza; 1941, Min. Orosimbo Nonato e 1964, Caio Mário da Silva Pereira. Conforme assinala Paulo Nalin, “em que pese, no Brasil, a ausência de uma expressa unificação do Direito das Obrigações, aquelas contidas no Código Comercial (1850) foram tacitamente incorporadas pelo Código Civil (1916), evidenciando-se o Direito Civil como a espinha dorsal do Direito Privado brasileiro”. NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 164, nota 405.

⁹⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. p. 34.

⁹⁵ Além do parágrafo único do art. 8º. da CLT, há o art. 1º. do Código Civil brasileiro e o art. 7º. do Código de Defesa ao Consumidor (L. n.º 8078/90) fazendo menções expressas à aplicação subsidiária do direito comum.

Aqueles direitos especiais (Direito Comercial e Direito Laboral) disciplinam relações de carácter patrimonial e fazem-no, em alguns aspectos, em termos diversos da disciplina civilística. Mesmo neste domínio das relações patrimoniais ligadas ao comércio ou à actividade laboral, se aplicam, todavia, por força do referido carácter subsidiário do direito civil, muitas normas gerais que assim *cobrem todo o domínio do direito privado*.⁹⁶

Amauri Mascaro Nascimento anota que há dois diferentes modos de relacionar o Direito do Trabalho e o Direito Civil: um de *antagonismo* entre os dois setores do ordenamento jurídico, considerados totalmente incompatíveis e com princípios contrapostos, sendo o Direito Civil expressão do individualismo e o Direito do Trabalho manifestação do coletivismo; outro de *compatibilidade*, partindo de uma base comum da qual resultaram: a idêia do contrato que gerou a relação de emprego⁹⁷.

Tais aspectos, recorda o jurista paulista, são demonstrados com as diversas figuras civilistas absorvidas pelo contrato individual de trabalho como, por exemplo, a *teoria das obrigações*, vez que:

nas relações de trabalho também há obrigações de pagar, fazer, de não fazer, obrigações alternativas – como a reintegração do empregado no emprego ou indenização substitutiva – obrigações instantâneas, continuativas ou de trato sucessivo, obrigações diferidas – como o pagamento futuro do 13.º salário proporcional aos meses de trabalho no ano –, obrigações sob condição suspensiva ou resilitiva – como prémios devidos segundo a produção, assiduidade ou eficiência –, a *teoria da responsabilidade civil* contratual ou extracontratual geradora do direito às reparações mediante indenizações.⁹⁸

⁹⁶ Idem. Ibidem. p. 35.

⁹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 52. O autor chega a essa ilação com apoio em CUEVA, Mario de la. *Derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa, 1960 e DYPEYROU, Jean-Jacques. *Droit civil et droit du travail: l'impasse*. In: *Droit Social*, maio de 1988, p. 371.

⁹⁸ Idem. Ibidem, p. 53/54.

Orlando Gomes adverte, nessa esteira de imbricações, que conquanto a obrigação *stricto sensu* seja disciplinada numa das partes especiais do Direito Civil, isso não significa que se esgota no ramo civilista: obrigações estruturam-se no direito das coisas, direito de família e no direito das sucessões, como no direito comercial, no *direito do trabalho* e no direito público. Importa assinalar tais projeções, “para advertir que se sujeitam, ordinariamente, aos princípios gerais que os Códigos estatuem no livro do *Direito das Obrigações*”⁹⁹.

Faz-se necessário consignar que, a partir da promulgação da Carta de 1988, o fenômeno de constitucionalização do Direito Civil é manifestado pela presença de inúmeras diretivas afetas às relações privadas, vg: no casamento, na propriedade e no contrato. Assim, observa Perlingieri, a subdivisão, direito privado e público, entra em crise, vez que o Estado moderno deixa de ser caracterizado por uma relação entre cidadão e Estado, mas antes por um “compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa, de realizar a tutela dos direitos fundamentais”¹⁰⁰, dentre eles o de valorização do trabalho e de tutela ao trabalhador (*caput* dos arts. 7º. e 170).

O contrato de trabalho se inclui como fonte de obrigações, na medida que é fato jurídico capaz de vincular juridicamente dois sujeitos: empregado e empregador. Aquele tem a obrigação principal de trabalhar de forma subordinada, enquanto o segundo se obriga a remunerar a prestação do serviço. Obrigações de dar e de fazer, respectivamente. Trata-se, contudo, de uma relação jurídica *complexa*, na medida em que o empregado é concomitantemente devedor do trabalho pactuado e credor do salário, sendo o empregador, também de forma simultânea, credor do trabalho e devedor do salário.

No contrato de trato sucessivo fica patente a relação jurídica vista como um processo dinâmico e finalístico. Para alcançar a sua

⁹⁹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. p. 11.

¹⁰⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 54.

finalidade, qual seja a consecução das causas das partes, verifica-se na esfera trabalhista um feixe de direitos, obrigações, deveres e ônus imbricados e exsurgidos desde a fase das tratativas até o término da relação jurídica e seus efeitos pós-contratuais.

Oportuno observar que o contrato de trabalho, ante suas características, encerra profusão de danos, os quais devem ser analisados sob o enfoque da teoria civilista da responsabilidade civil, guardadas as devidas adaptações principiológicas próprias do Direito do Trabalho e os valores supremos albergados na Constituição da República:

O Direito do Trabalho é campo fértil em que viceja o dano, seja patrimonial, seja moral. Com efeito, constituindo caracteristicamente um contrato de trato sucessivo, em que as prestações fundamentais renovam-se continuamente com o decurso do tempo, o contrato de trabalho favorece sobremodo à ocorrência de dano patrimonial causado por empregado a empregador, ou vice-versa. De igual modo, a acenada característica, aliada à pessoalidade na prestação de serviços e, em particular, ao estado de sujeição em que se encontra o empregado – submetido, enquanto tal, aos poderes de direção e disciplinar reconhecidos ao empregador – rende ensejo a que, não raro, haja agravo moral ao empregado pelo ataque a bens personalíssimos (honra e dignidade, p. ex.). Correlatamente, semelhantes motivos propiciam também o dano moral infligido ao empregador.¹⁰¹

Em face desse quadro, advém a necessidade de abordar, com proficiência, a responsabilidade civil resultante da (in)execução do contrato de trabalho, sem olvidar os valores supremos do solidarismo constitucional, em especial o da função social da empresa (e sua assunção dos riscos da atividade econômica) e a *restitutio in integrum* (tendo em mira a valorização e a dignidade da pessoa humana).

¹⁰¹ DALAZEN, João Oreste. *Competência material trabalhista*. São Paulo: LTr, 1994, p. 106.

PARTE II: RESPONSABILIDADE CIVIL - CLASSIFICAÇÃO E EVOLUÇÃO CONCEITUAL

1. Conceito, fundamento e distinção entre responsabilidade civil e penal

Quando se fala em *responsabilidade civil* há referência inevitável, à reparação do dano. Até porque não existe dever de indenizar, quando ausente dano. Originariamente o fundamento da responsabilidade civil era indissociável do ato ilícito. Contudo, com a evolução do instituto, tornou-se pacífico admitir a responsabilidade civil independente de culpa, reforçando a idéia de responsabilidade civil como corolário do dever de indenizar.

Para enxergarmos o fundamento da responsabilidade civil, devemos considerar que a sociedade democrática de direito é composta de homens livres que detêm o livre arbítrio para escolher os caminhos que pretendem trilhar em sua vida. Dentre as opções possíveis, há inúmeras que não convêm, porque lesivas ao seu semelhante. A partir dessa dialética, advém o princípio geral de direito de que a ninguém é permitido prejudicar outrem, consubstanciado pela máxima romana *neminem laedere*, também chamada *alterum non laedere*.

Nestes termos, anota Pontes de Miranda, a responsabilidade tem “fundamento moral, porque se supõe, para a imputação, que o homem tenha de agir como ser que tem de adaptar-se à vida social e há de concorrer para crescente adaptação.”¹⁰²

A ordem *jurídica* tanto pode ser perturbada pelo delito como pela mera ofensa patrimonial; se recompõe via indenização, enquanto que a

¹⁰² MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Tomo LIII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 211.

paz social só se restaura pela pena¹⁰³. Enquanto a *responsabilidade penal* pune o agente culposos do dano social com o fito de restaurar o equilíbrio harmônico idealizado pela sociedade, a responsabilidade civil preocupa-se exclusivamente com a reparação do prejuízo da vítima, a qual poderá ser em pecúnia, *in natura* ou mesmo uma carta de retratação, sói nos casos de dano moral. Naquela a pena só se aplica quando tipificado e previsto legalmente o crime (*nulla poena sine lege*); na segunda basta a presença do prejuízo material ou moral do ofendido.

Não se pode negar que o ilícito civil perturba diretamente a vítima e indiretamente a ordem social. A sociedade, por intermédio da responsabilidade penal, preocupa-se em punir tão-somente os danos que lhe afetam objetivamente, enquanto a responsabilidade civil tem como foco a reparação do prejuízo material e moral da vítima.

Na esfera das relações de emprego, há certos fatos jurídicos que constituem, simultaneamente, ilícito penal, civil e trabalhista. Exemplique-se com o exercício abusivo do direito de greve – grevista que dolosamente atenta contra o patrimônio do empregador. Segundo o art. 15 da Lei de Greve¹⁰⁴, “a responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou criminal”. Destarte, além da despedida por justa causa (efeito trabalhista), o empregado será condenado a indenizar o prejuízo patrimonial do empregador (efeito cível) e estará sujeito à pena respectiva (efeito penal).

A implicação criminal do fato jurídico proveniente da execução do contrato de trabalho não requer, neste momento, maiores lucubrações, vez que refoge ao objeto da tese nuclear, cabendo rememorar apenas a existência do art. 1525 do Código Civil, que declara ser *independente* a responsabilidade civil da

¹⁰³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. 1, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 11.

¹⁰⁴ Lei n. 7783/89.

responsabilidade penal, não podendo, porém, questionar na esfera cível a existência do fato e sua autoria, quando tais questões se acharem decididas no crime¹⁰⁵.

Quanto aos chamados efeitos trabalhistas e cíveis, registre-se serem próximos e complexos, já que ambos decorrem da execução do contrato de trabalho e, portanto, se incluem na competência da Justiça do Trabalhista, *ex vi* do art. 114 da Constituição Federal.

A despeito da matéria ter natureza civil, indubitável que a responsabilidade civil procedente da relação de emprego, encontra-se plasmada na órbita do contrato de trabalho. O STF já teve oportunidade de manifestar que não é a natureza civilista do pedido, mas o fato da causa de pedir ser decorrente da relação de emprego, que atrai a competência material trabalhista:

À determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de Direito Civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho¹⁰⁶.

A responsabilidade civil, vista como instituto jurídico, não contém definição legal¹⁰⁷, contudo, doutrinariamente, pode ser concebida como *a sistematização de regras e princípios que objetivam a reparação do dano patrimonial ou extrapatrimonial causado diretamente por agente, ou por fato de*

¹⁰⁵ Registre-se, ainda, acerca da vinculação das responsabilidades civil e penal, a regra do artigo 584, II, do CPC que considera “título executivo judicial a sentença penal condenatória transitada em julgado”. A regra do referido art. 1525 do CCB/16 foi repetida no art. 935 do NCCB.

¹⁰⁶ Ac. STF, Pleno, MV, Conflito de Jurisdição n. 6959-6, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU, 22/2/91, p. 1259. O aresto é composto de duas partes, tendo sido transcrita apenas a segunda, sem prejuízo da inferência acima manifestada. N.A.

¹⁰⁷ Sobre o valor das definições legais, Pietro Perlingieri anota, “muito debatido, entre as questões de técnica legislativa, é o valor das definições. A definição legislativa não tem, por natureza, uma força meramente indicativa ou explicativa, não vinculante para o intérprete. Embora com funções e fins diversos, é vinculante para o intérprete de acordo com o conteúdo e o valor que, a cada vez, a interpretação sistemática e unitária do ordenamento lhe atribui. As definições legislativas, portanto, mesmo quando, diretamente, não exprimem normas, têm sempre uma relevância normativa, porque fazem parte de um contexto unitário com os outros enunciados; eles também estão sujeitos a interpretações e isso constitui um limite intrínseco de ordem semântica.” PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 29.

*coisas ou pessoas que dele dependam*¹⁰⁸, *que agiu de forma ilícita ou assumiu o risco da atividade*¹⁰⁹ *causadora da lesão.*

Etimologicamente o vocábulo *indenizar* provém do latim *indemne*, que significa ileso; sem dano; incólume. Logo, a indenização, ante seu próprio termo, encerra a idéia de tirar o dano, seja retornando ao *status quo ante* ou compensando pecuniariamente o prejuízo. Num plano ideal de funcionalização dos conceitos, de respeito ao ambiente de trabalho e dignidade da figura humana do trabalhador (art. 170, CF), infere-se que *a prevenção prefere à indenização.*

Entrementes, não sendo possível prevenir concretamente o dano, a indenização, então, deverá ser a mais ampla, seja para se aproximar o máximo possível da recomposição dos prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais, seja como medida didática para inibir a empresa infratora acerca da reincidência do fato. Reforça esta ilação, a opção feita pelo Novo Código Civil, por intermédio do parágrafo único do art. 944 e art. 945, estabelecendo um gradiente do valor da indenização de acordo com o grau de culpa do agente.

2. Responsabilidade civil contratual e extracontratual

Discordamos daqueles que sustentam que a *neminem laedere* retrata o dever legal capaz de comportar apenas a responsabilidade civil extracontratual. Deveras, a inexecução obrigacional apta a ensejar a responsabilidade contratual também se encontra incluída na máxima romana, mormente porque, ao

¹⁰⁸ Enquadra-se como *responsabilidade por fato de terceiro*, a obrigação que o empregador tem de indenizar terceiros por ato praticado por seu empregado ou preposto. Neste sentido são os artigos: 1521, III, do CCB/16, 932, III, do NCCB e a Súmula 341 do STF.

¹⁰⁹ Sobre a responsabilidade pelo risco, são oportunas as observações de Pontes de Miranda, “às vezes há regra jurídica que, para proteger algum bem ou interesse de outrem, permite que se atinja a esfera jurídica de alguém, e estabelece, para equilíbrio, que o favorecido pela lei excepcional indenize o dano causado. Trata-se, aí, de *intromissão permitida*. Outras vezes, há regra que não veda que se mantenha ou crie riscos para outrem, ou para outros, mas cogita da reparação dos danos que provêm desses riscos.” MIRANDA, Francesco Cavalcante Pontes de. *Op. cit.*, Tomo LIII, p. 210/211.

celebrar o contrato, o signatário se obriga a cumprir fielmente o avençado, sob pena de indenizar o prejuízo oriundo de sua inadimplência (ilícito contratual).

O fundamento de que a responsabilidade é uma *reação* provocada pela infração de um dever preexistente que, por sua vez, deriva de qualquer fator social capaz de criar normas de conduta, constitui-se o principal argumento da solução unitária¹¹⁰, que nega a dualidade de tratamento entre responsabilidade civil contratual e extracontratual.

Entretanto, ainda que haja elementos comuns à responsabilidade contratual e extracontratual – *dano, ato ilícito e nexo causal* – a doutrina majoritária reconhece a distinção de ambas. Por responsabilidade civil *extracontratual*, também conhecida como *aquiliana*¹¹¹, tem-se aquela decorrente de violação de dever geral previsto em lei ou na ordem jurídica; é o ato ilícito que, por si só, gera a relação jurídica obrigacional, criando para o causador do dano, o dever de indenizar a vítima¹¹².

Ao revés, a chamada responsabilidade civil *contratual* é aquela proveniente de um contrato mantido previamente entre as partes (ofensor e vítima), a qual pode se manifestar de forma objetiva quando o dano do empregado decorrer da simples execução do contrato de trabalho ou, como geralmente sucede, de forma culposa, em face da inexecução de obrigação principal, obrigação secundária ou de um dever anexo de conduta. Em sentido preciso, o correto seria denominar responsabilidade civil obrigacional e extraobrigacional. No entanto, considerando que o contrato é a principal fonte de obrigações existente em direito, tornou-se usual a nomenclatura responsabilidade contratual e extracontratual.

¹¹⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 107. O autor lembra, ainda, que coube à MARTON, G., em sua obra *Lês fondements de la responsabilité civile*, Paris, 1938, p. 84, utilizar o argumento da solução unitária em face do conceito de responsabilidade como reação à infração de dever preexistente.

¹¹¹ Como se verá adiante, a expressão se refere à *Lex Aquilia*, a qual contribuiu de forma marcante para a formação da responsabilidade civil vista como instituto jurídico.

¹¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 197.

Observa-se que o traço delimitador entre as duas espécies não é simplesmente a preexistência ou inexistência de um contrato entre as partes, mas, sim, que o dano a ser reparado advenha da execução do contrato mantido por elas. Assim, migrando-se para a relação de emprego, é possível falar em responsabilidade extracontratual entre empregado e empregador quando o dano não tenha qualquer relação com o contrato de trabalho por eles mantidos, vg: uma colisão no centro da cidade, fora do horário de expediente, entre veículos cujos proprietários sejam, coincidentemente, o empregado e o empregador.

Da mesma forma, será possível falar em responsabilidade contratual divorciada da noção de descumprimento obrigacional, quando, por exemplo, o empregado bancário, em horário de trabalho, é assaltado na agência em que trabalha, sofrendo danos materiais e morais desvinculados diretamente de qualquer ato culposos do empregador, mas em face apenas do risco da atividade mantida pela empresa¹¹³.

Sobre a distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual cabe registrar:

- O ônus da prova acerca da culpa é da vítima em qualquer caso da responsabilidade extracontratual. Na responsabilidade contratual varia conforme o tipo de obrigação, ou seja, quando incidente sobre obrigação de *resultado* o ônus será do agente, enquanto que sobre as obrigações de *meio*, será da vítima. Na esfera do contrato de trabalho a obrigação patronal de remunerar é de *resultado*, e a obrigação de trabalhar do empregado é de *meio*. Quanto aos deveres de conduta, anexos ao contrato (honestidade, lealdade e fidelidade), constituem-se sempre obrigações de *meio* para ambos os contratantes.

¹¹³ Conforme será visto adiante, sempre que a responsabilidade civil for do tipo contratual, ou seja, advinda da relação de emprego, a competência para apreciar a reparação pleiteada pela vítima será da Justiça do Trabalho, inclusive nos casos de responsabilidade civil acidentária de que trata a segunda parte do art. 7º, XXVIII, da CF.

- Em sendo o agente *menor púbere*, a responsabilidade contratual ultima-se com a assistência do responsável legal ou no caso do próprio menor ter dolosamente ocultado a idade ou se declarado maior¹¹⁴. Na responsabilidade aquiliana, o menor púbere equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos em que for culpado¹¹⁵.

- É possível em algumas esferas contratuais a estipulação de cláusula eficaz de não-responsabilidade, de responsabilidade atenuada ou mesmo condicionada. Na responsabilidade aquiliana não há lugar para tais pactuações. Quanto ao contrato de trabalho, em face de suas características, mormente o princípio de proteção ao empregado subordinado e, ainda, por ser um contrato dirigido e de adesão, qualquer cláusula desta natureza será tida como nula de pleno direito¹¹⁶.

- A constituição do devedor em mora se opera em momentos distintos: na responsabilidade contratual a partir da citação, ao passo que, na aquiliana, dar-se-á com a consumação do fato ilícito¹¹⁷.

- A pluralidade passiva, na responsabilidade contratual, somente é admitida nas chamadas obrigações solidárias, enquanto que na extracontratual atinge todos os autores e cúmplices¹¹⁸.

Cabe sublinhar que a *summa divisio* entre responsabilidade civil contratual e extracontratual encontra-se, cada vez mais,

¹¹⁴ Art. 155 do CCB/16 e art. 180 do Novo CCB.

¹¹⁵ Art. 156 do CCB/16.

¹¹⁶ Conforme será visto adiante, o contrato de trabalho oculta uma “dominação legalizada”, a partir da subordinação jurídica. Da mesma forma, será comentado o caráter dirigido e aderido que circunscreve o contrato trabalhista.

¹¹⁷ Respectivamente: artigos 962 e 1536, § 2º. do CCB/16. Registre-se que no processo do trabalho os juros de mora iniciam-se a partir do simples ajuizamento da ação trabalhista.

¹¹⁸ Respectivamente, artigos 896 e 1518 do CCB/16 e 942 do NCCB.

relativizada pela jurisprudência e suprimida pelo direito positivo de vários países¹¹⁹. Enquanto a tese dualista originou-se em 1884 com Charles Sainetelette, a tese unitária surgiu em 1892 com J. Grandmoulin e, foi acolhida, posteriormente, por Planiol¹²⁰. A tese intermediária surgiu por volta de 1930, sendo A. Brun o autor mais destacado dessa tendência, sustentando inexistir duas responsabilidades distintas, mas apenas dois regimes de responsabilidade¹²¹.

Em determinadas circunstâncias o dever de reparação do dano encontra-se situado, ao mesmo tempo, na ambiência contratual e extracontratual. É o que ocorre, por exemplo, no caso de dano moral infligido ao empregado pelo empregador. Aqui, o dano procede do descumprimento de dever legal e geral - respeito à honra, art. 5º, V e X, da CF - e, também, simultaneamente, de dano resultante da inexecução de dever anexo ao contrato de trabalho, *in casu* dever de respeito ao decoro do contratado.

Diante da possibilidade de sobreposição de regimes alguns países, como por exemplo a Alemanha, adotam a *facultas alternativa*, ou seja, a possibilidade da vítima optar pelo regime de responsabilidade que lhe for mais conveniente. Em outros países como o nosso, adota-se o princípio da *consunção*¹²², o qual permite que um dos regimes sobreponha-se a outro como forma de garantir proteção mais eficaz à vítima¹²³. Via de regra, o regime da responsabilidade civil contratual prefere o da responsabilidade extracontratual¹²⁴, sobretudo em face do

¹¹⁹ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 53. O autor, com apoio em TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2ª ed., Paris: Economica, 1989, p. 46 - cita três países que unificaram o regime da responsabilidade contratual e extracontratual: Senegal em seu Código das Obrigações, 1963; antiga Tchecoslováquia, CC de 1950 e CC de 1964; e antiga Iugoslávia, Código das Obrigações de 1978.

¹²⁰ SEVERO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 49.

¹²¹ Idem. *Ibidem*.

¹²² Pelo dicionário Aurélio, consunção é o mesmo que consumpção: 1. Ato ou efeito de consumir(-se). 2. Med. Definhamento progressivo e lento do organismo humano produzido por doença. Para a nossa classificação quer expressar a idéia de que um dos regimes sobrepõe-se ao outro.

¹²³ SEVERO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 52.

¹²⁴ SEVERO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 52. O autor bem lembra que, em alguns casos, é o regime extracontratual que absorve a responsabilidade contratual, como no caso da responsabilidade civil dos médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas, cuja liquidação é regulada pelo art. 1545 do Código Civil, inserido no âmbito das obrigações resultantes dos atos ilícitos.

ônus da prova acerca do fato culposos, o qual requer prova da vítima na responsabilidade extracontratual, sendo presumido na responsabilidade contratual.

João Oreste Dalazen ratifica essa ilação, formulando o seguinte exemplo:

Se, por hipótese, o empregador assaca expressões caluniosas, injuriosas ou difamatórias ao empregado, no exercício da função para a qual fora contratado, ou em razão dela, a competência para julgar a lide relativa à indenização exsurgente é da Justiça do Trabalho: há conflito de interesses alusivo a uma cláusula implícita do contrato de emprego, ou entre os correspectivos sujeitos atuando na qualidade jurídica de empregado e de empregador¹²⁵.

Em tais casos, o jurista conclui acertadamente que: o dissenso entre empregado e empregador verifica-se em decorrência “de obrigação contratual acessória e concernente à tutela da personalidade moral do contratante, que deriva, inclusive, de preceitos constitucionais e legais (art. 5º., incisos V e X da CF/88 e arts. 159 e 1518, do Código Civil)”¹²⁶.

Depreende-se, pois, que respeitar a personalidade moral de outrem constitui dever geral e legal de todos integrantes da sociedade e, ao mesmo tempo, na esfera obrigacional, um dever de comportamento colateral, inerente e implícito a todos os contratos. Logo, nesses casos, o dano moral é simultaneamente delitual e contratual.

Ante o princípio da *consunção*, o enquadramento no âmbito da responsabilidade civil contratual preferirá o da responsabilidade aquiliana, porque mais eficaz ao ofendido. Há quem sustente que, nesta conjuntura, o enquadramento do dano moral como responsabilidade *delitual* seria mais eficaz à vítima. A fim de demarcarmos a maior ou menor proteção à vítima, é preciso

¹²⁵ DALAZEN, João Oreste. *Competência material trabalhista*. SP: LTr, 1994, p. 118.

¹²⁶ Idem. *Ibidem*, p. 119.

verificar, pelo menos, três efeitos cardeais diferenciados entre os dois regimes: prescrição, competência jurisdicional e ônus da prova.

No caso de enquadrarmos o dano moral simplesmente como infringência de dever legal (art. 5º, V e X, da CF), a competência material ficará, então, a cargo da Justiça Comum, sendo de três anos o prazo prescricional, a partir da vigência do art. 206, § 3º, V, do NCCB e de vinte anos em face do que dispõe o art. 177 do CC/16.

Ao contrário, se ajustarmos a interpretação do dano moral como decorrente de violação de *dever anexo* ao contrato, a competência será da Justiça do Trabalho, observando o prazo da prescrição trabalhista, previsto no art. 7º, XXIX, da CR: pleiteia-se os últimos cinco anos a contar do ajuizamento da ação, a qual deverá ser ajuizada até dois anos após o desligamento do empregado na empresa. Neste sentido é o aresto de lavra do magistrado e jurista Luiz Eduardo Gunther:

A indenização do dano moral, na Justiça do Trabalho, é considerada crédito trabalhista por ser decorrente da violação de um direito imaterial do trabalhador, durante uma relação de emprego ou de trabalho. Sendo crédito trabalhista, esta indenização fica sujeita à prescrição prevista no art. 7º, inciso XXIX da Carta Política de 1988. (TRT, 9ª. Região, RO 15.384/97, Ac. 2ª. Turma 13741/98, 2/6/98, Revista LTr n. 62-09/1282, 09/98)

Na responsabilidade civil contratual, os deveres comportamentais implícitos e anexos ao contrato de trabalho são sempre obrigações *de meio*. De consequência, o ônus da prova é, em regra, da vítima¹²⁷.

Contudo, impende registrar que na órbita específica do contrato de trabalho há duas espécies de responsabilidade civil – *uma subjetiva*

¹²⁷ Quando a doutrina sustenta que na esfera da responsabilidade contratual a culpa é presumida, está, em verdade, dirigindo-se apenas às obrigações principais de resultado, como por exemplo, a obrigação patronal de pagar salário. Nos chamados deveres anexos de conduta, por serem obrigações *de meio*, há necessidade de sua comprovação por parte da vítima.

oriunda da inexecução contratual *e outra objetiva* em face da assunção do risco pelo empregador¹²⁸, aplicada nos casos em que o dano do empregado se dá, independente de culpa patronal, porém em razão do simples cumprimento do contrato.

Logo, deve-se advertir que no caso de dano sofrido pelo empregado, oriundo de descumprimento de dever anexo, não se prescinde da comprovação do *animus* culposo do empregador (agente). Já nas hipóteses de responsabilidade objetiva, o dano originado pelo simples fato do empregado estar executando o contrato será reparado independente de culpa patronal, bastando ao empregado comprovar a existência de *dano* que tenha por *nexo causal* o cumprimento de sua função contratual.

Ao contrário, em se tratando de responsabilidade extracontratual não haverá qualquer situação de dispensa para o empregado em relação ao ônus da prova. Assim, em razão do caráter protetivo, inerente ao contrato de trabalho, que dispensa em alguns casos a comprovação do ato culposo e atrai a competência da Justiça do Trabalho mais célere e com prescrição mais ampla¹²⁹, o ressarcimento do dano moral infligido ao empregado deve ser enquadrado como apêndice da responsabilidade civil contratual.

Ademais disso, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o dano moral resultante da relação de emprego é matéria de alçada da Justiça do Trabalho, precedente que reforça o enquadramento do dano moral na esfera da responsabilidade civil contratual:

Justiça do Trabalho. Competência: Ação de reparação de danos decorrentes da imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a

¹²⁸ O fundamento legal desta ilação encontra-se no *caput* do art. 2º. da CLT e no solidarismo constitucional previsto, principalmente, no art. 170, III, da CF. Por envolver tema nuclear da tese, tais fundamentos serão objeto de pormenorizada análise em adiante item próprio.

¹²⁹ A inferência de prescrição mais ampla na Justiça do Trabalho decorre da colação entre o art. 7º., XXIX, prazo quinquenal, observado o biênio após o desligamento e o art. 206, § 3º., V, do NCCB.

despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil. (TF, 1ª. T, RE n. 238.737-4, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, Diário da Justiça n. 226, Seção 1, 25/11/98, p. 22)

Se a doutrina hesitava em reconhecer o dano moral resultante do contrato, posto que o art. 1059 do Código Civil apenas previa a reparação do dano material, hoje, não há mais dúvidas: “o dano extrapatrimonial pode manifestar-se pelo não-cumprimento de uma obrigação, pelo seu cumprimento defeituoso ou pela quebra de deveres secundários derivados da boa-fé”¹³⁰.

Em tempos de economia globalizada e mercado competitivo, verifica-se que a maioria dos casos de dano moral sofrido pelo empregado decorre do descumprimento de dever anexo de conduta, sobretudo em face de exercício abusivo do *jus variandi* e da implantação de técnicas excessivas de produtividade. Contudo, não se pode negar a existência de prejuízo em face da inobservância de obrigação principal - vg: empregado discriminado por baixa produção que, em razão disso, tem o pagamento de seu salário negado pelo empregador - ou dano moral decorrente de violação de obrigações secundárias – vg: quando no pagamento salarial o empregado recebe cheques sem fundos emitidos por terceiros tendo que, de forma constrangedora, proceder a cobrança judicial e extrajudicial do devedor (cliente da empresa).

O Novo Código Civil brasileiro, em seu artigo 402, repete a regra do mencionado art. 1059 do CC/16. Todavia, em relação à premissa geral do ato ilícito, contida no art. 159 do CC/16, houve modificação pelo Novo Código, incluindo-se expressamente o dano moral no art. 186, assim grafado: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar

¹³⁰ SEVERO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 58. O professor gaúcho observa que diante de tantos casos judiciais em que o dano extrapatrimonial foi admitido em matéria contratual, não há motivos para prosperar a tese negativa. Em verdade, esta é uma tendência internacional, citando-se como exemplo o art. 522 do Código Civil argentino, o art. 496 do Código Civil português.

direito e causar dano a outrem, ainda que *exclusivamente moral*, comete ato ilícito.”¹³¹

3. Responsabilidade subjetiva e objetiva: evolução histórica

A evolução histórica da concepção de responsabilidade civil foi sensível a partir do direito romano, quando introduziu o elemento subjetivo *culpa*, contra o objetivismo do direito primitivo, “expurgando-se do direito a idéia de pena, para substituí-la pela de reparação do dano sofrido”¹³². Nada obstante, importa registrar que o direito romano não chegou a formular uma teoria da responsabilidade civil, como, aliás, nunca se deteve na elaboração teórica de nenhum instituto¹³³.

Ao sistematizar as sucessivas fases históricas que marcaram a evolução conceitual, que vai da culpa ao risco, da execução pessoal do devedor à execução apenas de seu patrimônio, é possível traçar a seguinte seqüência:

1. Vingança privada. A fase primitiva da justiça de mão própria. Não havia limite preestabelecido. A limitação estava nas mãos do vingador, sem interferência de terceiros.

2. Retaliação legalizada. O poder público passa a intervir no sentido de autorizar ou impedir a vingança. Vestígios de referida fase são

¹³¹ O artigo 159 do CC/1916 reza: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

¹³² SCHMIDT, Jean. *Faute civile et faute pénale*. p. 28. *Apud*: LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 26.

¹³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 01. O autor complementa, observando que o direito romano “foi todo ele construído no desenrolar de casos de espécie, decisões dos juízes e dos pretores, respostas dos jurisconsultos, constituições imperiais – que os romanistas de todas as épocas, remontando às fontes e pesquisando os fragmentos, tiveram o cuidado de utilizar, extraindo-lhes os princípios e desta sorte sistematizando os conceitos. Nem por isto, todavia, é de se desprezar a evolução histórica da responsabilidade civil no direito romano. Em verdade, muito do que o direito moderno apresenta vai-se enraizar na elaboração romana. Até mesmo ao evidenciar os contrastes, as fontes prestam não despendida contribuição.”

encontrados no Código de Hamurabi e no Código de Manu¹³⁴. Impera a Lei de Talião: equivalência (*talio*) da punição do mal com o mal. À época, o povo hebreu tinha suas leis, as quais estão registradas no Livro do Êxodo.¹³⁵

3. Composição paritária e composição legalizada.

Num primeiro momento, a vítima podia exigir bens (*poena*), ao invés de exigir um mal semelhante à lesão. A este período sucede o da composição tarifada imposto pela *Lex XII Tabularum* (Lei das Doze Tábuas), 450 a.C., o qual fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor, sem, contudo, apresentar um princípio geral da responsabilidade civil¹³⁶. Resquícios da Lei de Talião ainda se encontravam na Lei das XII Tábuas, especialmente na Tábua VIII, Lei 2ª.: “contra aquele que parte um membro, e não entra em acordo, a pena de Talião”¹³⁷. Neste período não havia diferença entre responsabilidade civil e penal¹³⁸.

¹³⁴ Anote-se a título exemplificativo da aludida retaliação legalizada: Código de Hamurabi, Capítulo XI, art. 197 e 197, respectivamente, “se um homem destruiu um olho de outro homem, destruirão o seu olho; se quebrou o osso de um homem, quebrarão o seu osso”. No Código de Manu é emblemático o capítulo X, “do inadimplemento em geral das obrigações”, art. 217: “que o rei expulse o seu reino aquele que, tendo feito com mercadores e outros habitantes de uma aldeia ou de um distrito, uma convenção, à qual se tenha comprometido por juramento, falte por avareza às suas promessas”. Art. 219: “tal é a regra pela qual um rei justo deve infligir punições aos que não cumprem seus compromissos entre todos os cidadãos em todas as classes”. In: “Código de Hamurabi: Código de Manu, excertos: (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas”. Supervisão editorial Jair Lot Vieira. Bauru, São Paulo: Edipro, 2000, p. 35 e 75.

¹³⁵ A Lei Mosaica (hebreu *torah*, que significa “ensino”), prevista no livro do Êxodo, constante do Antigo Testamento da Bíblia Sagrada, admite uma triplíce divisão: (a) a lei moral, que trata das regras determinadas por Deus para um santo viver (cap. 20.1-17); (b) a lei civil, que trata da vida jurídica e social de Israel como nação (cap. 21.1 – 23.33); e (c) a lei cerimonial, que trata da forma e do ritual da adoração ao Senhor por Israel (cap. 24.12 – 31.18). Tais leis não retratam a concepção cristã traduzida, no Novo Testamento, através das palavras de Jesus: “Ouviste o que foi dito: olho por olho e dente por dente. Eu, porém, vos digo que não resistais ao mal; mas, se qualquer te bater na face direita, oferece-lhe também a outra; e a que quiser pleitear contigo e tirar-te a vestimenta, larga-lhe também a capa; se qualquer te obrigar a caminhar uma milha, vai com ele duas”. In: Bíblia de estudo pentecostal. Deerfiel, Flórida: CPAD, 1995, p. 146 e 1395.

¹³⁶ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 21. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 02.

¹³⁷ No original: “si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto”. In: “Código de Hamurabi: Código de Manu, excertos: (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas”. Supervisão editorial Jair Lot Vieira. Bauru, São Paulo: Edipro, 2000, p. 155.

¹³⁸ Conforme observa Caio M. S. PEREIRA, os juriconsultos romanos jamais distinguiram completamente a pena da reparação, ou da idéia de punição, tratando-as como idéias consímiles à responsabilidade civil e a responsabilidade criminal. Em verdade, não se cogitava de satisfazer a vítima ou sua família, porém de atingir aquele que materialmente causou um dano. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 03.

4. *Lex Poetelia Papiria*, século IV a.C. Fase marcante motivada pela abolição da execução pessoal do agente, dando origem ao princípio de que é o patrimônio do devedor quem deve responder pela dívida¹³⁹. Em função disso, os pretores romanos, em defesa dos credores prejudicados, passaram a conceder uma *in integrum restitutio*. Em certos casos a execução pessoal continuou a existir, vindo a renascer no Baixo Império e na Idade Média¹⁴⁰.

5. *Lex Aquilia*, editada em data incerta, em torno do século III a.C.. Sem dúvida, foi a lei que mais transformou e aperfeiçoou os conceitos do direito romano em matéria de responsabilidade civil. Sua importância é tamanha, que o termo “responsabilidade aquiliana” passou a ser sinônimo de responsabilidade extracontratual, ou delitual, pautada na culpa¹⁴¹. A Lei Aquiliana estava dividida em três partes, sendo que a terceira, de maior relevância, previa o *damnum iniuria datum*, conceito um pouco mais genérico do que os rotineiros casuísmos tratados pelos romanistas, posteriormente, ampliado por obra da jurisprudência.

Embora a *Lex aquilia* não tenha formulado um princípio geral de responsabilidade civil, seu mérito maior foi o de substituir as multas fixas, editadas em leis anteriores, por uma pena proporcional ao dano causado¹⁴². Para que se caracterizasse o *damnum iniuria datum*, três elementos eram determinantes: a) *damnum*, ou lesão na coisa; b) *iniuria*, ou ato contrário a direito; c) *culpa*, quando o dano resultava de ato positivo do agente, praticado com dolo ou culpa¹⁴³. Registra-se não ser pacífica a postura doutrinária acerca da introdução do

¹³⁹ O Código Civil/1916, em seu artigo 1518, contém este princípio: “os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.”

¹⁴⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil. Teoria geral das obrigações*, 6ª ed. São Paulo: RT, 1997, p. 274.

¹⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Citada*, p. 04. O autor bem lembra que o nome *aquiliana* advém “de um plebiscito proposto pelo tribuno Aquilio, conforme se vê de um texto de Ulpiano, in *Disgesto*, Livro IX, Tít. II, fr. 1, § 1: *Quae lex Aquilia plebiscitum est, cum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogaveri*.”

¹⁴² LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 22.

¹⁴³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. v. 2, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 280. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 06.

elemento culpa pela Lei Aquiliana¹⁴⁴, a despeito do conhecido brocardo: *in lege Aquilia et levíssima culpa venit*.¹⁴⁵

Apoiado em Gaston May, Alvino Lima¹⁴⁶ bem elucida a importância desta fase:

A evolução operou-se, conseqüentemente, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa e diferenciar a responsabilidade civil da penal. E muito embora não tivesse conseguido o direito romano libertar-se inteiramente da idéia da pena, a verdade é que a idéia de delito privado, engendrando uma ação penal, viu o domínio da sua aplicação diminuir, à vista da admissão, cada vez mais crescente, de obrigações delituais, criando uma ação mista ou simplesmente reipersecutória¹⁴⁷.

6. Código Civil Napoleônico, 1804. Direito moderno. Foi em tal período que a responsabilidade civil se revestiu de princípio geral, *ex vi* do art. 1382 do *codex* francês¹⁴⁸: quem der causa a dano alheio deve repará-lo. Antes disso o que houve foi apenas hipóteses de reparação atinentes a situações específicas¹⁴⁹. Sob influência de Domat e Pothier, a responsabilidade civil passou a ser sistematizada, transformando-se em instituto jurídico calcado na culpa, a qual é manifestada pelo descumprimento de um dever geral de não prejudicar outrem.

O Código francês repercutiu na maioria dos códigos civis modernos, inclusive no brasileiro, onde se encontra a regra do art. 159 para a

¹⁴⁴ Apenas para ilustrar, vez que pouca importância prática teve esta controvérsia, aponte-se Emilio Betti como refratário à inclusão da culpa na *lex aquilia* e Ihering como partidário da inclusão.

¹⁴⁵ Na responsabilidade aquiliana a levíssima culpa já obriga o agente.

¹⁴⁶ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 27.

¹⁴⁷ No dicionário Aurélio, Ação Reipersecutória é aquela em que o autor reclama o que se lhe deve ou lhe pertence, e que se acha fora de seu patrimônio, inclusive interesses e penas convencionais.

¹⁴⁸ No original reza o art. 1382 do Código Civil francês: “*tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”.

¹⁴⁹ Registre-se que além do enunciado geral estampado no art. 1382, os artigos 1384 a 1386 do Código Napoleônico prevêem hipóteses específicas de responsabilidade civil alijada do princípio subjetivo da culpa.

responsabilidade delitual. Em relação a responsabilidade civil contratual, os artigos 1137, 1147 e 1148 do Código Napoleônico também ecoaram no Código Civil e na doutrina pátria, encerrando duas máximas: - o devedor responde por perdas e danos que causar ao credor pelo não cumprimento da obrigação; - a culpa pelo não-cumprimento da obrigação além de presumida pelo devedor é julgada *in abstracto*¹⁵⁰, ou seja, independente das circunstâncias fáticas.

7. Teoria do Risco. Responsabilidade objetiva. A doutrina¹⁵¹ registra ter sido um criminalista alemão, Karl Binding, o primeiro a se opor à teoria da culpa no momento de distinguir a responsabilidade civil da penal. Não obstante, foram Raymond Saleilles e Louis Josserand, em obras pioneiras, que se destacaram na formulação da teoria pautada na responsabilidade sem culpa. A obra de Saleilles é datada de 1897 e embasou-se na relação de emprego para formular a teoria da responsabilidade objetiva, *Les accidents du travail et la responsabilité civil*; em seguida, Josserand produziu *La responsabilité de fait des choses inanimées*¹⁵². Curiosa é a postura de Saleilles, que parte do código francês, assumidamente partidário da teoria subjetiva para fundamentar a novel teoria objetiva; para ele a correta interpretação do art. 1382 do Código Napoleônico é aquela que entende ser a palavra “*faute*” aposta não no sentido de culpa, mas de causa determinante (“*fait*”). Logo, o que obriga à reparação é o fato do homem (*fait*) que constitui o dano, sem qualquer investigação a respeito do elemento psicológico do agente (culpa)¹⁵³.

¹⁵⁰ ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria general de la responsabilidad civil*, p. 35. ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 11.

¹⁵¹ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 62. LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 40. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 16.

¹⁵² José de Aguiar Dias lembra que “a doutrina de Saleilles é mais radical do que o sistema proposto por Josserand. Enquanto este se limita a aplicar a teoria objetiva ao fato de coisas inanimadas, aquele prega, sem rodeios, a necessidade de substituir a culpa pela causalidade.” DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 62.

¹⁵³ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 62., PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 16., NORRIS, Roberto. *Responsabilidade civil do fabricante pelo fato do produto*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 33.

Nesta esteira de argumentação, válido ressaltar que Josserand propõe uma exegese teleológica em detrimento da literal. Assim quando se faz menção à evolução do conceito de responsabilidade civil, cumpre lembrar que os artigos seguintes ao 1382, enumeram vários casuísmos de presunções legais de culpa¹⁵⁴, devendo, neste sentido, ser esquadrihada a responsabilidade civil, ou seja, ser mais consentânea com a ordem social e sua multiplicidade de acidentes e riscos, os quais retratam o caráter cada vez mais perigoso da vida contemporânea¹⁵⁵.

É inegável que a teoria subjetiva da culpa foi criada e aceita de forma absoluta até o século XIX, época do Estado Liberal e seu Positivismo Jurídico. Num momento posterior, com o advento do Estado Social, no início do século XX, a doutrina e a jurisprudência passaram a analisar o instituto da responsabilidade civil sob outra ótica.

Dessa feita, ao invés de manifestar preocupação de vincular a indenização ao ato ilícito, passou-se a priorizar o ressarcimento do dano: a vítima, antes colocada num plano secundário, sendo dela, inclusive, o ônus da prova da culpa, passa a ser vista pelo Direito como sujeito prioritariamente tutelado. O dever de indenizar, em face da nova teoria do risco, independe da prova ou da existência de culpa do agente. De consequência, rompe-se o dogma positivista segundo o qual somente é indenizável o dano causado pela culpa demonstrada pelo ofensor.

Em razão disso, a responsabilidade civil, outrora insuficiente para atender a reparação do dano, evolui em seus fundamentos para alcançar, em número maior, a reparação das lesões existentes. A opção em tutelar a vítima é emblemática, a fim de demonstrar o novo paradigma da ordem jurídica, orientada no solidarismo constitucional (art. 3º, I CF) que objetiva tutelar a

¹⁵⁴ Conforme se verificará adiante, tais presunções legais de culpa se aproximam, ou porque não dizer “confundem-se” com a teoria objetiva do risco, na medida que a presunção é absoluta (*juris et de jure*).

¹⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 18.

dignidade do trabalhador visto como ser humano, (art. 1º, III CF) propugnando pela função social da empresa e pela restauração da justiça comutativa quebrada pela superveniência de danos contratuais (art. 5º, X da CF e art. 944 do NCC)

Fernando Noronha ao se referir à *justiça comutativa*, assevera:

Ela é a justiça que se estabelece entre pessoas que estão em relação de paridade, mas abrangendo pelo menos duas categorias bem diversas: a *justiça contratual* e a *responsabilidade civil*. A justiça contratual é a relação de paridade, ou equivalência, que se estabelece nas relações de troca, de forma que nenhuma das partes dê mais nem menos do valor que recebeu; a responsabilidade civil é a relação de equivalência que se estabelece entre o prejuízo sofrido por uma pessoa e a reparação devida por quem o causou ¹⁵⁶.

Assim, tanto a justiça contratual quanto a responsabilidade civil constituem modalidades de justiça comutativa e, dentro da esfera contratual, o seu campo de eleição é naturalmente o contrato comutativo ¹⁵⁷, o qual pressupõe uma relação de equivalência entre prestação e contraprestação, como é o caso do contrato de trabalho.

A indenização, nesse novel contexto de justiça material e dignidade humana, deve observar a cláusula geral da *restitutio in integrum* (art. 944 do NCCB) e abranger não só os direitos materiais (danos emergentes e lucro cessante), mas também toda a gama de direitos extrapatrimoniais (art. 5º, V e X, da CR).

¹⁵⁶ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 214. Sobre a repercussão do tema no contrato de trabalho, consultar COUTINHO, Aldacy Rachid. *Função social do contrato individual de trabalho*. In: Estudos em homenagem ao prof. João Régis Fassbender Teixeira. Curitiba: Juruá, 2000, p. 25/50. DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural*. p. 41/56.

¹⁵⁷ NORONHA, Fernando. *Op cit.*, p. 215.

Na órbita da jurisprudência trabalhista, preocupa-nos, no entanto, a tendência de *feedback*¹⁵⁸ proposta pelo ideário neoliberal, que prioriza o capital e a lucratividade das empresas em detrimento da tutela do trabalho e do trabalhador.

Exemplo reluzente desta atual postura é a edição da Súmula 363 do TST¹⁵⁹ que, ao abdicar do princípio da *restitutio in integrum* opta pela concessão de uma indenização incompleta e pífia ao servidor público, nos casos de contrato de trabalho nulo, causado pela negligência exclusiva do administrador que deixou de instaurar concurso público no momento da admissão. Segundo este verbete, a indenização pela impossibilidade de retornar ao *status quo ante* não equivale ao prejuízo integral do empregado, mas tão-somente ao “pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário-mínimo/hora”¹⁶⁰.

O posicionamento jurisprudencial do TST, de negar a indenização plena equivalente ao integral prejuízo, é tão equivocado, sob o ponto de vista jurídico, que somente pode ser justificado pela avassaladora influência ideológica a que está submetido no sentido de flexibilizar e, em alguns pontos, preferir a proteção da empresa em detrimento do trabalho.

¹⁵⁸ O termo aqui utilizado pode ser encontrado na linguagem sistêmica de Niklas Luhmann, o qual sustenta que o sistema social é cíclico contendo demandas – *input* – respostas – *output* – e retroalimentação – *feedback*.

¹⁵⁹ Súmula 363 - Contrato Nulo. Efeitos. “A contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário-mínimo/hora”. Nova redação dada pela Resolução n. 111 do TST, publicada no Diário da Justiça de 11.04.2002.

¹⁶⁰ Sobre o tema consultar SALVADOR, Luiz *Enunciado 363. TST reedita ato e perde chance de corrigir injustiça*. fonte: www.internet-lex.com.br. Seção: doutrinas selecionadas. Ainda como opção hermenêutica que valoriza a tutela do trabalho e do trabalhador, cite-se o caso controvertido de reconhecimento de vínculo envolvendo policiais estaduais que prestam serviços de segurança para entidades privadas, de forma subordinada e pessoal. Nesta hipótese, a despeito de eventual óbice legal, assinala Silvana Souza Netto Mandalozzo, “o vínculo de emprego deve ser reconhecido já que o trabalho foi despendido, não podendo retornar ao titular. Caso contrário, existiria um enriquecimento ilícito de uma das partes, ou seja, do empregador”. In: *Vínculo de emprego em face de policial militar estadual*. In: Transformações do direito do trabalho: Estudos em homenagem ao Professor Doutor João Régis Fassbender Teixeira. Curitiba: Juruá, 2000, p. 342.

Em sentido inverso ao verificado pela jurisprudência trabalhista, a cível evolui, dando prioridade à tutela da vítima na obtenção da justa reparação.

Silvio Rodrigues¹⁶¹ aponta os seguintes avanços:

1. noção de abuso de direito, ampliando assim o conceito de culpa em face do exercício irregular de um direito subjetivo;
2. idéia de culpa negativa centrada na omissão negligente;
3. enquadramento da responsabilidade dentro do campo contratual e outros casos de presunção de culpa do agente, invertendo-se assim o ônus da prova que *a priori*, dentro da clássica teoria subjetiva, sempre era da vítima;
4. teoria objetiva para hipóteses especiais previstas em lei, as quais independem de culpa e se baseiam na idéia de que a pessoa que cria o risco deve reparar os danos advindos de seu empreendimento.

Consolidada no Estado Social do século XX, a teoria objetiva tornou-se cientificamente autônoma, porém não foi capaz de se sobrepor à teoria subjetiva. Ainda hoje, o elemento culpa é a regra geral da ação reparatória, ficando reservado ao legislador a enumeração *taxativa* dos casos especiais de indenização sem culpa.

4. Teorias objetivas do risco

¹⁶¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. v. 01. Parte geral. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 308.

Atualmente a responsabilidade civil objetiva está prevista nos seguintes casos:

1. acidentes de trabalho - Lei n.º 8213/91;
2. acidentes de transportes em estrada de ferro – Decreto Legislativo n.º 2681/12, aéreos – Lei n.º 7565/86; por água – DL n.º 116/67; por veículos automotores – Lei n.º 8441/92;
3. minas – DL n.º 227/67 e DL n.º 318/67;
4. acidentes nucleares – Lei n.º 6453/77;
5. relações de consumo – CDC, Lei n.º 8078/90;
6. responsabilidade por ato de terceiro – art. 1521 do CC/16 e NCCB, art. 933.
7. contrato de trabalho – art. 2º., *caput*, da CLT;

Antes de se aprofundar acerca da aplicação da teoria objetiva na órbita contratual trabalhista, impende analisar as espécies de riscos apresentadas pela doutrina em matéria de responsabilidade civil: risco integral, risco proveito, risco criado, risco profissional e social e, por fim, a teoria do risco da atividade econômica. Não se olvide, porém, a lição de Mazeaud e Mazeaud de que *risco* é qualquer forma de responsabilidade civil que independe de culpa¹⁶².

Risco integral – como o próprio nome sugere, esta teoria parte da premissa de que o agente deve suportar integralmente os riscos, devendo indenizar o prejuízo ocorrido, independente da investigação de culpa, bastando a vinculação objetiva do dano a determinado fato. A tese em tela não foi recepcionada pelo direito privado, além de ser extremamente criticada pelos sequazes da teoria subjetiva, que a consideram manifestamente iníqua.

¹⁶² MAZEAUD, Henri. MAZEUD, Léon. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. 5ª ed. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJE, 1961, p. 67.

Há controvérsia sobre sua adoção no campo do direito público: alguns entendem subsistir o risco integral quando se está diante da responsabilidade objetiva do Estado¹⁶³, conforme preceitua o art. 37, § 6º. da Constituição Federal¹⁶⁴ e art. 15 do Código Civil¹⁶⁵; outros admitem-na, mas não de maneira absoluta, em face das excludentes da força maior e da culpa da vítima¹⁶⁶.

Hely Lopes Meirelles enquadra a teoria do risco integral como “modalidade extremada da doutrina do *risco administrativo*, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social”¹⁶⁷. Independente do *nomem juris* que se adote - teoria do risco integral ou teoria do risco administrativo - a doutrina e a jurisprudência são pacíficas ao imporem limites às hipóteses de teoria objetiva no campo público e privado.

Demais, nesta contextura, eventual tentativa de responsabilizar o Estado por dano causado pela própria vítima, e em alguns casos ocasionados por terceiros ou por força maior, faltará o nexa causal necessário à caracterização da responsabilidade civil. Logo, um deslocamento para o âmbito da *causalidade* levará o tribunal a excluir ou atenuar a obrigação da reparação¹⁶⁸, sem que seja necessário recorrer ao artificialismo da distinção entre risco integral e risco administrativo¹⁶⁹.

Neste sentido, é a seguinte jurisprudência:

¹⁶³ Neste sentido PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 281.

¹⁶⁴ Reza o § 6º. do art. 37, da CF/88: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

¹⁶⁵ Reza o art. 15 do Código Civil Brasileiro: “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.”

¹⁶⁶ Neste sentido ZANCANER., Weida. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 59.

¹⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 602.

¹⁶⁸ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Op. cit.* p. 61.

¹⁶⁹ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1996, p. 42. ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Op. cit.*, p. 67.

“Acidente do trabalho. Teoria do risco administrativo. Art. 37, 6º., da CF. 1. Não se conhece de recurso voluntário quando se apresenta carente de fundamentação. 2. Face o disposto no art. 37, 6º., da CF, que adotou a teoria do risco administrativo, a obrigação da municipalidade indenizar o dano causado a seu funcionário independe da prova de culpa deste. Somente a culpa exclusiva da vítima ou força maior eximiriam a administração pública da aludida obrigação, o que não ocorreu na espécie, onde, ademais, restou amplamente demonstrada a sua culpa.”(TAPR, Apel. Cível n. 124.761.200, 2ª. C. Cível, Ac. N. 10.634, Rel. Juiz Pilde Pugliese, DJPR, 27/11/1998).

Risco proveito – aqui se defende a idéia de que todo aquele que tira proveito ou vantagem do fato causador se obriga a repará-lo - *ubi emolumentum, ibi onus*. Paulo Emílio Vilhena bem observa que o princípio da responsabilidade pelo risco proveito aplica-se para fins de relação de emprego¹⁷⁰.

A dificuldade da teoria em questão reside em delimitar o seu alcance. Conforme indaga Wilson Melo da Silva¹⁷¹, o proveito deve ser conceituado de forma ampla, envolvendo toda espécie de ganho ou, de maneira estrita, implicando tão-somente ganhos de natureza econômica? Caso o risco se limite a proveito meramente econômico, apenas os comerciantes e industriais nele estão enquadrados, não abrangendo, por exemplo, os casos de responsabilidade do pai em relação ao filho.

Os defensores desta corrente, na tentativa de esgrimir objeções, sustentam que não precisa haver lucro efetivo da atividade, mas “eventualidade de ganho”¹⁷². Cabe destacar, não obstante, que as críticas lançadas à teoria sob análise levaram os objetivistas a gerar outra teoria mais exata, a do risco criado.

¹⁷⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Op. cit.*, p. 123.

¹⁷¹ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Sariva, 1974, p. 59.

¹⁷² Os defensores que se destacaram foram Paul Cuche e Van Den Broech, conforme observa SILVA, Wilson Melo da. *In: Op. cit.*, p. 107.

Risco criado – nesta teoria a obrigação de indenizar está atrelada ao risco criado por atividades lícitas, contudo perigosas. Quem tem por objeto negocial uma atividade que enseja perigo, deve assumir os riscos à sociedade. Exemplos típicos são os casos do trabalho em minas ou em usinas nucleares¹⁷³. A teoria do risco criado diferencia-se da clássica teoria subjetiva da culpa, posto que enquanto esta se funda no desenvolvimento de uma ação *ilícita*, aquela se perfaz com base no desenvolvimento de uma ação *lícita, porém perigosa*.

A teoria do risco criado, adotada pelo Novo Código Civil, de autoria de Caio Mário da Silva Pereira, consta no parágrafo único do artigo 927, assim grafado: “haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos *especificados em lei*, ou quando a *atividade normalmente desenvolvida* pelo autor do dano *implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem*”.

É clarividente que a teoria do risco criado, além de ser mais eqüitativa, ampliou o conceito de risco proveito, na medida em que a vítima sequer terá que provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um proveito obtido pelo agente¹⁷⁴.

Risco profissional - é mais ampla que a do risco criado, pois enquanto esta se limita às atividades empresariais perigosas, a do risco profissional se estende a todo empregador. Apesar de ficar consagrada pela alcunha “teoria do risco profissional”, é preciso esclarecer que o risco é sempre suportado pelo empregador, pois é ele o responsável pelo desenvolvimento das atividades profissionais de seus empregados.

¹⁷³ A responsabilidade objetiva das minas estão previstas nos DL n.º 227/67 e DL n.º 318/67 e os acidentes nucleares na Lei n.º 6453/77.

¹⁷⁴ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 147. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 285.

Inspirada na inovadora obra de Saleilles¹⁷⁵, a teoria do risco profissional alcança as áleas inerentes à relação de emprego. Parte-se da lógica de que o empregador, ao obter lucros por intermédio de sua atividade, deve também suportar os prejuízos daí resultantes. Quem tem os bônus, há que ter também os ônus! Mais uma vez invoca-se a parêmia latina *ubi emolumentum, ibi onus*.

A teoria do risco profissional serviu para dar fundamentação à teoria da responsabilidade objetiva, sendo a sua ampliação a base das ações reparatórias de acidentes do trabalho, dando novos rumos às pesquisas e seguindo, a partir daí, com regras próprias, distantes das normas do direito comum¹⁷⁶.

Destarte, independente de culpa, o empregador se responsabiliza pelos danos oriundos de acidentes de trabalho de seus empregados, mediante o custeio de seguro específico. Trata-se do SAT: Seguro de Acidente do Trabalho, previsto na primeira parte do art. 7º, XXVIII, da CF.

Com a evolução da seguridade social, parte da doutrina passou a admitir que o risco atinente aos infortúnios laborais deve ser *social*, ou seja, suportado pela coletividade e, não, exclusivamente, pelo empregador. Tal interpretação fundamenta-se na idéia de que a função social da empresa, capaz de gerar bens e empregos à comunidade, deve implicar divisão de responsabilidades. Consequentemente “não apenas o detentor do capital e do comando, mas também os trabalhadores e toda a coletividade se beneficiam da existência mesma do empreendimento e, portanto, devem partilhar dos riscos dele inafastáveis”¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Conforme já assinalamos, a obra de SALEILLES, Raymond. *Les accidents du travail et la responsabilité civil*, editada em 1897 foi a primeira a defender a teoria objetiva, fazendo-o com base no risco assumido pelo empregador em face da relação de emprego.

¹⁷⁶ FERREIRA, Rosni. FERREIRA, Deyse. *Guia prático de previdência social*. v. 1. Benefícios. 3ª ed. atualizada. São Paulo: LTr, 1999, p. 363.

¹⁷⁷ LEITE, João Antonio G. P. *Reparação devida ao acidentado*. In: Revista LTr, 49/06, 1985, p. 653.

No Brasil, desde a edição da Lei n.º 5316/67, que transferiu o seguro de acidentes do trabalho para a Previdência Social, procura-se alcançar a teoria do *risco social*. No entanto, decorridos mais de trinta e cinco anos, o seguro de acidentes do trabalho, embora social, não se desvencilhou da teoria do risco profissional¹⁷⁸. Senão vejamos: a cizânia surgiu com a interpretação do art. 7º., XXVIII, da Constituição Federal, que assegura aos trabalhadores, “seguro contra acidentes de trabalho, *a cargo do empregador*, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”. A expressão “a cargo do empregador” deixa clara a adoção da teoria do risco profissional. Ocorre que a redação originária do art. 201, I, da CF/88, apregoava que o regime geral da Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, atenderá, dentre outras coisas, a cobertura “dos eventos de doença, invalidez, morte, *incluídos os resultantes de acidentes do trabalho*, velhice e reclusão”.

No juízo de Octavio Bueno Magano havia contradição entre os dois dispositivos da Constituição - 7º, XXVIII e 201, I – pois, “enquanto no primeiro se diz que o seguro contra acidente deverá ficar a cargo do empregador, no último se estabelece que constitui evento a ser coberto por prestações previdenciárias”¹⁷⁹, estas custeadas por toda a sociedade. Não obstante, a Emenda Constitucional n. 20/98 alterou a redação do art. 201, I, para suprimir do regime geral da Previdência a cobertura dos infortúnios resultantes de acidente de trabalho. Assim, desapareceu a referida incompatibilidade, prevalecendo em matéria de acidente do trabalho, a teoria do risco profissional, nos termos do aludido art. 7º., XXVIII, da Carta da República.

Na prática isso significa que apenas o empregador custeia o seguro de acidente do trabalho, via recolhimento mensal da respectiva

¹⁷⁸ SAAD, Teresinha Lorena Pohmann. *Responsabilidade civil da empresa nos acidentes do trabalho*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1995, p. 33.

¹⁷⁹ MAGANO, Octávio Bueno. *A previdência social em face da constituição*. In: Revista de Previdência Social, n. 93, 1988, p. 461.

alíquota legal¹⁸⁰ do SAT – Seguro de Acidente do Trabalho. Apesar do dinheiro arrecadado ter como destinatário o órgão do INSS, a contribuição para fins de acidente de trabalho é *exclusiva* do empregador, a qual integra um caixa específico para este fim. Destarte, a parcela de contribuição descontada do salário mensal do empregado - e que também tem como destinatário o INSS - não diz respeito ao acidente de trabalho, mas apenas ao caixa destinado aos demais benefícios previdenciários (vg.: aposentadoria, salário-família, auxílio-doença etc).

Assim, não havendo que falar em responsabilidade solidária dos empregados no custeio do SAT, resta afastada a teoria do risco social, prevalecendo a do risco profissional. Veja-se que no tocante às demais coberturas infortunisticas elencadas no art. 201, I a V, da Constituição Federal – vg: doença, aposentadoria, licença-gestante, salário-família, etc – impera a teoria do risco social, na medida em que o custeio desses benefícios se dá por intermédio de um caixa geral da Previdência Social, do qual participam inúmeros segmentos da sociedade: empregados urbanos e rurais, empregadores, autônomos, estudantes, dona de casa, entre outros.

Em função do que foi visto até aqui, observa-se que o mais certo seria nominar a teoria do risco profissional da empresa de *teoria do risco da atividade econômica*. Contudo, esta também existe de forma autônoma, embora sob fundamento próximo daquela, sendo aplicada nas responsabilidades civis oriundas do contrato de trabalho, enquanto a do risco profissional se cinge à reparação acidentária.

¹⁸⁰ Nos termos do art. 23, II, da Lei n.º 8212/91 as alíquotas ordinárias variam de 1% a 3%, conforme o enquadramento das atividades da empresa em relação ao risco de acidentes do trabalho. A partir da Lei n.º 9732, de 11/12/98, houve majoração sensível para determinadas empresas, cuja atividade permita a concessão de aposentadoria especial. Assim, por exemplo, para o labor em minas, que permite aposentação especial com 15 anos de trabalho, a alíquota do SAT passou a ser de 15%. In: www.internet-lex.com.br Seção: previdência social/custeio/ contribuição da empresa/folha de pagamento/acréscimo para empresas.

5. Teoria do risco da atividade econômica

Quanto ao risco inerente ao Contrato de Trabalho, vale transcrever a vetusta regra legal que define empregador:

Art. 2º. da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, *que, assumindo os riscos da atividade econômica*, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”

Importa consignar que todo contrato tem, dentro de si, uma certa carga de incerteza denominada *álea* ou risco natural que deve ser suportado pelo contratante prejudicado¹⁸¹. As áleas contratuais são do tipo ordinárias ou extraordinárias, estas, por sua vez, subdividem-se em econômicas e administrativas. A álea extraordinária econômica tem sua manifestação na *teoria da imprevisão*, enquanto a álea extraordinária administrativa tem no *factum principis* sua expressão. Tais hipóteses estão previstas na CLT, respectivamente artigos 503 e 486, eximindo parcialmente a indenização patronal daí decorrente¹⁸².

Quanto às chamadas *áleas ordinárias*, são todos os acontecimentos futuros e desfavoráveis, cujos riscos e conseqüências as partes assumiram quando contrataram. Em sendo encargos possíveis e previsíveis, recaem à parte que se obrigou por força de lei ou do contrato¹⁸³. *In casu* o cabeçalho do art. 2º. da CLT conceitua empregador como a empresa que “assume os riscos da atividade econômica”. Desse modo, não há dúvida que ao preconizar a assunção do risco pelo

¹⁸¹ SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 114.

¹⁸² O art. 486 exime o empregador e outorga ao órgão público ensejador do *factum principis* somente o pagamento da verba indenizatória (multa de 40% do FGTS), sem prejuízo do pagamento integral das verbas rescisórias pela empresa. O art. 503 ao falar em “redução momentânea de salários em face de prejuízos devidamente comprovados” refere-se, por óbvio, a fatos supervenientes e imprevisíveis (teoria da imprevisão), vez seria ilógico admitir como causa legítima de redução salarial prejuízos motivados pela culpa da própria empresa.

¹⁸³ OLIVEIRA, José César de. *Factum principis, força maior e temas correlatos*. In: Curso de direito do trabalho, 2ª. ed., Coordenação: Alice Monteiro de Barros, São Paulo: LTr, 1994, vol. II, p. 468.

empregador, a CLT está adotando a teoria objetiva, não para a responsabilidade proveniente da inexecução do contrato de trabalho, mas para a responsabilidade concernentes aos danos sofridos pelo empregado em razão da mera execução do contrato de trabalho. É, pois, comum o trabalhador sofrer danos quando do cumprimento de sua função contratual, independente de culpa patronal, mas como mera decorrência do exercício de suas atividades:

Empregado que utiliza o seu veículo como instrumento de trabalho, e no exercício de suas atividades é acometido de acidente automobilístico, faz jus à indenização por perdas e danos, com base na responsabilidade civil e trabalhista. (TRT, 8ª. Região, 1ª. Turma, Ac. N. 3019/95, Relator Juiz Tupinambá Neto, DJPA: 13/10/95, p. 01)

A responsabilidade objetiva da empresa também se manifesta em danos de terceiros causados por ato do empregado na execução do contrato de trabalho (art. 1521, III, CC/16). Ora, nessas hipóteses, independente de culpa patronal, a responsabilidade é da empresa e eventual ação de regresso contra o empregado somente poderá ocorrer em sintonia com as diretivas traçadas no § 1º. do art. 462 da CLT: dolo ou culpa prevista expressamente no contrato. É que eventuais danos, ainda que de natureza culposa, quando situados numa área de previsibilidade própria da execução contratual, integra o risco normal da atividade (álea contratual), não podendo repassar ao empregado tal ônus:

Eventuais danos de natureza culposa, situados numa margem de previsibilidade inerente à execução de determinado serviço, integram-se no risco normal do empreendimento e não comportam a responsabilização do empregado, mediante a imposição de deduções salariais. (TRT, 2ª. Região, 8ª. Turma, Ac. n. 2970264484, Relatora Wilma Nogueira da Silva. DJSP, 12/06/97, p. 55)

Impende ressaltar que o fundamento maior para adoção da responsabilidade objetiva na esfera contratual trabalhista não se encontra isolado no conceito legal de empregador, extraído do *caput* do art. 2º. da CLT, mas, sobretudo à luz do *solidarismo constitucional*, traduzido em seu plexo normativo-

axiológico de valorização da dignidade humana e os fundamentos da ordem econômica: função social da propriedade, primado do trabalho, proteção ao meio ambiente e busca de pleno emprego (art. 1º, III, 3º, I, 170 e 193 da CF)

O Novo Código Civil brasileiro, além de ampliar a teoria objetiva, reforça o cabimento da assunção do risco pelo empregador na esfera do contrato de trabalho, ao dispor:

art. 927 – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos *especificados em lei*, ou quando a *atividade normalmente desenvolvida* pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.”

[...]

Art. 931 – Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as *empresas respondem pelos danos causados pelos produtos postos em circulação*.

Art. 932 - São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III – *o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele*.

Art. 933 – As pessoas indicadas nos incisos I a III do artigo antecedente, *ainda que não haja culpa de sua parte*, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos¹⁸⁴.

A despeito da doutrina não ter se interessado pela sistematização e formulação de uma teoria do *risco da atividade econômica*, própria

¹⁸⁴ Os destaques apostos não fazem parte do original. Registre-se, outrossim, que o Projeto do CCB altera a atual regra do art. 1523: “Excetuadas as do art. 1521, V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte”. Em verdade, o novo CCB, através do art. 932 acima grafado, veio ratificar o entendimento jurisprudencial pacificado pelo STF, por intermédio da Súmula 341: “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

dos contratos de trabalho, um dos objetivos primordiais desta tese é justamente demonstrar a sua existência e manifestação, com base no *caput* do art. 2º. da CLT à luz do *solidarismo constitucional* (que tem em mira a tutela do trabalho e a dignidade do trabalhador) e nas cláusulas gerais de tutela ao hipossuficiente, função social do contrato e da boa-fé objetiva.

PARTE III: ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1. Espécies de responsabilidade no contrato de trabalho

A responsabilidade civil encerra requisitos de configuração que variam quando decorrentes da teoria subjetiva ou da teoria objetiva. Assim, em se tratando de responsabilidade com esteio na culpa, temos os seguintes elementos: a) dano; b) ato ou omissão ilícita; e, c) nexo causal. Entrementes, quando a responsabilidade se deve ao risco da atividade, temos: a) dano; b) atividade de risco; e, c) nexo causal.

Na seara do contrato de trabalho há duas espécies de responsabilidades: a *subjetiva* quando o dano decorre da inexecução contratual das partes e a *objetiva* do empregador perante prejuízo de terceiro causado por ato do empregado ou no caso de dano sofrido pelo trabalhador proveniente de mero cumprimento do contrato de trabalho, independente de culpa da empresa.

Esta última espécie de responsabilidade civil, do tipo objetiva, se funda em duas razões: a) *solidarismo constitucional*, que pauta a ordem econômica na valorização do trabalho humano e na função social da empresa, como corolário do que dispõe o art. 170, III e; b) *assunção do risco da atividade econômica pela empresa*, conforme se extrai do conceito determinado pela função, de empregador, cuja previsão consta no *caput* do art. 2º. da CLT.

Sobre a assunção do risco da atividade econômica pela empresa, não há como negar ser sucedânea do próprio poder de comando do empregador, que ao traçar as linhas de atuação acaba-se responsabilizando pelos desígnios da atividade, seus bônus e ônus, lucros e prejuízos (*ubi emolumentum, ibi onus*).

Em se tratando de responsabilidade contratual, o devedor, a rigor, responde pelos prejuízos que causar ao credor propiciados pelo não-cumprimento da obrigação. Logo, o dever jurídico violado resulta da inexecução de uma obrigação preexistente, a qual decorre da autonomia privada (o contrato). Ao contrário, na responsabilidade extracontratual é a violação da lei ou da ordem jurídica que dará ensejo à relação jurídica obrigacional entre agente e vítima.

Quando o empregado celebra o contrato tem como obrigação principal o compromisso de prestar serviço de forma subordinada, ou seja, de acordo com o *jus variandi* do empregador. Tal poder de comando encerra limites técnicos, o que vale dizer: o empregador dirige a atividade do empregado de acordo com as necessidades de serviço da empresa, vista em sua finalidade social.

O empregador, por sua vez, quando da contratação do empregado, avoca a obrigação de remunerá-lo, observando as normas cogentes típicas do *contrato-dirigido* (art. 444 da CLT). Além disso, devido ao conceito atribuído pelo art. 2º. da CLT, o empregador assume os riscos da atividade econômica, o que importa dizer que, na esfera contratual, o empregado entra apenas com sua mão-de-obra, sendo todos os demais riscos e despesas por conta exclusiva do empregador¹⁸⁵.

A obrigação de trabalhar (*obligatio facere*) é de *meio*, enquanto a obrigação de remunerar (*dare*) é de *resultado*. Dessa forma, o empregador chama para si o resultado que o empregado, em troca da energia despendida, receberá sem qualquer risco o salário ajustado e os direitos assegurados em lei.

¹⁸⁵ Sobre as várias teorias que fundamentam a presunção de culpa do empregador, ver adiante o item 3 da Parte V.

Veja-se que a responsabilidade objetiva do empregador na órbita do contrato de trabalho encontra o mesmo fundamento da responsabilidade objetiva por acidente do trabalho. Pedro Romano Martinez assim ilustra o tema:

Relacionando o contrato de trabalho com o de locação, admitir-se-ia que o empregador, qual locatário, seria devedor de uma determinada obrigação (similar à de guarda e de restituição da coisa locada incólume), que, por não ter sido cumprida, deu azo ao acidente de trabalho. E relativamente à falta de cumprimento dessa obrigação presumia-se a culpa do empregador.¹⁸⁶

Mutatis mutandi o empregado, quando celebra um contrato de trabalho, não concorre com qualquer risco. Tem, pois, direito a permanecer incólume seu patrimônio físico, moral e econômico. Desse modo, qualquer dano corporal, moral ou financeiro ocorrido em razão da atividade profissional, fará com que a indenização recaia sobre aquele que detém o risco da atividade: a empresa-empregadora. Caso o empregador não exerça atividade econômica, ainda assim será seu o risco por força da dicção do § 1º. do art. 2º que equipara as demais entidades à figura da empresa-empregadora.

Eis aí a característica marcante do contrato de trabalho que o diferencia dos demais contratos civis e, nesse particular, aproxima-o do contrato de consumo. Enquanto nos contratos civis, a procedência da ação reparatória encontra-se vinculada ao ato culposos do agente, no contrato de trabalho há dois tipos de responsabilidade: uma estribada na inexecução obrigacional e outra em que o dano tenha como nexos causais o simples exercício da atividade profissional. Aquela provém da responsabilidade civil subjetiva, enquanto a segunda está embasada na teoria objetiva concernente à assunção do risco da atividade pela empresa.

¹⁸⁶ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 731.

Aliás, é exemplo da primeira o dano material do empregado oriundo do ato culposos do empregador, que desprezou a estabilidade no emprego e o dispensou sem justa causa. Neste caso, o agente causador será condenado a reparar o dano emergente e o lucro cessante daí resultante, o que se traduz num retorno ao *status quo ante*. Destarte, o empregado terá direito à reintegração no emprego mais o pagamento dos salários, como se o contrato estivesse em curso, ou seja, com todos os reajustes legais e normativos da categoria.

Como exemplo da segunda espécie antes apontada, reparação independente de culpa, aponte-se o empregado vendedor, que em função das visitas que está obrigado a realizar, tem que se utilizar de veículo próprio, o qual resta danificado pela alta quilometragem despendida em razão da execução de seu contrato de trabalho:

Indenização pela utilização de veículo próprio em serviço. É devida a indenização por danos decorrentes de deterioração de veículo próprio do empregado utilizado por longos anos para a representação social do cargo ocupado, arbitrada em R\$ 11.000,00 (onze mil reais), valor aproximado dos chamados "carros populares". (TRT – 12ª R – 3ª T – Ac. nº 8778/99 – Rel. Juiz Osvaldo S. Olinger – DJSC: 31.08.99 – pág. 98)

Como se vê, em qualquer um desses casos o empregador responderá pelo prejuízo sofrido pelo empregado.

2. Inexecução contratual

Tendo em vista o que dispõe a lei, a doutrina aponta o *inadimplemento* e a *mora* como formas de inexecução contratual. Nesse sentido prescreve o art. 1056 do Código Civil:

Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos.

Ao dizer: “não cumprindo a obrigação”, o legislador está se referindo ao inadimplemento. Ao se explicitar: “deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos”, está se reportando à mora. Ambos se configuram quando possíveis de serem imputados ao devedor. Logo, a *força maior* ou a culpa exclusiva do credor descaracterizam tanto o inadimplemento quanto a mora.

O inadimplemento é a inexecução absoluta, enquanto a mora implica inexecução relativa. O inadimplemento se caracteriza pela impossibilidade da prestação ou mesmo quando o devedor se nega a cumpri-la. Já a mora pode ser purgada, se assim desejar o devedor e desde que a prestação ainda seja possível de ser realizada.

Registre-se que na órbita dos contratos de trabalho, a purgação pelo empregado resulta não apenas de sua vontade, mas de um consenso: volição do empregado e aceitação do empregador:

Importa reiterar que a situação de mora depende de um pressuposto relacionado com a vontade de ambas as partes: só há mora se o credor (empregador) tiver interesse em aceitar a prestação posteriormente e se o devedor (trabalhador) estiver disposto a realizá-la; dito de outro modo, a mora na prestação principal do trabalhador e a respectiva purgação assenta numa situação de consenso. Esta necessidade de consenso, não exigida no Direito das Obrigações, advém da particularidade do vínculo laboral.¹⁸⁷

O mesmo se dá se o credor for o empregado que perdeu o interesse na ultimação tardia da mora do empregador. Imagine-se, por exemplo, que o empregador deixe de pagar o salário no dia do vencimento e só venha fazê-lo *a posteriori*, vinte dias mais tarde. O empregado, prejudicado pelas dívidas particulares vencidas, é sensivelmente afetado, implicando o rompimento da fidúcia que norteia a relação de emprego. Deliberando-se pela resolução contratual, com fulcro no art. 483, letra “d” da CLT, vai a juízo pleitear além das verbas rescisórias, danos morais e materiais resultantes do ato culposo do empregador.

¹⁸⁷ MARTINEZ, Pedro Romano. *Op. cit.* p. 699.

Ainda: imagine-se o empregado que chega três horas atrasado em dia especial de trabalho, causando, por isso, prejuízos de grande monta ao patrimônio da empresa, levando à quebra de confiança. Diante dos fatos, além da rescisão por justa causa, o empregador poderá buscar a reparação de seu dano material caso o atraso tenha sido provocado por dolo ou por ato culposo previamente previsto no contrato¹⁸⁸.

Nas duas ocorrências aventadas poderia haver purgação da mora, compensando o atraso com outro dia ou pagando o salário atrasado com os devidos encargos porventura existentes. O que levou à mora se converter em inadimplemento foi, nas duas situações, a ausência de aceitação por parte do credor, que preferiu a resolução do contrato. Dessa feita, devido à natureza do contrato de trabalho, que envolve relação especial de fidúcia norteadora da prestação pessoal do serviço, a purgação da mora se condiciona não apenas à vontade do devedor, mas ao *consenso* das partes.

Há ocasiões em que a impossibilidade de conversão da mora em inadimplemento não decorrerá da vontade do devedor, mas da inutilidade de seu cumprimento. Exemplifique-se com a obrigação legal do empregador em relação à entrega das guias do seguro-desemprego. Expirado o tempo legal, capaz de proporcionar ao empregado o levantamento das parcelas a que tem direito, a prestação torna-se imprestável, deixando de caracterizar *mora*, mas *inadimplemento*. Neste caso, o empregado tem direito a perceber o dano material daí resultante, consoante tema pacificado pelo TST:

OJ-SDI-I n. 211: Seguro-desemprego. Guias. Não-liberação. Indenização substitutiva. “O não fornecimento pelo empregador da guia necessária para o recebimento do seguro-desemprego dá origem ao direito à indenização”.

¹⁸⁸ Nesse sentido são as diretivas extraídas do § 1º. do art. 462 da CLT que, apesar de estarem traçadas para os casos de descontos salariais, aplicam-se à ação reparatória intentada pelo empregador.

A parte prejudicada pela mora, além de resistir a purgação e decidir, em caso de gravidade, pela resolução do contrato, poderá utilizar-se da *exceptio non adimpletus contractus* de que trata o art. 1092 do CC/16 e art. 476 do NCCB.

Há que se registrar também, que a mora pode ser *ex re* ou *ex persona*. A primeira se opera de pleno direito a contar da data de seu vencimento, *vg*: no caso de mora salarial, a partir do prazo de que trata o § 1º, do art. 459, da CLT. A mora *ex persona* caracteriza-se com a notificação do devedor, nos casos em que não há dia certo para o cumprimento da prestação, *vg*: na devolução de ferramentas de trabalho fornecidas ao empregado pelo empregador.

Não se confunda a mora *solvendi*, imputável ao devedor quando a prestação ainda é possível, com a mora *accipiendi*, assinalada pela injusta recusa do credor em aceitar o cumprimento da obrigação na forma, lugar e tempo devidos¹⁸⁹.

Na mora *accipiendi*, também chamada mora *creditoris*, são possíveis pelo menos dois efeitos:

a) o devedor não incorre em responsabilidade - cite-se como exemplo, a recusa injustificada de recebimento de verbas rescisórias pelo empregado, situação em que o empregador não responderá pela multa de que trata o § 8º, do art. 477, da CLT;

b) o devedor exonera-se do incumprimento mediante ação de consignação em pagamento interposta perante a Justiça do

¹⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2ª. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., p. 204. O jurista diz que o elemento culpa, na mora *accipiendi*, é dispensável, o que se depreende da combinação dos artigos 955 e 963 do Código Civil, sendo que o primeiro cogita dos elementos objetivos da mora, enquanto o segundo, ao tratar do elemento subjetivo, só se refere ao devedor.

Trabalho, quando a prestação decorrer da execução do contrato de trabalho. Em tal caso, todos os riscos da mora *creditoris*, inclusive despesas processuais, deverão ser suportados pelo credor.

O art. 1064 do Código Civil prevê a incidência de juros pela mora do devedor, independente de alegação de prejuízo do credor, quando da fixação do valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento ou acordo entre as partes. Segundo Cavalieri, os juros moratórios são uma espécie de “indenização mínima, legalmente presumida, pelo retardamento do cumprimento da obrigação, pelo que são sempre devidos”¹⁹⁰.

Em relação às obrigações trabalhistas, o art. 39 da Lei n. 8.177/91 determina a incidência de juros na razão de 1% ao mês, de forma simples, contados desde o ajuizamento da ação trabalhista. Não há dúvida que, por ser verba indenizatória, inviável a incidência de Imposto de Renda tampouco de contribuição previdenciária:

Os juros resultantes de mora no processo trabalhista não sofrem a incidência de imposto de renda, exatamente por não se constituírem em rendimentos, mas simples penalidade resultante do atraso no cumprimento da obrigação. (TRT – 1ª R – 2ª T – Ap. nº 1807/97 – Rel. Juiz José Leopoldo de Souza – DJRJ 12.11.97 – p. 132)¹⁹¹

Quanto à chamada *cláusula penal*, trata-se de uma “indenização prévia das perdas e danos”¹⁹² estipulada de forma livre e facultativa

¹⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. Cit.* p. 205.

¹⁹¹ Veja-se em sentido contrário, aresto que valoriza em demasia Instruções Normativas da Receita Federal em detrimento da lei: “Juros de mora – Natureza tributável. Para efeitos de imposto de renda, os juros de mora, pagos na ação trabalhista, constituem parcela tributável, nos termos do item VI do artigo 6º da Instrução Normativa da Receita Federal nº 2/93. A regra do inciso I do § 1º do artigo 46 da Lei nº 8.541/92 direciona-se à hipótese de lucro cessante, não coadunável com a da espécie. Improspera a pretensão recursal, de atribuir-se natureza indenizatória aos juros de mora, para deles afastar-se a incidência da tributação.” (TRT – 15ª R – 1ª T – Ac. nº 12119/2001 – Rel. Luiz Antônio Lazarim – DJSP 2.4.2001 – p. 54).

¹⁹² LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. II, 7ª.ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000, p. 152.

pelas partes, a qual incidirá em caso de mora ou inadimplemento, total ou parcial, da obrigação principal. O seu valor, a rigor, é imutável, não podendo exceder o da obrigação principal, exceto quando a obrigação de fundo for cumprida em parte, ocasião em que o juiz poderá reduzir proporcionalmente a pena estipulada. Exegese dos artigos 916 a 927 do Código Civil.

Numa visão moderna, a inexecução contratual importa não só a inadimplência da obrigação principal, mas também o não-cumprimento da obrigação secundária ou mesmo de algum dever anexo de conduta.

Por *obrigações principais* temos aquelas que constituem o próprio núcleo definidor do contrato. Assim é a compra e venda nos contratos de compra e venda, o trabalho nos contratos de trabalho, o aluguel no contrato de locação, etc. Na esfera trabalhista, a obrigação principal do empregado é trabalhar de maneira subordinada e de acordo com as diretivas da empresa-empregadora, sendo a obrigação principal desta a de remunerar o trabalho prestado, de acordo com o valor pactuado e nos termos das normas legais e coletivas que incidem sobre o contrato:

A omissão do empregador em fornecer alimentação, conforme previsto em instrumento normativo, gera direito à indenização correspondente. A cláusula convencional tem natureza penal, objetivando instar a empresa ao cumprimento da obrigação, não se confundindo com o dever do empregador em indenizar o dano causado. (TRT, 12ª. Região, 3ª. Turma, Ac. 9976/99, Relator Osvaldo S. Olinger, DJSC: 29/09/99, p. 195)

As *obrigações secundárias* podem ser subdivididas em duas: aquelas meramente *acessórias das obrigações principais*, as quais preparam o seu regular cumprimento e as *obrigações secundárias com prestação autônoma*, que revelam verdadeiros sucedâneos da obrigação principal, como o dever de indenizar resultante da impossibilidade culposa da prestação¹⁹³. São exemplos de violação da

¹⁹³ MARTINS-SOUZA, Judith. *A boa-fé* ..., p. 438.

primeira espécie de obrigação secundária o pagamento do salário com cheques de terceiro ou cheques cruzados em ofensa à Portaria do MTb, n. 3281/84. Como hipótese de obrigação secundária autônoma, aponte-se a incidência de multa normativa para o pagamento salarial intempestivo.

Por derradeiro, os *deveres de conduta anexos, laterais ou acessórios*¹⁹⁴, os quais não dizem respeito a prestações específicas, revelando-se apenas na medida em que sejam necessários para a realização das finalidades da própria relação obrigacional¹⁹⁵, em atenção a uma identidade finalística e a uma unidade funcional¹⁹⁶.

Tais deveres têm sua origem e, simultaneamente, são informados pela *boa-fé*. Não apenas a boa-fé crença, que faz valer a declaração firmada, mas, antes, a boa-fé objetiva, que é a boa-fé lealdade orientadora do comportamento reto dos sujeitos da relação obrigacional, sobretudo, daquela duradoura e complexa, como é o caso do contrato de trabalho.

Não resta dúvida de que os deveres anexos de conduta são os que melhores expressam o *solidarismo constitucional*, que está pautado na dignidade do homem, visando uma sociedade livre, justa e solidária (art. 1º, III e 3º, I, da CF). Somente a partir de uma concepção dinâmica, complexa, vendo a relação jurídica como um processo finalístico, à luz da chamada funcionalização dos conceitos, é que, enfim, poderemos recepcionar e valorizar os aludidos deveres de conduta inspirados pela boa-fé objetiva, doravante plasmada sob o aspecto de cláusula geral dos contratos (art. 422 do NCCB).

Sobre o dever patronal de respeitar a dignidade pessoal do trabalhador, Américo Plá Rodriguez observa suas diversas implicações práticas,

¹⁹⁴ Conforme observa Martins-Souza, as várias expressões adotadas para esta espécie reportam-se, direta ou indiretamente, às denominações alemãs *Nebenpflichten* (Esser), uma vez ter sido a doutrina germânica a pioneira em seu tratamento. *A boa-fé ...*, p. 438.

¹⁹⁵ NORONHA, Fernando. *op.cit.*, p. 160.

¹⁹⁶ MARTINS-SOUZA, Judith. *A boa-fé ...*, p. 440.

tais como: o trato pessoal que deve ser correto e digno tanto pela linguagem quanto pelo tom de voz; a devida consideração para com o trabalhador diante da clientela ou de terceiros, abstendo-se de fazer observações ou recriminações; o afastamento de medidas incômodas ou vexatórias, como a realização de revistas pessoais à saída do estabelecimento; a preservação da intimidade do trabalhador, evitando investigações ou preenchimento de formulários que digam respeito ao seu comportamento familiar ou a sua conduta privada¹⁹⁷.

A despeito da existência de várias taxionomias acerca dos deveres anexos de conduta, adotamos aquela de Antonio Menezes Cordeiro¹⁹⁸, que assim dispõe:

- a) deveres de proteção;
- b) deveres de esclarecimento;
- c) deveres de lealdade.

Os primeiros visam elidir danos mútuos nas pessoas e nos patrimônios dos contratantes. Os segundos obrigam as partes a informarem-se mutuamente de todos os aspectos do vínculo, bem como os efeitos que da execução contratual possam advir. Os últimos impõem aos contratantes absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do contrato ou causar desequilíbrio acerca da comutatividade das prestações¹⁹⁹.

A propósito, Américo Plá Rodriguez fala da obrigação de colaboração como sendo vinculada à obrigação de fidelidade, as quais são englobadas na obrigação de lealdade que “leva a impor certos comportamentos positivos pelos quais, de algum modo, se vai além do cumprimento normal das

¹⁹⁷ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Curso de direito do trabalho. Contratos de trabalho*. Tradução: João da Silva Passos. São Paulo: LTr, 1982, p.154/155.

¹⁹⁸ CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa-fé*, p. 604 e seguintes.

¹⁹⁹ Idem.

obrigações regulares”, representando no contrato de trabalho a projeção do princípio da boa fé²⁰⁰.

3. Ato ilícito e Culpa

A responsabilidade civil no contrato individual de trabalho manifesta-se da seguinte forma:

- a) responsabilidade subjetiva decorrente da inexecução do contrato, tanto do empregado quanto do empregador;
- b) responsabilidade objetiva da empresa em face de dano sofrido pelo empregado em razão do cumprimento do contrato;

Tais responsabilidades são diretas, ou seja, por fato próprio das partes. Aponte-se, contudo, uma terceira espécie denominada responsabilidade por *fato de outrem*:

- c) responsabilidade do empregador por ato do empregado que causa dano a terceiro;

A responsabilidade acima explicitada apresenta dois planos, sendo o primeiro a responsabilidade subjetiva do empregado que, em decorrência de ato ilícito causa dano a terceiro (art. 159, CC/16); o segundo versa sobre a responsabilidade objetiva do empregador em relação a atos de seus empregados e prepostos (art. 1524 do CC/16 interpretado à luz da Súmula 341 do STF e art. 933 NCCB). Em outros termos: para que o terceiro tenha direito à reparação é preciso identificar o ato culposos do empregado-agente; não obstante, para responsabilizar solidariamente o empregador não há necessidade de se constatar culpa patronal²⁰¹.

²⁰⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. Curso ..., p. 136 e 139.

²⁰¹ Enquanto o art. 1524 do CC/16 hesita ao expressar que tal responsabilidade é objetiva, sendo a questão esclarecida através da Súmula n. 341 do STF que fala da “presunção de culpa do

Veja-se que no campo da responsabilidade acidentária, há também duas facetas: - para a liberação do seguro de acidente do trabalho (SAT), custeado pelo empregador, é desnecessário a culpa da empresa; - para a reparação de danos não cobertos pelo SAT, exige-se a comprovação de dolo ou culpa do empregador, - exegese do art. 7º, XXVIII, da CR.

Diante desse quadro, que demonstra as várias formas de responsabilidade civil na órbita do contrato de trabalho, deduz-se que o elemento *culpa* é relevante nas hipóteses de responsabilidade subjetiva, sendo desprezado nas responsabilidades objetivas, as quais requerem apenas a comprovação do dano e do nexo causal.

A culpa integra o conceito de ato ilícito que, por sua vez, caracteriza-se como todo ato voluntário do homem que contraria a ordem jurídica. Conforme assinala Alsina, “en el fondo la noción de culpa se confunde con la de ilicitud, o sea que lo ilícito es culpable y lo culpable es ilícito”²⁰².

Observa-se que a primeira parte do art. 159 do CC/16, no título referente aos atos ilícitos, faz menção à conduta humana voluntária em seu conceito: “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Na verdade, preconiza Lindberg Montenegro, o ato ilícito, como uma das fontes da responsabilidade civil, funda-se em conteúdo moral e tem em vista o homem dotado de autodeterminação, com capacidade de

patrão pelo ato culposo do empregado”, o NCCB, em seu art. 933 é claro ao falar que o empregador responde por ato de seus empregados “ainda que não haja culpa de sua parte”, o que nos leva a inferência de uma responsabilidade objetiva.

²⁰² ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979, p. 34.

entendimento e liberdade para conduzir a sua vontade segundo os valores e as condições de vida em sociedade²⁰³.

Assim, ato ilícito é a *antijuridicidade* oriunda de *ação voluntária* com *culpa* do agente. A ação voluntária do homem, em sentido amplo, decorre da manifestação de sua vontade em fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Entretanto, não se pode confundir vontade com o querer intencional. Esta noção é necessária para diferenciar *culpa* de *dolo*, ambas pertencentes à “culpa *lato sensu*”. Enquanto no dolo há uma tríplice coincidência entre vontade manifestada, intenção desejada e resultado obtido, na culpa o agente decide pela conduta praticada, sem desejar o resultado maléfico, o qual é, todavia, *previsível* devido à negligência, imprudência e imperícia praticadas.

A *negligência* é a ausência de cautela adequada do agente, configurada por uma atitude omissiva, vg: o empregador é negligente quando deixa de instruir sobre o uso adequado de EPI. A *imprudência* é a falta de cuidado caracterizada numa atitude comissiva, vg: o empregador que adverte seu empregado em ato excessivo e na frente de clientes, causando-lhe danos morais. Finalmente, a *imperícia* traduz-se pela falta de habilidade no exercício de atividade profissional ou técnica, , vg: o empregado na função de motorista que causa dano ao patrimônio da empresa por falta de habilidade na condução do veículo da empresa (“barbeiragem no volante”).

Em nenhuma das três espécies o agente deseja o resultado antijurídico porém, em função de sua conduta displicente, há possibilidade do resultado danoso e, daí, a *imputabilidade*. Caso o evento seja imprevisível e sem qualquer concorrência de culpa do empregador, recai-se, então, no campo da *força maior*. Nessa hipótese então não haverá que falar em imputabilidade ou indenização em relação aos contratos civis (art. 1058 do CC e 393 do NCCB), permanecendo,

²⁰³ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1999, p. 30.

contudo, na órbita dos contratos de trabalho, a responsabilidade da empresa com indenização passível de mitigação²⁰⁴.

Aliás, considerando que o agente negligente, imprudente ou que age com imperícia, o faz deliberadamente, ou seja, com uma suposta capacidade de discernimento e livre arbítrio, daí dizer que o dano resultante lhe é *imputável*.

A imputabilidade é, pois, elemento indissociável da culpa, podendo ser conceituada como “o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas conseqüências de uma conduta contrária ao dever”²⁰⁵; com outras palavras: “imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo”²⁰⁶. Diante do exposto, o artigo 5º. do CC/16 considera absolutamente incapazes de exercer pessoalmente seus atos os menores e os loucos, os quais são inimputáveis no que tange a seus atos antijurídicos, posto que lhes falta maturação e discernimento mental²⁰⁷.

Mencione-se ainda os casos em que o agente atua em *legítima defesa* ou *no exercício regular de um direito* reconhecido. A rigor, nessas situações não há responsabilidade, porque sequer existe ato ilícito (art. 160, I, CC/16). Não obstante, considerando que na esfera trabalhista nem sempre a indenização se vincula ao ato ilícito, é perfeitamente possível o empregador ter que indenizar o empregado por dano que lhe for causado, ainda que decorrente de simples exercício regular de direito. Exemplo típico é a indenização por tempo de serviço traduzida na multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, paga pelo empregador quando exercita o seu direito potestativo de resilir o contrato.

²⁰⁴ Nos termos do art. 502 da CLT, havendo rescisão contratual por força maior o empregador paga indenização pela metade ao seu empregado.

²⁰⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op.cit.*, p. 41.

²⁰⁶ *Idem*.

²⁰⁷ Nesse sentido são os incisos I e II do art. 5º. do CC/16.

Quanto à legítima defesa expressa na órbita dos contratos de trabalho, é preciso especificar um fato: na justa causa fulcrada na agressão física entre empregado e empregador, nem sempre há possibilidade de identificar quem é o agressor e quem é a pessoa que age em legítima defesa. Neste caso o julgador poderá aplicar a *culpa recíproca* de que trata o art. 484 da CLT, remanescendo ao empregador o dever de indenizar o empregado, contudo pela metade do valor à que teria direito em caso de culpa exclusiva do empregador.

O aludido artigo 160 em seu inciso II, do CC/16, declara inexistir ato ilícito quando o agente atua em *estado de necessidade* para remover perigo iminente, desde que as circunstâncias tornem o ato absolutamente necessário e sem exceder “os limites do indispensável” para a remoção do perigo (parágrafo único do art. 160). Caso o dono da coisa afetada não tenha sido o culpado pelo perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo que sofreu (art. 1519, CC/16). E mais: se o agente for o empregador ou um de seus empregados, a empresa será responsável perante a vítima (art. 159 e 1521, III). Se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este caberá ação de regresso (art. 1520) e, em sendo a culpa do empregado, a ação de regresso somente será acolhida em caso de excesso doloso robustamente comprovado.

O Código de 1916 não contemplou expressamente a graduação da culpa; todavia, tanto a jurisprudência quanto a doutrina já vinham assim fazendo não propriamente para caracterizar a responsabilidade”, até porque ainda que levíssima a culpa haverá o dever de indenizar (*in lege aquilea et levíssima culpa venit*), mas como “parâmetro de quantificação da indenização”.

O novo Código Civil ao disciplinar a matéria inovou-a, absorvendo, no particular, a evolução jurisprudencial. Dessa feita, rezam os artigos 944 e 945:

Art. 944: A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único: Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Art. 945: Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Logo, a regra geral permanece intocável no sentido de que a indenização se mede pela extensão do dano (*restitutum in integrum*). Todavia, doravante, a própria lei fez questão de dizer que o grau de culpa, para o qual concorreram agente e vítima, poderá servir de base para o juiz fixar o *quantum* indenizatório.

Os graus da culpa passaram a ganhar relevo a partir de então, motivo pelo qual vale a pena diferenciar a culpa grave, da culpa leve e da levíssima.

Para tanto, observa-se que a doutrina vem adotando, como critério objetivo, a fórmula romanista do “bom pai de família” e sua conhecida locução *bonus pater familias*:

Quer a *culpa grave* quer a *culpa leve* correspondem a condutas de que uma pessoa normalmente diligente – o “bonus pater familias” – se absteria. A diferença entre elas está em que a primeira só por uma pessoa particularmente negligente se mostra susceptível de ser cometida. A culpa grave apresenta-se como uma negligência grosseira: “nimia vel magna negligentia” lhe chamavam os romanos, que diziam consistir em “nos intelligeri quos omnes intelligunt”. A culpa levíssima, essa seria a que apenas uma pessoa excepcionalmente diligente conseguia evitar²⁰⁸.

Na órbita da responsabilidade civil contratual a culpa grave equivale no Direito Penal à *culpa consciente* que, por sua vez, aproxima-se do *dolo eventual*. Em ambos, há previsão do resultado, só que no dolo eventual o agente

²⁰⁸ TELLES, Inocêncio Galvão. *Op. cit.*, p. 354.

assume o risco de produzi-lo, ao passo que na culpa consciente ele acredita sinceramente que o evento não ocorrerá²⁰⁹.

Em sede de ação reparatoria de acidente do trabalho, a distinção ganhou importância com a promulgação da CF/88, pois antes dela o empregador respondia apenas pelos danos causados por “dolo ou culpa grave”, de acordo com a dicção da Súmula n. 229 do STF. Em vigor o art. 7º XXVIII, da atual Carta da República, o empregador passa a responder por dolo ou culpa (simples). Fruto da nova postura axiológica solidarista, a modificação trouxe sensíveis efeitos práticos, priorizando a tutela do trabalhador que, nesses infortúnios, vê-se lesado não só em sua integridade física, mas também, e acima de tudo, em sua dignidade humana. Em razão disso, é comum, em tais ações acidentárias, o pleito cumulado de reparação de danos materiais e morais.

Em se tratando de dano originário da inexecução contratual, o ato culposos será presumido caso a obrigação inadimplida seja de resultado como, por exemplo, o prejuízo moral oriundo da inadimplência salarial. Nessa situação, a vítima só precisa provar o dano e o nexo causal. Contudo, quando a inexecução for de obrigação de meio, vg: deveres anexos de colaboração ou lealdade, a presunção de culpa não se alcança, tendo o ofendido que comprová-la em juízo.

Sobre a temática em tela, Sérgio Cavalieri Filho assinala acertadamente o seguinte:

o que é decisivo é o tipo de obrigação assumida no contrato. Se o contratante assumiu a obrigação de alcançar um determinado resultado e não conseguiu, haverá *culpa presumida*, ou, em alguns casos, até responsabilidade objetiva; se a obrigação assumida no contrato foi de meio, a responsabilidade, embora contratual, será fundada na culpa provada²¹⁰.

²⁰⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op.cit.*, p. 41.

²¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 198

Nessa trilha, é salutar marcar a distinção entre culpa *in eligendo*, da culpa *in vigilando*, ambas aplicáveis no campo da responsabilidade civil subjetiva, forte nos contratos de trabalho. Culpa *in eligendo* é aquela que procede da má escolha do representante ou preposto da empresa. Culpa *in vigilando* provém da ausência de correta fiscalização ou vigilância do empregador em relação aos atos dos empregados que se encontram sob sua subordinação. Tais espécies são relevantes, principalmente, para fundamentar a responsabilidade do empregador por ato danoso praticado por seu empregado contra terceiro.

4. Dano material e moral

O dano constitui a essência da responsabilidade civil, máxime nos casos de responsabilidade objetiva. Sem dano pode até existir responsabilidade penal, mas jamais civil. A indenização quando dissociada do dano é locupletamento.

Os danos devem ser classificados não por sua causa, mas por seus efeitos. Assim, quando o prejuízo repercute sobre o patrimônio da vítima, entendido como aquele suscetível de aferição em dinheiro, denominar-se-á dano patrimonial. Ao revés, quando a implicação do dano lesa interesse sem expressão econômica, dir-se-á, então, dano extrapatrimonial.

O dano patrimonial também é chamado pela doutrina de “dano material” e, por sua natureza, é razoavelmente precisa a sua reparação integral (*restitutio in integrum*), ao contrário do dano extrapatrimonial, que encerra função menos ressarcível e mais compensatória. Sobre o assunto João Casillo preconiza:

O princípio da *restitutio in integrum* aplica-se de maneira mais apropriada ao dano patrimonial, pois no dano não patrimonial em verdade há mais uma compensação do que efetivamente uma restituição ao *statu quo ante*. Mesmo

assim, esta compensação visaria, pelo menos em tese, a restituir à pessoa ofendida o seu estado de espírito anterior ao dano.²¹¹

O dano patrimonial alcança tanto o dano atual, quanto o dano futuro. Aquele é conhecido como dano emergente, constituindo-se em tudo aquilo que se perdeu e que já seja suscetível de liquidação pela aplicação da diferença (*differentztheorie*) entre o patrimônio anterior e posterior à inexecução contratual *ou* ao fato gerador do dano.

É que, conforme dissemos, no âmbito do contrato de trabalho podem existir dois tipos de responsabilidade civil; a primeira decorre da inexecução contratual, seguindo as regras normais do instituto, enquanto a outra é aquela em que o dano do empregado se manifesta não pela inexecução obrigacional do empregador, mas *em razão do cumprimento do contrato*, ocasião em que a empresa, independente de culpa patronal, assume os riscos do prejuízo infligido aos seus empregados ou a terceiros.

O *damnum emergens* assim como o lucro cessante estão contemplados no art. 1059 do Código Civil:

Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

A parte final do dispositivo define o *lucrum cessans* como a perda do ganho esperável, a frustração da expectativa de lucro, a diminuição potencial do patrimônio do ofendido, apurado segundo um juízo razoável de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos²¹².

²¹¹ CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 1994, p. 84. O jurista paranaense lembra que a expressão remonta o antigo direito romano: “restitutio in integrum in genere sic solet definiri: Ut sit pristini status amisi recuperatio” (a integral restituição assim pode ser definida: que seja a recuperação do estado primitivo perdido).

²¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2ª. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., p. 72.

Conforme lembra Fischer, enquanto o dano positivo tem uma base firme, pois se refere sempre a fatos passados, o de lucro cessante é dominado pela incerteza que resulta de se operar com entidades imaginárias: “aqui, (no lucro cessante) só é seguro não poderem já verificar-se aqueles resultados dos quais, se não fosse a interposição do acontecimento danoso, teria brotado o lucro impedido”²¹³.

Como visto, enquanto o dano emergente retrata o prejuízo atual, o lucro cessante envolve o prejuízo futuro, o qual pode se manifestar sob dupla forma: como continuação do dano atual ou como dano futuro propriamente dito.

Num acidente do trabalho, por exemplo, os gastos com a continuação do tratamento são danos futuros continuados, enquanto que o prejuízo oriundo do período em que a vítima estará impedida de trabalhar implicará dano futuro propriamente dito²¹⁴.

Incumbe, ainda, anotar que a admissão por parte da jurisprudência do dano material proveniente da “perda de uma chance”, a qual visa a indenização do dano causado quando a vítima se vê frustrada, por ato de terceiro, em uma expectativa séria e provável, no sentido de obter uma vantagem ou de evitar uma perda que a ameaça²¹⁵.

Quanto ao dano extrapatrimonial, também chamado de dano moral, se havia alguma ressalva no que diz respeito ao seu cabimento²¹⁶ e

²¹³ FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução: Antônio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva Editores, 1938, p. 49.

²¹⁴ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 11.

²¹⁵ JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*, Paris: Dalloz, 1992, p. 121. *Apud*: SEVERO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 11. Exemplo típico é do advogado que ao deixar de interpor um recurso por perda de prazo faz com que seu cliente perca a causa judicial, implicando o dever de indenizar.

²¹⁶ Conforme registra Sérgio Cavalieri Filho, “numa primeira fase negava-se ressarcibilidade ao dano moral, sob fundamento de ser ele inestimável. Chegava-se, mesmo, ao extremo de considerar imoral estabelecer um preço para a dor. Aos poucos, entretanto, foi sendo evidenciado que esses

amparo legal, com o advento da Constituição Federal de 1988 não remanesce qualquer incerteza, encontrando-se superadas tais questões, de acordo com o que se infere do solidarismo do constitucional que foi capaz de plasmar os incisos V e X, do art. 5º, *in verbis*:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

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

A título de ilustração, até mesmo o novo Código Civil fez questão de incluir o dano moral, modificando a regra do art. 159 do CC/16 para assim constar:

Art. 186 do NCCB: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, *ainda que exclusivamente moral*, comete ato ilícito.

A doutrina hesita em conceituar e classificar o dano extrapatrimonial. Há aqueles que como os irmãos Mazeaud vinculam o dano extrapatrimonial como “aquele que causa uma dor moral à vítima”²¹⁷; existem outros, como Paulo Luiz Netto Lobo, que embora refutem a primeira corrente, dizendo que “a dor é uma consequência, não é o direito violado”, concluem não haver outras hipóteses de danos morais “além das violações aos direitos de personalidade”²¹⁸.

argumentos tinham por fundamento um sofisma, por isso que não se trata de *pretium doloris*, mas de simples compensação, ainda que pequena, pela tristeza injustamente infligida à vítima”. *Op. cit.*, p. 75.

²¹⁷ MAZEAUD, Henry. MAZEAUD, Léon. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractaul*. Tradução Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Título original: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. Buenos Aires: EJE, 1961, p. 424.

²¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*. In: *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 364.

Por fim, há aqueles que adotam uma conceituação negativa de danos extrapatrimoniais como sendo aqueles “danos que *não* têm repercussão de caráter patrimonial”²¹⁹. Consigne-se, outrossim, a existência de corrente minoritária que posiciona os danos ofensivos aos direitos da personalidade como um *tertium genus*²²⁰, o que nos parece injustificável, vez que, consoante adverte Severo, não se verifica em tais direitos “nenhuma particularidade que exija um tratamento diverso daquele dispensado aos demais interesses extrapatrimoniais”²²¹.

Destarte, há que prevalecer a taxionomia dualista: danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais. Aqueles são os materiais e, portanto, suscetíveis de precisa avaliação econômica, enquanto os demais são todos os que não se enquadram no primeiro, sendo, nessa perspectiva, residuais.

Oportuno indicar a distinção de Miguel Reale entre *dano moral objetivo*, atinente a dimensão moral da pessoa em seu meio social, envolvendo o prejuízo de sua imagem e o *dano moral subjetivo* correlacionado com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita à dor ou sofrimento próprios, os quais por serem afetados, devem sofrer inequívoca reparação²²².

Até pouco tempo atrás, remanescia certa dúvida acerca do cabimento da reparação do dano moral no campo da responsabilidade contratual. A despeito do referido art. 1059 só mencionar o dano emergente e o lucro cessante, tanto a CF em seu art. 5º, X, quanto o NCCB, em seu art. 186, contemplam expressamente o direito à reparação dos danos extrapatrimoniais. Demais disso, a

²¹⁹ RODRIGUES, Sílvia. *Direito civil. Responsabilidade ...*, 2002 p. 189

²²⁰ Há quem sustente que o terceiro gênero é constituído dos direitos corporais, estético ou da imagem.

²²¹ SEVERO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 47.

²²² REALE, Miguel. *O dano moral no direito brasileiro*. In: Temas de direito positivo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 23.

jurisprudência é pródiga nos casos de admissão do dano moral na órbita contratual, mesmo antes da promulgação da CF/88.

Assim, em tempos hodiernos admite-se o dano extrapatrimonial em matéria contratual, o qual pode se manifestar pelo: “(a) *não-cumprimento de uma obrigação*, (b) seu *cumprimento defeituoso* ou (c) *quebra de deveres secundários derivados da boa-fé*” ²²³. Geralmente, em tais conjecturas o dano moral se encontra cumulado com o dano material, o que é possível, posto que partem de fatos geradores diversos. Nessa perspectiva é a Súmula 37 do STJ.

Das três formas já vistas, a de maior incidência é o dano moral oriundo do descumprimento de dever anexo de conduta, o qual se pauta na proteção, informação e lealdade. Se de um lado é comum o empregador cumprir de forma regular sua obrigação principal, de outro lado, todavia, verifica-se, amiúde, seu total desrespeito em relação à pessoa do trabalhador. Em manifesto extrapolamento do exercício do *jus variandi*, o empregador, aproveitando-se de sua condição ascendente, ora trata seu empregado com total menoscabo, injuriando-o e o destratando na frente de seus colegas, ora o trata com rigor excessivo, exigindo-lhe uma produtividade desumana com imposição de horas extras e expedientes em domingos e feriados, pouco se importando com suas necessidades familiares e sociais.

Nesse sentido, Valdir Florindo adverte:

Como sabemos, na relação de emprego existem abusos, por parte do empregador, atingindo a honra, a dignidade daquele que lhe presta serviços e que colabora para com o crescimento da produção, e que absolutamente não pode ser tratado com indiferença e insensatez, e sim com seus próprios valores, pois a pessoa humana é a fonte e fulcro de todos os valores. Essa questão é fundamental, tendo razão a preocupação apontada, pois o Direito do Trabalho possui

²²³ SEVERO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 58.

princípios protetivos, em especial o magno princípio de proteção ao trabalhador²²⁴.

O solidarismo marcante em nossa atual Carta da República, culminado em seu art. 1º, III, ao se referir à dignidade da pessoa humana, encerra um conteúdo normativo não só para impor limites ao poder diretivo do empregador, mas, sobretudo, para infundir ações positivas de respeito e elevação à pessoa do empregado, assegurando-lhe um ambiente de trabalho adequado, um salário digno capaz de atender suas necessidades vitais e de sua família, além de reconhecer sua performance profissional através de promoções funcionais, homenagens e reajustes espontâneos. Práticas esquecidas em tempos de reestruturação produtiva que, em regra, direciona-se para a busca frenética do lucro e o aviltamento da mão-de-obra.

Não se negue que, no campo da responsabilidade civil, o solidarismo constitucional também se manifesta na postura dos julgadores em buscar a reparação efetiva do dano infligido ao trabalhador, enxergando-o em sua essência, não apenas como um sujeito de direito de uma relação jurídica, mas antes como gente em sua essência humana e digna.

A efetiva reparação do dano extrapatrimonial, mormente quando advindo da relação empregatícia, deve representar, uma dupla função reparatório-preventiva²²⁵, constituindo-se, assim, numa sentença didática capaz de desestimular a reiteração da prática leviana da empresa em relação à vítima ou a um de seus pares:

A indenização por dano moral deve ser fixada em valor razoável, de molde a traduzir uma compensação, para a

²²⁴ FLORINDO, Valdir. *Dano moral e o direito do trabalho*. 3ª. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 67.

²²⁵ Segundo Jean-Louis Bergel, “cumpre distinguir a estrita *reparação* do dano causado ou do prejuízo sofrido, noutras palavras, “a justiça reparadora”, restitutória ou indenizadora, e *as penas*, ou seja, sofrimentos impostos àquele que está errado, por razões de ordem pública, pela “justiça sancionadora”, ficando entendido que esses dois tipos de sanção podem acumular-se”. *Teoria geral do direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

vítima (empregado) e, concomitantemente, punir patrimonialmente o empregador, a fim de coibir a prática reiterada de atos dessa natureza. (TRT – 3ª R – 5ª T – RO nº 9891/99 – Relª. Juíza Taisa Mª. M. de Lima – DJMG 20.05.2000 – p. 16)

Carlos Alberto Bittar, nesse diapasão, preconiza:

Em sua textura atual, conta a teoria da reparabilidade de danos morais com componentes centrais que lhe conferem a expressão necessária para uma efetiva realização de suas funções, a saber: a de trazer satisfação ao interesse lesado e, de outra parte, inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer membro da coletividade²²⁶.

Em posição refratária à função punitiva da indenização, mas sem deixar de pugnar por uma reparação efetiva da vítima, Clayton Reis assevera que o verdadeiro sentido da indenização dos danos morais “consolida uma idéia de plena indenização”, protegendo “de forma integral o ser humano em todos os seus valores”; para tanto faz-se mister um “aprofundamento do exame de todos os resultados vivenciados pela vítima na sua intimidade, em virtude das agressões de que foi vitimada”²²⁷.

Inocência Galvão Telles com acerto admite a função reparatoria-sancionatória não somente em relação ao dano moral, mas em qualquer caso de responsabilidade civil pautada no ato ilícito e culposos:

A responsabilidade civil exerce uma função *reparadora*, destinando-se, como se destina, a reparar ou indemnizar prejuízos por outrem sofridos. Mas desempenha também uma função *sancionadora*, sempre que na sua base se encontra um acto ilícito e culposos, hipótese a que nos vimos reportando, pois representa uma forma de reacção do

²²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 237.

²²⁷ REIS, Clayton. *O verdadeiro sentido da indenização dos danos morais*. In: *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 81, 87 e 93.

ordenamento jurídico contra esse comportamento censurável²²⁸.

Considerando que a responsabilidade civil oriunda do contrato de trabalho se manifesta de duas maneiras - por inexecução obrigacional ou pela assunção do risco da atividade econômica - somente naquela decorrente de inadimplemento é que a reparação alcançará função reparadora-sancionatória. Na hipótese em que o dano sofrido pelo empregado decorrer não de ato culposos do empregador (inexecução), mas *em razão do mero cumprimento do contrato de trabalho*, a responsabilidade não assumirá natureza *sancionatória*, mas meramente reparatória, porque o sujeito, por definição, *não agiu ilícita e culposamente*, estando a sua responsabilidade “ligada ao *risco especial* que criou com a sua actuação em busca de *vantagens*”²²⁹.

Dessa feita, quando do arbitramento do *quantum* reparatório (art. 1553, CC/16), o julgador deverá levar em conta todos os elementos que circunscrevem o episódio danoso não se olvidando que “a dignidade da pessoa humana é o centro de sua personalidade, e portanto merece a maior proteção possível”²³⁰.

A reparação do dano moral, além de resultar de expressa previsão constitucional (artigo 5º, incisos V e X), é um dos deveres do empregador, como já visto, e a fixação do *quantum* indenizatório se faz na forma do art. 1553 do Código Civil, ou seja, por arbitramento. A dor moral não tem peso, odor, forma, valor ou tratamento eficaz. Só o tempo pode curá-la e seu transcurso é igualmente penoso. Antes de se configurar um simples lenitivo, a reparação pecuniária responde ao civilizado desejo coletivo de justiça social do que ao inato sentimento individual de vingança. Assim é que, neste caso concreto – atendendo à forma de ressarcimento tradicionalmente utilizada no âmbito do direito do trabalho –, arbitra-se a indenização em 1 (um) salário do reclamante por ano do contrato de trabalho, considerada, para esse efeito, a última remuneração auferida

²²⁸ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 7ª. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 418.

²²⁹ *Idem*.

²³⁰ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Op. cit.*, p. 42.

pelo obreiro. (TRT/SP, 8ª T, Ac. nº 2980038517 – Relatora Wilma Nogueira Vaz da Silva – DOE: 10.02.98)

Em relação ao caráter *reparatório* do dano moral, além da avaliação da situação pessoal financeira da vítima, deve-se conjugar “gravedad del ilícito y magnitud del daño”²³¹. Quanto ao caráter *sancionatório*, aplicado tanto aos danos morais quanto materiais, além dos quesitos anteriores (necessidade pessoal da vítima, gravidade do ilícito e magnitude do dano), há que considerar a capacidade econômica do agente, pois numa empresa de grande porte somente uma indenização vultosa será capaz de acoimá-la de modo a inibir a reiteração do ato ilícito.

Em face do caráter publicista que permeia o Direito do Trabalho, máxime a partir do solidarismo constitucional advindo pela Carta de 1988, não há como negar a aproximação da responsabilidade civil com a responsabilidade penal, as quais, em sentido ontológico, compõem uma unidade conceitual, diferenciando-se apenas em grau valorativo. Essa proximidade se evidencia na defesa do caráter *reparatorio-sancionatório* que norteia a indenização trabalhista, a exemplo de alguns dispositivos da própria legislação trabalhista, *vg.*: art. 467, da CLT, que prevê multa de 50% caso o pagamento das verbas rescisórias incontroversas não seja efetuado em primeira audiência; art. 137, da CLT, que impõe pagamento dobrado das férias não concedidas tempestivamente; e ainda a Lei 605/49, art. 9º, que estabelece o pagamento dobrado quando do labor em dias de feriados oficiais não compensados. Não há dúvida de que em todos esses casos está presente o caráter *reparatorio-sancionatório* do dano material trabalhista infligido ao empregado.

Importa frisar que o fato da CLT prever a ofensa moral das partes como causa de resolução contratual (art. 482, “j” e “k” e art. 483, “e”) não obsta o pleito de indenização por danos morais vez que danos produzidos em facetas

²³¹ ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. 2ª. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993, p. 319.

diferentes, exigem tutelas jurídicas diferentes²³². Assim, no caso da empresa ferir a honra do seu empregado, este poderá pleitear cumulativamente: a) a rescisão indireta do contrato de trabalho com a indenização daí resultante (verbas rescisórias e multa do FGTS); b) reparação dos danos morais; e, c) representação criminal através de ação penal.

5. Nexo causal e excludentes da responsabilidade

É fato que não haverá indenização sem a presença do *dano*, bem assim quando ausente o *nexo causal*. Ambos elementos são imprescindíveis tanto na responsabilidade civil contratual ou aquiliana, quanto na responsabilidade subjetiva ou objetiva.

Em relação ao contrato de trabalho o nexo causal se aplica nas duas espécies de responsabilidade civil, tendo relevo especial naquela em que o dano provém do simples cumprimento do contrato, independente de culpa do empregador. Apesar de na responsabilidade o empregado não precisar comprovar a ocorrência de ato ilícito do empregador, para fazer jus à reparação deve provar que o dano sofrido teve como nexo causal o mero cumprimento do contrato de trabalho.

Diante do caso concreto, que geralmente encerra um concurso de causas, o nexo etiológico não é de fácil conceituação, não bastando descrevê-lo como o elo entre a conduta e o resultado danoso. Há inclusive inúmeras teorias que se dedicaram a explicá-lo, com destaque para a da *equivalência das condições* e da *causalidade adequada*.

Para a primeira, a causa de um evento é cada uma das condições, positivas ou negativas, que concorrem para sua produção. Todas as condições se equivalem como essenciais ao resultado, por isso tal teoria é

²³² SOUZA, Marco Antônio Scheuer de. *O dano moral nas relações entre empregados e empregadores*. Erechim: Edelbra, 1998, p. 196.

denominada *conditio sine qua non* ou teoria da equivalência das condições. Aplicada na responsabilidade penal (art. 13 do Código Penal), aludida noção é descartada na responsabilidade civil.

A *teoria da causalidade adequada* é a que melhor se ajusta em nosso ordenamento jurídico, já que considera como *causa* não só o precedente necessário, mas também o adequado à ultimação concreta do resultado. Logo, “nem todas as condições serão *causa*, mas apenas aquela que for a mais apropriada a produzir o evento”²³³. Nesse passo é o contido no art. 1060 do Código Civil:

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*.

A expressão *efeito direto e imediato* exprime a idéia de que nem todas as causas têm relevância na imputação do dano, mas apenas aquela que foi a mais direta, a mais determinante, não bastando que o ato ilícito se erija em causa indireta ou remota do dano²³⁴. Observe-se ainda que as chamadas *concausas*, preexistentes ou supervenientes, não elidem o nexo causal, mas são apenas circunstâncias que concorrem para o agravamento do prejuízo.

Assim, por exemplo, o empregado contratado como entregador de pizza que é compelido a utilizar sua própria motocicleta para satisfazer necessidade da empresa. Após dois anos de contrato, a sua moto está depreciada e, em face da alta quilometragem rodada, o motor está danificado. Tal prejuízo material do empregado tem como motivo determinante direto e imediato o cumprimento do contrato de trabalho, recaindo a responsabilidade pela reparação ao empregador, vez que é dele o risco da atividade econômica, não podendo estender ao empregado despesas oriundas da execução contratual. Ainda que o motoqueiro não tenha zelado

²³³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 51.

²³⁴ *Idem*, p. 53.

para uma perfeita manutenção de seu bem, tal *concausa* não é capaz de excluir o nexo causal desencadeado pela exigência patronal que lhe exigia a entrega de pizzas através de veículo de sua propriedade.

Em face disso, muitas empresas vêm adotando uma sistemática de pagamento por quilômetro rodado em valor que não apenas reembolse o combustível, mas indenize a depreciação do veículo:

Ajuda quilometragem. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que tal parcela possui natureza indenizatória, sendo paga ao empregado como ressarcimento pelas despesas decorrentes da utilização de seu próprio veículo, a serviço da empresa, constituindo espécie de "ajuda de custo", prevista no § 2, do artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho. Seu objetivo é ressarcir despesas com o uso do veículo do empregado na execução do serviço, e não pagamento pelo serviço prestado, tendo, portanto, natureza indenizatória. (TST, RR 505098, 3ª. Turma, DJ 03/05/02)

No entanto, o dever de reparar pode ser, em tese elidido por quatro fatos excludentes:

- a) culpa exclusiva da vítima;
- b) fato de terceiro;
- c) força maior; e
- d) cláusula de não indenizar.

É preciso balizar o dano que tenha por *culpa exclusiva* a vítima do dano em que tenha havido *culpa concorrente* da vítima. O primeiro caso afigura-se como fator excludente da indenização, posto que o aparente agente, atua apenas como um instrumento do acidente, não se podendo falar em liame de causalidade entre seu ato e o prejuízo experimentado pelo ofendido²³⁵. Na segunda situação, a culpa concorrente da vítima terá o condão de amainar a indenização,

²³⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Op. cit.*, p. 165.

conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial e, doravante, com previsão expressa no art. 945 do NCCB:

Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Quanto ao fato de terceiro, tido como pessoa diversa do agente e do ofendido, resta saber se foi ele o causador único ou concorrente do dano sofrido pela vítima. Deve-se investigar também, se o terceiro não é um preposto da empresa ou mesmo colega de trabalho da vítima, pois, nesse caso, por força do que dispõe a lei, a responsabilidade civil recairá solidariamente ao agente e ao empregador. Aqui, como sói acontecer, a vítima, acionará judicialmente a empregadora, tendo esta direito à ação de regresso contra o agente (terceiro) em relação ao valor que destinou à indenização paga²³⁶.

Há ocasiões em que o terceiro culpado não pode ser identificado. Quando se dá esse tipo de ocorrência, anota Aguiar Dias, “não há fato de terceiro, mas caso fortuito ou de força maior”, recordando-se “que é muito difícil e delicado precisar a diferença entre o fato de terceiro e o produzido pelas forças naturais”²³⁷.

No que tange à proximidade entre as figuras, Sílvio Rodrigues afirma que o fato de terceiro, para excluir integralmente a responsabilidade do agente causador direto do dano, há que se vestir de características semelhantes às do caso fortuito, sendo *imprevisível* e *irresistível*, conforme se assinala do parágrafo único do art. 1058 do Código, com regra idêntica no parágrafo único do art. 393 do NCCB:

²³⁶ Nesse sentido são os artigos 1521, III e 1524 do CC/16 e artigos 932, III e 934 do NCCB.

²³⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 3ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 665.

O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

A CLT também conceitua força maior, em seu art. 501, como sendo todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador e, para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente, sendo que, nos termos do seu § 1º, a imprevidência do empregador exclui a razão da força maior.

É importante sublinhar a diferença de tratamento dado pela legislação trabalhista e pela lei civil acerca dos efeitos da força maior. Enquanto o Código Civil exclui o devedor pelos danos resultantes de força maior, desde que expressamente não se houver por eles responsabilizado (art. 1058 do CC/16 e art. 393 do NCCB), a lei trabalhista apresenta regramento diverso.

Por intermédio da combinação do § 2º. do art. 501 com o art. 502, ambos da CLT, a força maior não elide o direito à indenização pelo empregado, sendo, contudo, devida pela metade quando ela for capaz de afetar substancialmente a empresa ou sua situação econômica. Vazquez Vialard afiança com propriedade que: “a diferencia de lo que ocurre en la ley civil (que exonera al deudor de toda responsabilidad, a menos que hubiere incurrido em mora), el empleador asume las consecuencias de la fuerza mayor”²³⁸.

Por fim, consigne-se como fato excludente da responsabilidade as chamadas *cláusulas de não indenizar*. Fruto da autonomia privada, tal avença não encontra margem de aplicação em nosso sistema jurídico marcado pelo solidarismo constitucional, (art. 3º, I) senão em situações especialíssimas como, por exemplo, nos contratos de transporte de mercadoria, em que o risco do aceitante está condicionado a uma redução da tarifa²³⁹. Todavia, essa aceitação dos riscos, assinala Ripert, deve ser acolhida com parcimônia porque “a lei

²³⁸ VIALARD, Antonio Vazquez. *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Tomo 1. 4ª. ed., Buenos Aires: Astrea Editorial, 1991, p. 489.

²³⁹ RODRIGUES, Sílvio. *Op. cit.*, p. 181.

civil deve proteger o homem contra as suas próprias imprudências e, sobretudo, contra a surpresa do seu consentimento”²⁴⁰.

Uma vez admitida a cláusula de não indenizar, a mesma só poderá ser pactuada onde se impere a bilateralidade do consentimento e desde que não exima as situações de dolo do estipulante ou outras que colidam com a lei²⁴¹.

Por tais motivos, inviável é a cláusula de não indenizar perante os contratos individuais de trabalho, seja porque trata de um contrato de adesão, seja porque um dos contratantes é considerado hipossuficiente, seja porque tal ajuste colidiria frontalmente com o conceito de empregador, previsto no *caput* do art. 2º. da CLT, o qual é determinado pela sua função social, conforme corroboram os arts. 1º., III e 170, III, da CF.

²⁴⁰ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000, p. 243.

²⁴¹ *Idem*.

PARTE IV: RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ACIDENTE DO TRABALHO

1. Custeio do Seguro de Acidente do Trabalho

A questão do acidente do trabalho no Brasil é insólita: enquadrada na teoria do risco profissional, no qual concorre exclusivamente o empregador, e, ao mesmo tempo é administrada por um órgão público, o Instituto Nacional de Seguro Social, o qual se responsabiliza por outros benefícios através do sistema de custeio social.

A priori, a intenção do constituinte, em face do art. 7º, XXVIII, era incumbir ao empregador o custeio de um *seguro privado* de acidente de trabalho. Todavia a dicção do seu art. 201, I (redação original, anterior à Emenda 20/98), incluía expressamente os infortúnios do acidente do trabalho no seguro social do INSS, gerando a interpretação de que todos os segurados – empregados, empregadores e demais segmentos da sociedade - para ela contribuiriam. Eis a contradição vislumbrada por Octavio Magano, conforme apontado anteriormente.

Tratava-se de uma tentativa de retornar ao passado (como era antes da Lei 5316/67), abrindo espaço para as seguradoras privadas, ao mesmo tempo que afastaria o INSS deste ônus. A propósito, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento assinala as dimensões de seguro privado e social:

O seguro, como regra geral, tem uma noção primeira. Objetiva obrigar alguém a ressarcir outrem, através de uma indenização de pagamento único ou na forma de prestações, do prejuízo em consequência de um risco coberto e da ocorrência do sinistro. Assim tanto é seguro o pagamento de uma indenização por danos ocasionados num veículo como o auxílio-doença pago pela previdência social, em consequência de uma causa patológica²⁴².

²⁴² NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Curso de direito infortunistico*. 3ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 24. Ainda sobre a distinção entre seguro privado e seguro social, Arnaldo Sussekind acrescenta: “no que tange ao nascimento da relação jurídica, o seguro privado resulta de um *contrato livremente estipulado*, enquanto que o seguro social decorre da

Hodiernamente, por força da Emenda n. 20/98, que excluiu o acidente do trabalho do rol dos infortúnios relacionados na redação do art. 201, I, não há dúvida que o custeio é *exclusivo* do empregador, via recolhimento mensal do SAT a um caixa específico do INSS, destinado a cobrir os reflexos do acidente do trabalho²⁴³.

Ao ensejo, é necessário frisar, que a chamada *teoria objetiva do risco profissional*, a qual propugna pela responsabilidade do empregador independente da sua culpa, limita-se aos efeitos *previdenciários* do acidente de trabalho - cobertos pelo dinheiro arrecadado por intermédio do SAT. Em suma, vale dizer que “o pagamento pela Previdência Social, das prestações por acidentes do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem”, conforme se deduz do art. 121, da Lei n.º 8213/91.

É que muitas vezes, assinala Antonio Carlos de Oliveira, a realidade da vida perturba essa proteção social, “uma vez que os empregadores, negligenciando a adoção das medidas de segurança e medicina do trabalho, criam condições para ocorrências acidentárias”²⁴⁴. Desse modo, complementa o autor, “a cobertura do evento infortunistico pela Previdência Social poderá, assim, representar incentivo ao aumento dessas ocorrências”²⁴⁵, daí que a simples cobertura previdenciária do SAT não serve para elidir a reparação do dano decorrente daquele que tinha o dever de zelar pela segurança física de seu empregado.

Aliás, observe-se que as reparações infortunisticas são tarifadas, não ressarcindo o total do dano emergente e do lucro cessante advindos do

determinação legal”. In: *Previdência Social Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 81.

²⁴³ Impende lembrar, uma vez mais, que antes de 1967, havia o contrato de seguro obrigatório, mas não-automático, transferindo-se a responsabilidade para uma seguradora privada. Desde o advento da Lei 5316/67 a responsabilidade do acidente do trabalho foi incumbida à Previdência Social através de integração *ope legis*.

²⁴⁴ OLIVEIRA, Antonio Carlos de. *Responsabilidade civil do empregador pelo acidente do trabalho*. In: *Responsabilidade civil*. Coordenadores: Adroaldo Leão e Rodolfo Mário Veiga Pamplona. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 49.

²⁴⁵ *Idem*.

acidente: buscam reparar somente o prejuízo salarial que se origina na redução da capacidade laborativa, sua incapacidade ou morte. São soluções indenizatórias, dentro de um teto valorativo, com vistas à remuneração do trabalhador que, devido ao acidente, diminuiu ou desapareceu²⁴⁶.

Destarte, eventual dano imputado ao empregador escapará ao valor acobertado pelo seguro social, assegurando ao infortunado a ampla reparação por meio de ação judicial. Diante dessa circunstância, a responsabilidade civil estará embasada no ato culposo – dolo ou culpa simples - do empregador, *ex vi legis* do já citado art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal.

A título ilustrativo, antes da CF/88, o STF havia fundamentado a matéria por intermédio da Súmula 229: “a indenização acidentária não exclui a de direito comum, em caso de dolo ou *culpa grave* do empregador”. Com a promulgação da Constituição de 1988, o verbete deve ser revisto a fim de se adequar ao art. 7º, XXVIII, que prevê a indenização em caso de dolo ou *culpa simples*.

Na primeira situação já apontada, é o INSS quem assume a responsabilidade de pagar os benefícios previdenciários relativos ao acidente do trabalho (pecúlio, auxílio-acidente, auxílio-doença-acidentário) mediante caixa custeado pelo empregador (via pagamento do SAT). O dissídio será apreciado pela Justiça Comum nos termos do art. 109, I, da CF e art. 129, II, da Lei n.º 8213/91. Na segunda, será o empregador quem responderá pelo dano causado, em face de seu ato culposo ou doloso e, conforme veremos adiante, a competência será da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114 da Constituição da República.

2. (Im)possibilidade de compensar as indenizações

Diante da proximidade das reparações dos danos, civil e previdenciário, ambos resultantes do acidente do trabalho, nasce uma discussão

²⁴⁶ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Op. Cit.*, p. 27.

acerca da existência ou inexistência de *bis in idem*: é possível, no momento do empregador pagar a indenização civil acidentária, compensar o valor levantado pelo empregado haja vista a indenização paga pelo INSS? Pontes de Miranda entende que o valor auferido do seguro não se computa como vantagem ou lucro dedutível, até porque o valor liberado pela seguradora se dá em contraprestação ao pagamento periódico dos prêmios; então, “seria absurdo que o ‘estar segura a pessoa’, ou ‘estar seguro o bem atingido pelo fato ilícito’, redundasse em proveito do responsável pela indenização pelo fato ilícito”²⁴⁷.

Enquanto o benefício previdenciário advém da acumulação de contribuições feitas ao INSS, independente de ato culposos do empregador, a responsabilidade civil acidentária resulta de ato ilícito patronal (dolo ou culpa simples): aquele cobre apenas o prejuízo remuneratório da vítima devido à incapacidade laboral provocada pelo acidente; já a indenização civil alcança todos os prejuízos residuais não albergados pelos benefícios previdenciários acidentários e que foram causados pelo empregador.

Interessante registrar situação especial em que as indenizações se confundem, podendo, dessa maneira, serem compensadas. É a hipótese do art. 120 da Lei n.º 8213/91: “nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis”.

Neste caso, assinala Tupinambá Nascimento, o empregador, no momento de pagar a indenização civil ao empregado, poderá compensar o valor cobrado, ou potencialmente cobrável, em termos regressivos via Previdência Social, pois a empresa não pode ser obrigada a pagar em dobro pelo

²⁴⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 27, 3ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 55.

mesmo ato ilícito, para o acidentado e para a Previdência Social, sob pena de legitimarmos verdadeiro empobrecimento sem causa do pagador²⁴⁸.

A solução exposta pelo jurista gaúcho é controvertida, uma vez que o empregado também não poderá sair prejudicado pela compensação de valores, mormente porque para ela não concorre. Ademais, consoante se extrai do referido art. 120, a cobrança pela Previdência só será acolhida em caso de negligência patronal. Trata-se aqui de responsabilidade extracontratual entre INSS e empresa. Assim, não vislumbramos a possibilidade de compensação pelo empregador dos valores pagos ao empregado.

Pelo exposto, percebe-se que, para a reparação de danos oriundos do acidente de trabalho, a responsabilidade é sempre do empregador, contudo com fundamentos distintos para a indenização acidentária-civil e acidentária-previdenciária.

Se por um lado é pacífico que a responsabilidade previdenciária é informada pela teoria objetiva, portanto independente da investigação de ato culposo patronal, a responsabilidade acidentária civil é calcada na culpa, ante o seu caráter excepcional e complementar em relação à indenização tarifada da Previdência, conforme acertadamente²⁴⁹ elucida o aresto que ora se transcreve:

A indenização de dano decorrente de acidente do trabalho é regulada por lei especial de responsabilidade objetiva. É limitada por tarifas e cobertas por seguro a cargo do INSS. A Constituição da República de 1988 (cf. art. 7º., XXVIII)

²⁴⁸ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Op. Cit.*, p. 32. O magistrado gaúcho ainda acrescenta : “o que não se inclui na indenização, não por ser compensável e sim por falta de pressuposto fático-legal para o pedido, é o montante das despesas efetuadas com o tratamento da vítima, quando tais despesas já foram satisfeitas pelos órgãos de previdência e assistência. E por um motivo fundamental. No relativo às despesas, pede-se o reembolso de quantias efetivamente realizadas. Ora, se o tratamento foi todo ele pelo órgão assistencial, não há que se ver, no acidentado ou dependentes, legitimidade para pedir retorno de despesas, que não foram por eles efetuadas”.

²⁴⁹ O julgado é, ao nosso crivo, correto somente em relação a explicação da diferença entre a responsabilidade objetiva e subjetiva acerca da indenização acidentária da Previdência e do empregador. Todavia, quanto à competência material para julgar a questão, entendemos ser da Justiça do Trabalho e não da Comum.

prevê a aplicação excepcional da responsabilidade subjetiva, na hipótese de haver o empregador obrado com culpa, que deve ser provada pela vítima. Provimento do apelo. Improcedência do pedido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, apel. Cível n. 2.229/96, 1ª. C. Cível, julgado em 13/08/96, Rel. Des. Paulo Sérgio Fabião)

Justifica-se, por conseguinte, sair da regra geral de responsabilidade objetiva - típica do contrato de trabalho – para a responsabilidade subjetiva, o fato da responsabilidade civil-acidentária ser excepcional e suplementar àquela albergada pelo seguro previdenciário (SAT). Se a idéia é ressarcir o prejuízo causado pela negligência patronal que concorreu ou agravou o acidente, nada mais lógico que nesta *fattispecie* o ressarcimento se dê mediante comprovação de dolo ou culpa do empregador, *ex vi legis* do art. 7º., XXVIII, da Constituição da República.

Consigne-se ainda outra distinção. A indenização previdenciária, além de limitada a determinados casuísmos, é *tarifada*, vez que sujeita a tabelamento com teto nominal valorativo. Já a indenização acidentária civil cobre todos os demais danos ensejados pelo infortúnio acidentário, inclusive o dano extrapatrimonial.

A propósito, sobre o assunto, escreveram Ferreira e Ferreira:

As reparações infortunisticas são tarifadas, não reparando todo o dano emergente e lucros cessantes advindos do acidente. Buscam uma solução indenizatória com vistas à remuneração do trabalhador, que, por força do acidente, ou diminuiu ou desapareceu. Isso faz com que o complemento da indenização possa, baseado nos princípios da responsabilidade com culpa, buscar uma reparação mais ampla, complementar, ou seja, a civil²⁵⁰.

Os autores ainda observam que “a ação por acidente do trabalho é de natureza alimentar *compensatória*, e a de responsabilidade civil é *indenizatória*, visando restabelecer a situação existente antes do dano”²⁵¹.

²⁵⁰ FERREIRA, Rosni. FERREIRA, Deyse. *Op. Cit.*, p. 408/409.

²⁵¹ Idem. *Ibidem*.

Em suma, via de regra, a responsabilidade civil resultante do contrato de trabalho, é “ordinariamente objetiva”, haja vista as suas características, em especial, aquela que define o empregador como a empresa que assume os riscos da atividade econômica (art. 2º. da CLT) e, sobretudo, em face do *solidarismo constitucional* que, entre outros princípios impostos à ordem econômica, encontra-se a função social da empresa, consectário do art. 170, III, da CR.

3. Competência para a ação acidentária civil

Por muito tempo a jurisprudência firmou posição de que o empregado só faz jus à indenização civil resultante de danos materiais e morais provenientes do acidente de trabalho, caso obtenha êxito na prova de culpa grave ou dolo do empregador, perante a Justiça Estadual. Não havendo comprovação culposa, não há condenação, de acordo com a aplicação da denominada teoria subjetiva aquiliana ou delitual.:

Competência. Responsabilidade civil. Acidente do trabalho, com fundamento no direito comum. Culpa subjetiva. Inteligência do art. 159, Código Civil. A ação de indenização por acidente do trabalho com fundamento no direito comum, aforada pelo empregado contra o empregador, tendo como causa próxima culpa subjetiva (artigo 159, do Código Civil), tramita perante a Justiça Comum Estadual.” (2º. Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento n. 563.078, 9ª.C., julgado em 10/02/1999, Relator Juiz Claret Almeida)²⁵²

Esta corrente jurisprudencial, dominante até pouco tempo atrás, fundamentava-se nas Constituições pretéritas. É que pelas Cartas Constitucionais de 1946, 1967 e Emenda n. 1 de 1969, a competência para apreciar

²⁵² Em igual sentido, registre-se o aresto: “É competente a Justiça Estadual para processar ação de Acidente do trabalho fundada no direito comum, porquanto envolve responsabilidade civil por *ato ilícito*, afastado exame da relação trabalhista mantida entre o obreiro e a empregadora”. (2º. Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, apelação n. 552.105-00/4, 8ª. Câmara, julgado em 29/07/1999, Relator Juiz Renzo Leonardi).

dano material originário de acidente do trabalho era expressamente atribuída à Justiça Comum, que o enquadrava como responsabilidade extracontratual.

Oportuno transcrever o art. 142 da CF/67 e alterações dadas pela Emenda n.01/69 e Emenda n. 07/77:

Art. 142 – *Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregadores e empregados e, mediante lei, outras controvérsias oriundas de relação de trabalho.*

§ 1º. A lei especificará as hipóteses em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho.

§ 2º. *Os litígios relativos a acidentes do trabalho são da competência da justiça ordinária dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, salvo exceções estabelecidas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.*

Como se vê, havia previsão constitucional expressa para a Justiça Comum apreciar litígios relativos a acidentes do trabalho, ao ponto do STF, à época, editar a Súmula 501:

Compete à Justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Com a promulgação da Carta de 1988, a situação se modificou. O artigo 114 da CF/88, correspondente ao art. 142 da CF/67, fixa a competência material da Justiça do Trabalho para examinar o tema²⁵³.

Raimundo Simão de Melo, assim observa o fenômeno:

²⁵³ “Art. 114 – Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os *dissídios* individuais e coletivos *entre trabalhadores e empregadores*, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas”.

Como as Constituições de 1946, 1967 e 1969 diziam expressamente que os dissídios relativos a acidentes do trabalho eram da competência da Justiça Ordinária, ninguém ousava querer atribuí-la à Justiça do Trabalho, a não ser *de lege ferenda*, porque, embora inquestionavelmente a controvérsia seja de natureza trabalhista, em matéria de competência absoluta em razão da matéria, não se pode decidir por analogia e nem fazer interpretação extensiva. Hoje, entretanto, a situação é outra ... a competência é da Justiça do Trabalho quando o pleito de indenização acidentária (art. 7º, XXVIII, CF) for dirigido ao empregador, que tenha, por dolo ou culpa, causado o infortúnio²⁵⁴.

Nesse diapasão, de forma oposta à tradição das Constituições Federais pretéritas, a de 1988 deixou, adrede, de reproduzir o sentido da regra do § 2º. do art. 142 da CF/67; fê-lo, obviamente, porque o constituinte não quis mais destinar à Justiça Comum dos Estados os litígios atinentes aos acidentes do trabalho²⁵⁵.

Ao proceder assim, a Carta da República de 1988 rompeu com a “tradição dogmática” de que a Justiça do Trabalho não poderia se imiscuir em questões outras que não os direitos tipicamente trabalhistas. O § 3º., acrescido ao art. 114, reforçou a novel opção axiológica ao prever a execução de contribuições previdenciárias perante o órgão judicante trabalhista²⁵⁶.

Ocorre que, mesmo após a modificação trazida pela CF/88, há quem continue a sustentar a competência da Justiça Comum, mediante interpretação, ao nosso crivo equivocada, do art. 109, I, da atual Carta da República, *in verbis*:

²⁵⁴ MELO, Raimundo Simão de. *Meio ambiente do trabalho: prevenção e reparação* – Juízo competente. In: Repertório IOB de jurisprudência, n. 13/97, caderno 2, p. 250.

²⁵⁵ FLORINDO, Valdir. *Op. cit.* p. 169.

²⁵⁶ Através da Emenda Constitucional n. 20/98, foi acrescido o parágrafo terceiro ao art. 114, atribuindo expressa competência à Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias oriundas da relação de emprego e que sejam objeto de demandas judiciais: “§ 3º - Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.”

“Art. 109 – Aos juízes federais compete processar e julgar:
I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de *acidentes de trabalho* e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;”

Encabeçada pelos ministros do STJ – Superior Tribunal de Justiça, os seqüazes da referida corrente entendem que, em não havendo competência da Justiça Federal para julgar a lide acidentária, é da Justiça Estadual a *competência residual* para tanto. O tema é, inclusive, objeto da Súmula 15 do STJ: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidentes do trabalho”²⁵⁷.

Sustenta-se, ainda, que o art. 109, I, exclui as causas de acidente do trabalho e aquelas sujeitas à Justiça do Trabalho, o que, segundo essa corrente, corrobora que a lide acidentária não se confunde com a trabalhista:

Compete à Justiça Comum processar e julgar ação de indenização decorrente de infortúnio trabalhista proposta por trabalhador contra empregador. Exegese do art. 109, inciso I, da Constituição Federal. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Comum do Estado”. (STJ, conflito de competência n. 22.707-SP, 2ª. S, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *in* DJ-U, 05/04/99).

A afirmação de que a Justiça Comum Estadual detém *competência residual* é correta, porém tais exegetas incorrem em erro quando nela incluem os litígios acidentários civis. Deveras, o que compõe a competência residual da Justiça Comum não são os litígios acidentários contra o empregador, mas tão-somente aqueles movidos contra o INSS, os quais incidem sobre os seguintes benefícios: a) aposentadoria por invalidez decorrente de acidente do trabalho; b) auxílio-doença oriundo de acidente do trabalho; c) auxílio-acidente.

²⁵⁷ O referido verbete foi editado em 14/11/90 no DJ-U.

Eis, dessa feita, a dicção do art. 129, II, da Lei n. 8213/91, *in verbis*:

“Os litígios e medidas cautelares relativos a *acidentes do trabalho* serão apreciados:

I – na esfera administrativa, pelos órgãos da Previdência Social, segundo as regras e prazos aplicáveis às demais prestações, com prioridade para conclusão; e,

II – na via judicial, pela *Justiça dos Estados* e do Distrito Federal, segundo o rito sumaríssimo, inclusive durante as férias forenses, mediante petição instruída pela prova de efetiva notificação do evento à Previdência Social, através de Comunicação de Acidente do Trabalho – CAT.”

Com o fito de demonstrar a incoerência da interpretação pretoriana, Roland Hasson, de maneira profícua, argumenta ser inegável que o art. 129 dirige-se apenas aos litígios que envolvem o INSS:

tanto é verdade que o seu próprio inciso primeiro determina que as demandas relativas a acidentes do trabalho serão apreciadas, na esfera administrativa, pelos órgãos da Previdência Social. Ora, como admitir que versa também sobre a Justiça do Trabalho, se é impossível que o trabalhador acidentado demande *administrativamente* contra o empregador, buscando reparação fundada em responsabilidade não previdenciária?²⁵⁸.

Ainda se fosse assim, prossegue Hasson, as lides relativas à estabilidade acidentária previstas no art. 118, da Lei n. 8213/91, seriam da alçada da Justiça Comum e não da Justiça do Trabalho!²⁵⁹. Aqui, rememore-se que, diariamente, a Justiça Especializada julga tais litígios sem qualquer glosa quanto à sua competência material, fato que ratifica a tese ora esposada.

Da mesma forma, verifica-se que a jurisprudência trabalhista já vem admitindo o ressarcimento pelo empregador do dano causado ao

²⁵⁸ HASSON, Roland. *Acidente do trabalho & Competência*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 162/163.

²⁵⁹ HASSON, Roland. *Op. cit.*, p. 163.

empregado, em face de sua negligência na “comunicação do acidente” à Previdência Social, de acordo com aresto de lavra do magistrado e jurista Manoel Antonio Teixeira Filho:

“A ação relativa ao acidente de trabalho é cabível contra o INSS quando este não reconhece o direito do obreiro ao pagamento do auxílio-acidente por entender que não houve redução da capacidade laborativa, nos termos dos incisos I e II do artigo 86. Nesse caso, a competência pertence à Justiça Estadual. Em igual medida, a indenização por acidente do trabalho é cabível contra o empregador caso o obreiro entenda que o auxílio-acidente que recebe do órgão previdenciário não repara o dano sofrido. Impõe-se verificar nesse caso a culpa ou dolo do empregador. Inteligência do artigo 159 do CCB, e competência da Justiça Comum. A melhor doutrina ensina que o dissídio individual tem por objeto os direitos e *obrigações* individuais de um ou vários empregados determinados e seu empregador. *Caso não tenha havido comunicação do acidente à Previdência Social, como determina o artigo 22 da Lei n.º 8.213/91, incorre o empregador em conduta negligente, pois impede a percepção, pelo obreiro, do auxílio-acidente respectivo. Nesse caso, competente é o Foro Trabalhista para dirimir a questão* (parte final do artigo 114 da Constituição Federal de 1988)”. (TRT-PR, RO 9209/97, Ac. n. 3462/98, 1ª. Turma, DJPR, 13/02/98).

Data venia é artificial a fixação da competência da Justiça Comum, especialmente quando o que se vê na prática é o acidente do trabalho resultante do descumprimento de obrigação contratual, como, por exemplo, a de fornecer gratuitamente equipamento de proteção individual, prevista no art. 166 da CLT. Nessa linha de raciocínio, o aresto do Tribunal de Justiça catarinense:

“Civil. Acidente do trabalho. *Falta de fornecimento de materiais de segurança. Culpa do empregador.* É da jurisprudência da Corte que na indenização acidentária de direito comum basta que o empregador ou seus prepostos tenham agido com culpa, mesmo leve, para exsurgir a responsabilidade civil”. (Apelação cível n. 49.343, 3ª. C. Cível, julgado em 05/11/96, Rel. Des. Amaral e Silva).

Geralmente, a referida culpa patronal provém da inobservância das normas de segurança, higiene e saúde do trabalho contempladas

em lei, dentre elas aquelas inseridas no Capítulo V da CLT, intitulado *Da segurança e da medicina do trabalho*, pertencente ao Título II, *Das normas gerais de tutela do trabalho*. Dos artigos 154 a 223 da CLT verificam-se inúmeras obrigações destinadas aos empregadores, com o escopo de coibir o acidente de trabalho e as doenças profissionais. Assim, quando a empresa descumpre tais obrigações concernentes à segurança do trabalho incorre em inexecução contratual.

Esta mesma inferência é compartilhada por Sebastião Geraldo de Oliveira quando assevera que os danos sofridos pelo empregado, decorrentes dos acidentes do trabalho, “estão diretamente relacionados à execução do contrato de trabalho, mormente porque a culpa do empregador, nessa hipótese, quase sempre resulta da não-observância das normas regulamentares de segurança, higiene e saúde no ambiente de trabalho previstas na legislação trabalhista”²⁶⁰.

Na sábia advertência de Wagner Giglio, a controvérsia fundada em acidente do trabalho *sempre* foi, inquestionavelmente, de natureza trabalhista. Logo, “não havia, como não há, razão cientificamente válida para excluí-la da competência da Justiça do Trabalho. Somente o interesse escuso das companhias seguradoras justificava essa anomalia, no passado. Hoje, com a integração do seguro social no Instituto da Previdência, nem mesmo essa explicação subsiste”²⁶¹.

Felizmente, o constituinte de 1988 corrigiu a distorção jurídica, deixando, por acinte, de incluir na competência da Justiça Comum a lide acidentária²⁶². Assim, considerando inexistir, doravante, qualquer norma

²⁶⁰ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 267

²⁶¹ GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr, 1994, p. 77. Procede a desconfiança do autor de que “somente o interesse escuso das companhias seguradoras justificava essa anomalia, no passado” se considerarmos que até o advento da Lei n.º 5316/67, existia o contrato de seguro obrigatório, outorgando a responsabilidade para uma seguradora privada. Havia, pois, um “interesse” destas seguradoras privadas em alijar a Justiça do Trabalho, em tese mais célere e social do que a Justiça Comum.

²⁶² Conforme visto anteriormente, ao contrário do art. 142, § 2º. da CF/67, a atual CF/88, art. 114, não encerra a exclusão da Justiça do Trabalho para as questões acidentárias.

conservando a exclusão da Justiça Trabalhista, é indubitosa a competência material do órgão judicante especializado²⁶³.

Mais que isto: parece-nos emblemático o posicionamento da norma que assegura o direito à reparação civil acidentária no rol dos direitos tipicamente trabalhistas - artigo 7º, XVIII, da CF/88 - fato que reforça a competência material da Justiça do Trabalho²⁶⁴.

Com base nessa inferência, o STF já vem admitindo a competência material da Justiça do Trabalho para apreciar pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho.

COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONDIÇÕES DE TRABALHO. Tendo a ação civil pública como causa de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho, e portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da *Justiça do Trabalho*. (STF, Rel. Min. Marco Aurelio, RE 20620/MG, DJU, 17/09/99)

Nesse compasso, espera-se que, em breve tempo, tal entendimento jurisprudencial da excelsa corte se estenda, de forma clara e objetiva, aos litígios oriundos do acidente do trabalho.

4. Constitucionalização da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil sofreu evolução com o passar do tempo. Sistematizada como instituto jurídico a partir do Código Napoleônico de 1804, nasceu e prosperou imbuída do vetusto princípio do direito romano *neminem laedere*, ou seja, quem viola direito alheio ou causa prejuízo se obriga a indenizá-lo. Entre nós tal regra esteve plasmada no artigo 159 do Código Civil/16 e agora no art. 186 do Novo Código Civil que, a despeito de traduzir o enunciado da

²⁶³ Nesse sentido também se posiciona PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1994, p. 113.

²⁶⁴ HASSON, Roland. *Op. cit.*, p. 172/173.

responsabilidade aquiliana-delitual, possui uma interpretação principiológica mais ampla, podendo também se aplicar aos casos de responsabilidade civil contratual.

Após verificar-se que a teoria subjetiva não era capaz de responder a todos os casos de reparação, especialmente pela dificuldade de comprovação judicial da culpa por parte da vítima, a doutrina passa a admitir casos de presunção *juris tantum* de culpa do inadimplente, como é o caso da responsabilidade contratual em relação às obrigações de resultado. Num outro momento, não só a doutrina e a jurisprudência como também o legislador passaram a admitir situações de responsabilidade civil *independente de culpa*. Nascia, pois, a teoria objetiva.

A partir da Carta Constitucional de 1988 houve a introdução de paradigma sociabilizado nas relações privadas. O fenômeno, nominado de *constitucionalização da responsabilidade civil*, é fruto da dialética doutrinária e jurisprudencial que, paulatinamente, vinha atendendo ao anseio da comunidade. Passou-se, então, a maximizar a tutela da vítima, minimizando o elemento culpa como *conditio sine qua non* da indenização.

O *solidarismo constitucional* enaltecendor da dignidade humana (art. 1º, III e 3º, I), o qual impõe à ordem econômica o princípio da função social da empresa e o primado do trabalho digno (art. 170 e inciso III), foi capaz de irradiar seus efeitos socializantes também sobre o instituto da responsabilidade civil oriunda da relação de emprego.

Além de guindar a indenização civil a *status* de direito social, aludido fenômeno apagou antiga dúvida ao declarar que a responsabilidade previdenciária do acidente não exclui a responsabilidade acidentária civil, *ex vi* do art. 7º, XXVIII. Ainda é de se registrar que a reparação acidentária passou a ser

devida, independente de culpa *grave*, como previa a Súmula 229 do STF, bastando a ocorrência de culpa *leve*²⁶⁵.

Acerca do tema, transcreva-se oportuno aresto:

Antes da vigência da atual Constituição Federal, exigia-se, à indenização por acidente do trabalho, pelo direito comum, demonstração de culpa grave ou dolo do empregador, pois por força do princípio *tempus regit actum*. Para os fatos ocorridos antes do advento da Constituição de 1988, orientou-se a jurisprudência no sentido de que a indenização por acidente do trabalho pelo direito comum, a par da acidentária, reclama a comprovação de dolo ou culpa grave do empregador (Súmula 229 do STF). (Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, Apel. N. 509.108-0/3, 11ª. C. julgado em 09/03/98, Rel. Juiz Artur Marques).

Consoante observa Mauro César Martins de Souza, dita culpa do empregador está cada vez mais ampla, no que diz respeito à infortunistica: “além dos equipamentos individuais e coletivos de segurança do trabalho, é necessário que seja explicado e ensinado em detalhes o funcionamento de cada equipamento antes de ser manipulado”²⁶⁶.

Nesse aspecto, mencione-se ainda a ampliação das hipóteses tidas como de culpa presumida e de responsabilidade independente de culpa, como por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8078/90. O Novo Código Civil Brasileiro segue este raciocínio no art. 933 e ainda no parágrafo único do art. 927, que fala em “obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, *ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem*”.

²⁶⁵ Sobre o tema consultar: SOUZA, Mauro César Martins de. *Responsabilidade civil decorrente de acidente do trabalho – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Agá Júris, 2000. pág. 79 e MARINO, Simone Buskei. *Responsabilidade civil do empregador decorrente do acidente do trabalho*. Curitiba: Biblioteca da Faculdade de Direito de Curitiba, 2001, p. 41. Monografia apresentada para obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho.

²⁶⁶ SOUZA, Mauro César Martins de. *Op. cit.*, p. 202.

A parte final desse dispositivo é simbólica ao admitir a responsabilidade objetiva não só nas situações expressivas em lei, mas em função dos riscos inerentes ao desenvolvimento normal de determinadas atividades. Caio Mário da Silva Pereira, relator original do projeto, assevera que tal fórmula permite o alargamento da obrigação de reparar o dano²⁶⁷.

Mauro César de Souza entende que o Novo Código Civil normatiza a responsabilidade civil decorrente do acidente do trabalho, “de subjetiva para objetiva, adotando-se a teoria do risco do trabalho”²⁶⁸. Para nós, parece, contudo, que independente do que dispõe o parágrafo único do art. 926 do Novo Código Civil, já há elementos jurídicos em vigor, em específico o art. 2º da CLT e o paradigma do *solidarismo constitucional* (art. 3º, I, 170 e 193), que servem à teoria da assunção do risco pela empresa, em relação ao *dano emergente* oriundo da execução do contrato de trabalho.

Consigne-se que em vista do princípio da aptidão para a prova²⁶⁹ e da cláusula geral de tutela ao hipossuficiente, segmento da jurisprudência civilista, a despeito de sustentar a responsabilidade subjetiva, vem flexibilizando a teoria da culpa para admitir circunstâncias especiais de *inversão do ônus da prova* na seara trabalhista:

Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do patrão, pelo acidente do seu empregado, há que ficar evidenciada a contribuição culposa do primeiro na produção do infortúnio, nos termos da norma constitucional vigente. O *ônus da prova*, que cabe inicialmente ao trabalhador, pode ser *invertido*, porém, *quando se trata de comprovar a não adoção das medidas de segurança do trabalho*

²⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. ci.*, p. 275.

²⁶⁸ SOUZA, Mauro César Martins de. *Op. cit.*, p. 200.

²⁶⁹ Segundo Manoel Antonio Teixeira Filho, pelo princípio da aptidão para a prova, “competirá ao julgador verificar, em concreto, *quem estava apto a produzir a prova*, segundo os meios e condições de que realmente dispunha, pouco importando que se trate de prova positiva ou negativa ou de que o interesse fosse desta ou daquela parte”. In: *A prova no processo do trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 118. No processo trabalhista, em se tratando de produção de prova documental, como, por exemplo, a de comprovar o fornecimento de EPI, geralmente, a aptidão é do empregador, que detém toda a documentação da empresa.

recomendáveis ao caso, afetas ao empregador, presumindo-se a culpa deste, em não havendo prova positiva a respeito. Tal entendimento, por outro lado, não significa reconhecer, na espécie, o instituto da responsabilidade objetiva, aplicável somente na esfera previdenciária, situação em que não se perquire o elemento subjetivo. Prova testemunhal a indicar a adoção, pela empresa, de eficiente sistema de prevenção de acidentes. Laudo pericial que atesta a compatibilidade da perda auditiva com ruído. Avaliação conjunta deste com o trabalho apresentado pelo assistente técnico da apelada, que indica causa extra laboral. Apelo improvido. Sentença mantida, unânime.” (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação cível n. 198048282, 10ª. Câmara Cível, julgado em 01/04/99, Relator Des. Luiz Ary Vessini de Lima).

Nessa perspectiva, válido registrar que pequena parcela da jurisprudência civil, ao nosso crivo, de forma acertada, admite a indenização acidentária civil, independente da culpa do empregador, desde que dentro da teoria do risco, próprias de determinadas atividades laborativas insalubres e, sobretudo, perigosas²⁷⁰:

Responsabilidade objetiva. Acidente do trabalho. Indenização. Danos decorrentes do exercício de atividade laborativa de risco inerente. Aplicação da responsabilidade objetiva. Reparação de perdas pelo empregado independentemente de culpa. Tem inteira aplicação a responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco, na indenização de danos ocorrentes no exercício de certas atividades que trazem inerente a possibilidade de causar danos, como o corte de grama com máquinas elétrica, quando não há propriamente culpa do empregador ou dono do instrumento, no evento danoso. Em casos tais, os problemas da responsabilidade são tão somente os da reparação de perdas, quando os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes os interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva. Sentença mantida, inclusive quanto aos danos morais.”

²⁷⁰ Sobre essa tendência jurisprudencial, SOUZA, Mauro César Martins de. assinala que nesses casos, ocorrendo danos ao trabalhador, a indenização pelo empregador deve ser, além do seguro social, independente de culpa”. Segundo o autor, “será considerada a teoria do fato da coisa, isto é, a guarda, a detenção, a manipulação da coisa perigosa e ou insalubre, por si só”. In: *Op. cit.*, p. 202.

(Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 192.112.191, 3ª. Câmara. Relator Juiz Arnaldo Rizzardo. Julgada em 05/08/992, RT 694/175).

Boa parcela dos operadores do Direito do Trabalho já se deu conta da correção de rumo trazida pelas diretivas constitucionais incidentes sobre a responsabilidade civil. A doutrina, como sói acontecer, saiu na frente. Nada obstante, também o segmento jurisprudencial trabalhista, gradativamente, movimenta-se em direção a *mens legis* constitucional.

5. Divergências e novas tendências jurisprudenciais

É inusitada a posição da jurisprudência quando trata da reparação de dano acidentário. Os pretórios civilistas, com esteio na Súmula 15 do STJ, depreendem que a competência material é deles e que a responsabilidade civil é aquiliana, enquanto os operadores do Direito do Trabalho tendem a admitir que a reparação do dano trabalhista se enquadra como responsabilidade civil contratual e, de conseqüência, a competência é da Justiça do Trabalho. Importante verificarmos os fundamentos adotados por uma e outra corrente.

Em se tratando de dano oriundo de acidente do trabalho, aplica-se a primeira parte da regra constitucional - art. 7º, XXVIII: “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador” – contemplando, assim, a responsabilidade objetiva do empregador em relação aos riscos normais da atividade econômica, quais sejam, aqueles acobertados pelo SAT (seguro de acidente do trabalho).

Caso o empregado alegue outros prejuízos resultantes do acidente, não assegurados pelo *seguro do acidente de trabalho - SAT*, deverá comprovar, além do dano, o ato culposo do empregador e o respectivo nexos causal, segundo interpretação extraída da segunda parte do mencionado artigo

constitucional: “*quando incorrer em dolo ou culpa*”. A responsabilidade, então, porque pautada em ato ilícito do empregador, será subjetiva, aplicando-se a regra estampada no art. 159 do Código Civil. Em face da vinculação da reparação do dano com o ato ilícito patronal, a Justiça Estadual avoca para si, equivocadamente, a competência para julgar tais litígios:

A competência para as ações indenizatórias de responsabilidade civil, decorrentes de atos ilícitos, quais sejam, os causadores de acidente do trabalho, é da Justiça Comum. (Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento n. 586.925-00/4, 12ª. C., julgado em 23/09/99, Rel. Juiz Oliveira Prado).

Há outras decisões pretorianas que declaram a competência da Justiça Comum pelo simples fato da matéria subjacente à lide ser de Direito Civil:

As ações de indenização acidentária, fundadas no Direito Comum (art. 159 do Código Civil) são da competência da Justiça Comum Cível e não da Especial Justiça do Trabalho, eis que se subsumem às normas legais da apuração da responsabilidade civil. Não se demandam a relação do trabalho nem a reparação acidentária, com base no seguro monopolizado pelo INSS, de sorte que a competência jurisdicional refoge da Justiça do Trabalho e das Varas de Acidentes do Trabalho.” (Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento, n. 564.706-00/0, 10ª. C., julgado em 10/02/99, Rel. Juiz Adail Moreira).

O STF já decidiu que “a determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil” (Cf. Conflito de Jurisdição n. 6959-6, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 22/02/91). Em outra decisão mais recente, quando em discussão o ressarcimento de danos proveniente da relação de emprego, em igual sentido o pronunciou-se o STF:

Justiça do Trabalho. Competência. Ação de ressarcimento de danos causados por descontos indevidos sobre salário do

empregado, por ocasião da rescisão do contrato de trabalho e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil (STF, 1ª. Turma, RE n. 249.740-10, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Acórdão de 17/08/99, DJ de 24/09/99).

Não bastassem tais precedentes, o STJ, contrariando o silogismo adotado pela excelsa corte judicial, ainda insiste, equivocadamente, em declarar a competência da Justiça Comum para o ressarcimento do dano acidentário:

Acidente do trabalho. Dano moral. É da Justiça Comum a competência para processar e julgar ação de indenização por acidente no trabalho. O STJ atribuía à Justiça Comum a competência para processar e julgar ação de indenização por dano moral, ainda que a ofensa decorresse da relação de emprego. Porém, recente julgamento do Eg. STF, interpretando o art. 114 da CR, reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para tais ações. No caso dos autos, porém, o dano moral decorre do fato do acidente, e a parcela que lhe corresponde integra a indenização acidentária, tudo de competência da Justiça Comum. Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo de Direito, o suscitado”. (STJ, Conflito de Competência n. 22.709, SP, 2ª. S., Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJ-U: 15/03/99, p. 84)

Ao enquadrar a responsabilidade acidentária como delitual e de alçada da Justiça Comum, tal seguimento jurisprudencial incorre em erro, induzido por duas razões: a) previsão das Cartas Constitucionais anteriores à de 1988 que excluía expressamente a reparação acidentária da competência material da Justiça do Trabalho; b) o fato do empregado, excepcionalmente, ter que provar o ato ilícito do empregador para obter êxito na reparação (art. 7º, XXVIII, CF).

Quanto à razão inicial, conforme já explicamos anteriormente, a melhor exegese do art. 114 e 109 da CF/88 declaram a competência da Justiça do Trabalho para apreciar a indenização civil acidentária. Quanto à segunda motivação, acima lançada, é de bom alvitre lembrar que o simples fato do empregado ter que demonstrar o ato ilícito do empregador - culpa ou dolo - não

afasta a responsabilidade contratual. O que vale para delimitar a competência é que o acidente do trabalho resulta da execução do contrato de emprego.

Além do mais, o fato da reparação acidentária estar jungida à prova de culpa do empregado, ao contrário da regra geral de responsabilidade objetiva do empregador, é perfeitamente compreensível, a partir de uma análise ontológica do SAT. Senão, vejamos:

Nessa trilha, não se olvide que a reparação civil dos danos acidentários não cobertos pelo seguro de acidente do trabalho (SAT) refoge à teoria objetiva. Essa ilação decorre do princípio geral do direito, de que o ordinário se presume, o extraordinário se comprova. Consequentemente, por ordinário, o legislador fixou a cobertura de determinados efeitos oriundos do infortúnio acidentário, quais sejam, as verbas asseguradas pelo SAT, que são elencadas taxativamente na Lei n. 8213/91. Os prejuízos que excederem tais benefícios previdenciários, porque tidos como *extraordinários* pelo legislador, escapam à teoria objetiva, devendo ser objeto de prova.

Destarte, é o empregado quem deverá quebrar essa presunção e provar a existência de prejuízos excedentes, bem como que resultaram de ato culposos do empregador.

Nestes termos é o aresto do STJ - Superior Tribunal de Justiça:

Na ação de indenização, fundada em responsabilidade civil comum (art. 159, CC), promovida por vítima de acidente do trabalho, cumpre a esta provar dolo ou culpa da empresa empregadora. *Somente se cogita de responsabilidade objetiva (sem culpa) em se tratando de reparação acidentária, assim considerada aquela devida pelo órgão previdenciário e satisfeita com recursos oriundos do seguro obrigatório, custeado pelos empregadores*, que se destina exatamente a fazer face aos *riscos normais* da atividade econômica no que respeita ao infortúnio laboral.” (STJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, Resp. n. 10570-0 –

ES, 4ª. T., julgado em 17/11/1992, DJU, 14/12/1992, p. 23925).

Conforme análise anterior, os tribunais civis, com o fito de autenticar a competência da Justiça Comum para o dano acidentário, passaram a sustentar a responsabilidade delitual. Mera tentativa forçada de legitimar um erro político do constituinte de 1967 que, de forma injustificada, inseriu expressa exceção no art. 142 para dispor que a Justiça do Trabalho julga os conflitos trabalhistas entre empregado e empregador, exceto as questões provenientes de acidente de trabalho.

O porquê dessa exceção constitucional, espúria sob as lentes da melhor técnica jurídica, não se sabe ao certo. Talvez devido ao *lobby* das seguradoras privadas, que preferiram ter suas questões apreciadas pela Justiça Comum do que pela Justiça do Trabalho, mais célere e imbuída do princípio tuitivo²⁷¹.

Corrigida a distorção pelo constituinte de 1988, que simplesmente aboliu aquela exceção – que alijava da Justiça do Trabalho as questões acidentárias – não há como continuar sustentando que a reparação do dano acidentário enquadra-se na responsabilidade extracontratual.

Recentemente, a 4ª. Turma do TST, com acerto, pronunciou-se sobre o tema avocando para a Justiça do Trabalho a competência material para solver lides que envolvam danos materiais relacionadas a acidente do trabalho:

Assinale-se ser pacífica a jurisprudência desta Corte sobre a competência do Judiciário Trabalhista para conhecer e julgar ações em que se discute a reparação de dano moral praticado pelo empregador em razão do contrato de trabalho. *Como o dano moral não se distingue*

²⁷¹ Registre-se que, segundo dissemos, antes da Lei n.º 5316/67 a reparação civil do acidente do trabalho ficava a cargo das seguradoras privadas.

ontologicamente do dano patrimonial, pois em ambos se verifica o mesmo pressuposto de ato patronal infringente de disposição legal, é forçosa a ilação de caber também a esta Justiça dirimir controvérsias oriundas de dano material proveniente da execução do contrato de emprego. Nesse particular, não é demais enfatizar o erro de percepção ao se sustentar a tese da incompetência material desta Justiça com remissão ao artigo 109, inciso I, da Constituição. Isso porque não se discute ser da Justiça Federal Comum a competência para julgar as *ações acidentárias*, nas quais a lide se resume na concessão de benefício previdenciário perante o órgão de previdência oficial. Ao contrário, a discussão remonta ao disposto no artigo 7º, XXVIII, da Constituição, em que, ao lado do seguro contra acidentes do trabalho, o constituinte estabeleceu direito à indenização civil deles oriundos, contanto que houvesse dolo ou culpa do empregador. Vale dizer que são duas ações distintas, uma de conteúdo nitidamente previdenciário, em que concorrem as Justiças Federal e Comum, e outra de conteúdo trabalhista, reparatória do dano material, em que é excludente a competência desta Justiça diante da prodigalidade da norma contida no artigo 114 da Constituição Federal. Recurso não conhecido”. (TST, RR n. 528460/99, 17ª. Região, 4ª. Turma, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen. DJ de 10-05-2002)

Tal decisão do TST é consentânea com a origem histórica da obrigação de indenizar a vítima do acidente no trabalho. Nas palavras de De Page ditas há mais de um século: no contrato de trabalho ocorre a *obrigação de seguridade*, logo, sobrevivendo o acidente, o empregador tem o dever de indenizar, como efeito de uma *obrigação contratual*²⁷².

Corrobora tal inferência, a oportuna observação de João Oreste Dalazen: “ora, o dano perpetrado pelo empregado ao empregador, ou vice-versa, ou pode traduzir violação de obrigação do contrato de trabalho, ainda que acessória, ou pode apenas derivar diretamente da realização concreta do contrato. Em ambos os casos o dissídio respectivo gravita na órbita da Justiça do Trabalho”²⁷³.

²⁷² *Apud*: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ªed. Rio de Janeiro: Forense, p. 266.

²⁷³ DALAZEN, João Oreste. *Competência material trabalhista*. São Paulo: LTr, 1994, p. 112.

PARTE V: RESPONSABILIDADE POR ATO DO EMPREGADO PREJUDICIAL A TERCEIROS OU AO EMPREGADOR

1. Responsabilidade por fato de outrem

Além da responsabilidade civil contratual, a qual abrange qualquer dano decorrente da inexecução contratual (art. 1056, CCB), incluindo-se a reparação civil acidentária, registre-se, também, a existência de responsabilidade aquiliana do empregador (art. 159, CCB) no tocante ao dano de terceiro originário de ato praticado pelo empregado.

Normalmente, cada sujeito responde por seus próprios atos culposos. É a chamada responsabilidade civil direta. Todavia, a título excepcional, e somente nos casos mencionados em lei, uma pessoa pode vir a responder pelo fato de outrem. Temos, então, a responsabilidade indireta ou por fato de terceiro²⁷⁴.

É dos franceses a utilização original da expressão, “responsabilidade por fato de terceiro”. Em verdade a locução é imprecisa, pois sempre será necessário que o devedor concorra diretamente, ainda que, por presunção de negligência no que tange ao seu dever de vigilância, escolha ou instrução – culpa *in vigilando*, *in eligendo* ou *in instruendo*.

Quando se está diante de uma relação de emprego, a responsabilidade civil decorre de presumida incúria do empregador quanto ao *jus variandi*²⁷⁵. Válido lembrar que o poder de comando do empregador sobre a atividade do empregado, atinge os mencionados deveres de vigilância, escolha e

²⁷⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 110.

²⁷⁵ Como se viu anteriormente, numa visão moderna, o contrato de trabalho é uma relação jurídica obrigacional que contém, além das obrigações principais e secundárias, deveres anexos de conduta ao empregador que, na prática, encerram limites ao exercício de seu poder de controle (*jus variandi*).

instrução. Assim, quando o empregado lesa terceiro durante a execução do contrato, há presunção de que a volição não foi devidamente vigiada ou instruída pelo empregador. A propósito, Rodolfo Pamplona Filho, comenta que a culpa *in vigilando* advinda da falta de atenção com o procedimento de outrem - e a *in eligendo* - resultante da má escolha do preposto - estão associadas à negligência patronal²⁷⁶.

O artigo 1521 e seguintes do Código Civil regulamentam taxativamente os casos de responsabilidade delitual perante terceiros. No inciso III, do citado dispositivo, há expressa menção de que o empregador é responsável pelos atos de seus empregados.

Art. 1521 – São também responsáveis pela reparação civil:
III – o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele.

É preciso esclarecer a amplitude do conceito de *empregado, preposto ou comissário* contido no art. 1521, III, CCB, subentendendo o dependente que recebe ordens, que fica sob o poder de direção de outrem²⁷⁷, independente de ser ou não assalariado²⁷⁸.

Demais da relação de emprego ou de preposição exigida para caracterizar a responsabilidade do empregador, é necessário que o ato do empregado ou do preposto se dê “no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele”, de acordo com o que estatui, literalmente, o inciso III do art. 1521 do Código Civil.

²⁷⁶ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Responsabilidade civil do empregador por ato do empregado*. In: *Responsabilidade civil*. Coordenadores: Adroaldo Leão e Rodolfo Pamplona Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 278.

²⁷⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Tomo II, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 535. O referido artigo encerra três figuras: empregado, comitente e preposto. O autor acrescenta que nesses casos o elo de subordinação é voluntário, ao contrário da relação entre pai e filho, referida no art. 1521, I, do CCB, que envolve subordinação de fundo legal.

²⁷⁸ Por óbvio que em se tratando especificamente da figura jurídica do *empregado*, faz-se mister a condição de assalariado prevista no art. 3º. da CLT.

Tal expressão legal deve ser interpretada com a mais amplitude possível, não necessitando que seja oriunda de ordem dada diretamente pelo empregador, mas praticada em função do contrato de trabalho (ou da relação de preposição). Até mesmo os casos de abuso ou desvio de atribuição por parte do empregado implicarão responsabilidade do empregador, desde que o terceiro esteja de boa-fé²⁷⁹, desconhecendo que o agente tenha ultrapassado os limites de suas atribuições²⁸⁰.

Sérgio Cavalieri Filho adverte que a menos que o prejudicado tenha conhecimento desse excesso ou desvio, “o patrão é responsável pela reparação do dano, até porque o terceiro não tem obrigação nem condições de saber os limites das funções do empregado, reputando-se legítimos, em face da teoria da aparência, todos os atos praticados na esfera de suas aparentes atribuições”²⁸¹.

Os pretórios regionais e também o Supremo Tribunal Federal já decidiram que a responsabilidade patronal só se caracterizará caso o ato culposos do empregado seja praticado a serviço da empresa. Nesse sentido é o aresto do STF, cuja ementa é transcrita a seguir:

Para que o patrão seja considerado responsável pela reparação de dano provocado pelo empregado, impende provar-se não apenas a qualidade de preposto do causador do dano e sua culpa, mas também *que o ato lesivo tenha sido praticado no exercício da função que lhe competia*, ou em sua ocasião. Não é responsável a empresa hoteleira por ato de empregado seu, que, recebendo as chaves de automóvel de pessoa não hóspede do hotel, para consertá-lo e guardá-lo, cometeu, culposamente acidente de trânsito. Afasta-se, sobretudo, a responsabilidade, diante do fato de que o hotel não tem garagem, nem estacionamento; e em face do regulamento interno que veda aos empregados de conduzir e guardar automóveis dos hóspedes” (RE n.

²⁷⁹ A boa-fé aqui mencionada é do tipo *subjetiva* – boa-fé crença – a qual se diferencia da boa-fé *objetiva*.

²⁸⁰ Neste sentido: GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 118. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979, p. 415.

²⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.* p. 120.

113.554-9 – RJ e ainda da 1ª. Câmara Cível do TARS, Apelação cível n. 186.017.299).

Digna de nota é a recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho, aplicando a responsabilidade objetiva do empregador contra ato abusivo praticado por seu preposto, tendo como vítima empregado subalterno:

Embora o TRT tenha sustentado que não houve discriminação racial na despedida do autor, as premissas fáticas identificadas no acórdão recorrido revelam que ela existiu. Diante dessa circunstância e levando-se em conta os aspectos sociais que envolvem o tema, deve ser invocada a *responsabilidade objetiva do empregador pelos atos praticados pelo seu empregado ou preposto no exercício do trabalho* que lhe competia, mesmo que, tal como consignado pelo colegiado de origem, à época da dispensa aquele desconhecesse os atos perpetrados por este. Esclareça-se que o empregador, ao recorrer aos serviços do preposto, está delegando poderes a ele inerentes, não podendo, portanto, eximir-se de responsabilidade. Também como fundamento, deve ser registrado que o ordenamento jurídico pátrio, desde as constituições anteriores, repudia o tratamento discriminatório, seja pelos motivos, dentre outros, de raça, cor e religião. Destarte, os princípios constitucionais, associados aos preceitos legais e às disposições internacionais que regulam a matéria, autorizam o entendimento de que a despedida, quando flagrantemente discriminatória, deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração no emprego. Inteligência dos arts. 3º, inciso IV, 4º, inciso VIII, 5º, "caput" e incisos XLI e XLII, e 7º, inciso XXX, da Constituição Federal, 8º e 9º da CLT e 1521, inciso III, do Código Civil e das Convenções nºs 111/58 e 117/62 da OIT. Recurso conhecido e provido.” (TST. RR, n. 381531/97, 3ª. Região, 1ª. Turma, Relator Min. Ronaldo José Lopes Leal, DJ: 15-02-2002)

O Novo Código Civil apresenta regra equivalente ao art. 1521, III, do CC/16 ao dispor em seu art. 932, III:

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;”

Observa-se uma pequena modificação nos enunciados dos artigos 1521, III, do CC/16 e 932, III, do NCCB. Enquanto o primeiro atribui responsabilidade do patrão por ato de seus empregados no exercício do trabalho que lhes competir ou “*por ocasião dele*”. Na regra do Novo Código, a responsabilidade patronal também se dá no exercício do trabalho ou “*em razão dele*”.

Ainda que de forma sutil, a expressão “em razão do trabalho” é mais ampla que o termo “por ocasião do trabalho”. Enquanto este nos dá um sentido temporal, de ato praticado durante o expediente do trabalho, o novel dispositivo abrange qualquer ato cometido pelo empregado em razão do contrato mantido pelas partes, como, por exemplo, aqueles praticados, ainda que fora do horário de expediente, em função do contrato.

2. Presunção absoluta de culpa do empregador

Da simples leitura do texto legal, percebe-se certa contradição do legislador quando, inicialmente - no art. 1521, III, - apregoa a presunção de responsabilidade do patrão em relação aos atos de seus empregados no exercício do trabalho e, num momento posterior - no art. 1523 - condiciona tal responsabilidade à comprovação de que o empregador concorreu para o dano mediante ato culposos de sua parte:

Art. 1523 – Excetuada as do art. 1521, n. V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte.”

Na acurada observação de Cavalieri Filho, essa contradição é resultado da Emenda n. 1483 ao projeto original de Clóvis Bevilacqua. Para boa parte da doutrina, o art. 1523 é redundante, pois exigiria prova do que, por presunção, já é tido por provado no art. 1521. Para outros, haveria contradição, por dispor um artigo no sentido da responsabilidade e outro, de forma inversa. Destarte, a melhor interpretação “é aquela que sustenta haver harmonia entre os textos, na

medida em que o concurso culposo exigido pelo art. 1523 consiste não em ação direta, mas em influência indireta, resultante dos laços de vigilância e subordinação, de sorte a não afastar a presunção de culpa se existentes esses laços”²⁸².

Observa-se que pela mera interpretação gramatical do art. 1523, estar-se-ia diante de mais um caso de responsabilidade civil subjetiva. No entanto, o Supremo Tribunal Federal apontou qual a exegese correta que deve ser dada ao caso, ao editar a Súmula 341: “*é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.*”

Não bastasse a louvável iniciativa do excelso pretório brasileiro, ainda assim dúvidas remanesceram acerca da presunção mencionada no referido verbete: *juris tantum* ou *juris et de jure*. Assim, nada melhor que invocar a exegese histórica²⁸³, *in casu* a interpretação dada pelo próprio órgão editor.

Para tanto, convém transcrever trechos de um julgamento do STF, ocorrido em 03/04/1989, cujo relator foi o Ministro Néri da Silveira²⁸⁴:

21. Com efeito, um dos arestos que motivaram a edição da Súmula n. 341 revela uma rica e extraordinária discussão sobre a matéria, cujo tema central convergia para a interpretação do art. 1.523 do Código Civil, que, à época (1942), recebeu severa crítica do eminente Ministro Filadelfo de Azevedo, que o disse destoante do Código, “fazendo-o nascer já velho.

22. Uma nova tentativa no sentido de fazer valer, no seio do Supremo Tribunal, a teoria subjetiva, em casos como o da

²⁸² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 112.

²⁸³ Karl Larenz sustenta que se o sentido literal resultante do uso linguístico geral ou especial por parte da lei, assim como o contexto da lei e a sistemática conceitual que lhe é subjacente deixam sempre em aberto diferentes possibilidades de interpretação, é natural que se recorra a interpretação que melhor corresponde “à intenção reguladora do legislador ou à sua idéia normativa”. Com isto, prossegue o autor, chegamos ao elemento *histórico* da interpretação, aquele que averigua a intenção reguladora do legislador e as decisões valorativas por ele encontradas. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ªed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 462/463.

²⁸⁴ Trata-se do RE 113.554-9 – RJ.

espécie, partiu do eminente Ministro Barros Barreto, no Recurso Extraordinário n. 32.043.

23. Frustrada, porém, restou tal empreitada, porquanto, mercê do voto vencido do eminente Ministro Ary Franco, o eg. Tribunal Pleno do Pretório Excelso examinou o assunto em grau de embargos, do qual foi relator o eminente Ministro Ribeiro da Costa, e, ainda que por maioria (o Ministro Nelson Hungria votou vencido), adotou, de vez, a teoria objetiva, conforme consta do voto do relator, *verbis*:

Efetivamente, o preponente responde pelos atos do preposto; quem recorre aos serviços de um preposto não faz *senão prolongar sua atividade própria*. O preposto é um instrumento nas mãos do comitente, é o braço deste, de tal sorte que, quando o preposto age, tudo se passa como se o comitente agisse ele mesmo (Recurso Extraordinário n. 22.445, voto vencido do Sr. Ministro Luiz Gallotti, fls. 172).

24. Mas, coube ao eminente Ministro Gonçalves de Oliveira esclarecer, com todas as letras, que a presunção de que fala a Súmula n. 341 é, realmente, *juris et de jure*, conforme voto proferido no Recurso Extraordinário n. 48.458, um dos precedentes dessa mesma Súmula, onde diz:

Em modesto estudo, procurei mostrar que a presunção de culpa dos preponentes por atos de prepostos, que para aqueles trabalham, é *juris et de jure*, ao contrário do que se dá em relação à presunção de responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos (Código Civil, art. 1521) e daqueles que auferem proveito dos atos dos representados, como os tutores e curadores” (Revista Forense, vol. 92, p. 385).

Assim, possível depreender que, o próprio STF esteve dividido quanto ao tema, sendo majoritária e vencedora a tese de que a presunção de culpa patronal referida na Súmula n. 341 é *juris et de jure*. Logo, a hipótese do art. 1521, III, do CCB, é de responsabilidade objetiva, na medida que não admite prova em contrário do empregador acerca da presunção absoluta de ato culposo. Diante disso, com acerto Alvino Lima Assevera que dito verbete reporta-se à “presunção *juris et de jure* só ilidida no caso de força maior ou de culpa da própria vítima”²⁸⁵.

²⁸⁵ LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil por fato de outrem*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 363.

Dessume-se que o art. 1523 do CCB está inserido na chamada responsabilidade civil objetiva, prescindindo da prova de culpa patronal, porém não dispensando a prova do *nexo causal* entre o fato gerador da lesão e a existência do contrato de trabalho.

O novo Código Civil, em seu art. 933, corrobora aludida inferência. Ao dispor que a responsabilidade pelo fato de outrem independe de culpa. O dispositivo inclui os casos de responsabilidade do empregador por ato do empregado (art. 932, III), assim:

art. 933: As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, *ainda que não haja culpa de sua parte*, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

Importante acrescentar, neste tópico, que a responsabilidade extracontratual do empregador perante terceiros, em face de ato do empregado, teve inspiração no Código Napoleônico, art. 1382, § 4º, ressaltando que no estatuto francês, ao contrário do CCB, a presunção de culpa do representante é relativa (*juris tantum*). Posteriormente, a jurisprudência francesa passou a admitir presunção *juris et de jure* de culpa do patrão ou comitente²⁸⁶. A título ilustrativo, consigne-se ainda que o Código Civil alemão (§ 831), o Livro suíço das obrigações (art. 55) e o Código espanhol (art. 1903) só admitem a presunção *juris tantum*, suscetível de ser elidida pela prova em contrário de que não houve culpa *in eligendo*, *in vigilando* ou *in instruendo*²⁸⁷.

Conforme se verificará a seguir, nem sempre a responsabilidade do empregador por ato do empregado perante terceiro se fulcra na culpa presumida, havendo fundamentos diversos para justificar tal reparação.

²⁸⁶ Conforme bem anota Alvino LIMA, “a teoria sustentada no direito positivo francês, pela jurisprudência, da presunção *juris et de jure* da culpa do patrão ou comitente, nada mais é do que a proclamação da responsabilidade objetiva, porquanto a responsabilidade decorre do próprio ato do preposto, sem que o comitente possa demonstrar ausência de culpa de sua parte, quer na escolha, quer na vigilância.” *In: Culpa e risco*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 141.

²⁸⁷ Neste sentido consultar LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 142.

3. Teorias que fundamentam a presunção de culpa

Há inúmeras teorias que fundamentam a presunção de culpa do empregador em relação aos atos de seus empregados. As principais são:

i. *teoria da culpa presumida*: é aquela já noticiada, de inspiração francesa; o representante (empregador) responde pelo ato culposos de seu representado (empregado) em face da presunção de culpa *in eligendo*, *in vigilando* ou *in instruendo*;

ii. *teoria da representação delitual*: no exercício de suas atividades profissionais, o empregado é uma *longa manus*, uma extensão da atividade do próprio empregador. Tudo se passa como se fosse uma única pessoa²⁸⁸;

iii. *teoria da garantia do crédito*: a fim de garantir a solvabilidade do crédito da vítima, institui-se uma caução legal na qual o empregador responde pelo ato culposos de seu empregado;

iv. *teoria do risco*: é inerente ao empresário que ao empreender um negócio mercantil, industrial ou civil acaba assumindo todos os riscos daí decorrentes. Resulta da premissa *ubi emolumentum, ibi onus*, a qual é sufragada pelo art. 2º., *caput*, da CLT. A observação de Rodière-Beudant revela outra face do risco, aquela proveniente do poder que o empregador exerce sobre o preposto, respondendo em função da “autoridade concebida, não como fonte de deveres, mas como fonte de risco”²⁸⁹.

²⁸⁸ Para Orlando Gomes, “a teoria da representação não explica propriamente o fundamento da responsabilidade. Limita-se a esclarecer o mecanismo da responsabilidade por fato de terceiro. Mas o fundamento de qualquer responsabilidade jurídica é a culpa, ou o risco, e não a representação”. GOMES, Orlando. *Obrigações*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, Atualizador: Humberto Theodoro Júnior, 1998, p. 165.

²⁸⁹ RODIÈRE-BEUDANT. *Apud*: Alvino LIMA, *Op. cit.*, p. 140.

Para nós, em se tratando de relação de emprego, a fundamentação escoreita será aquela que parte da assunção do risco da atividade pelo empregador. Assim foi o marco histórico que deu origem a responsabilidade civil objetiva, na obra pioneira de Raymond Saleilles em 1897 e o enquadramento do acidente do trabalho dentro da órbita contratual como advertiu Henry De Page.

Quando se trata de reparar dano de terceiro por ato cometido por representante do empregador, hipótese do art. 1521, III, do CCB, deparamo-nos com responsabilidade civil aquiliana. A razão é simples e prescinde de maiores lucubrações: não há relação jurídica de emprego entre o terceiro e o empregador, nem mesmo entre o terceiro e o empregado que praticou o delito civil.

Independente da teoria que se adote, uma coisa é certa: todas elas só admitem a responsabilidade do empregador perante terceiro, caso o ato lesivo praticado pelo empregado resulte de sua culpa²⁹⁰. Ao revés, havendo culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou qualquer outra excludente admitida em lei, o empregador se eximirá da reparação do dano.

O terceiro (vítima) terá que provar o dano e o nexo causal, ou seja, que a lesão se deu por ato culposos do preposto. O que é presumido legalmente é a culpa do empregador e não a do empregado. Sérgio Cavaliéri Filho afiança que “a prova da culpa do preposto é indispensável, porque não estamos em sede de responsabilidade objetiva, mas subjetiva, onde, sem culpa não há o dever de indenizar”²⁹¹. Na realidade, tal casuismo envolve tanto a responsabilidade objetiva, quanto a subjetiva. A primeira, *objetiva*, para servir de base a responsabilidade do empregador em face de ato de seu empregado e, a segunda, *subjetiva*, para justificar o direito a indenização do terceiro que só terá êxito caso prove a culpa do agente-empregado²⁹².

²⁹⁰ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 138.

²⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 119.

²⁹² Consoante adverte Sérgio CAVALIERI FILHO, quando o dano do terceiro ocorrer em face de uma relação de consumo – fornecimento de produtos ou serviços ao consumidor – a

É importante registrar que a denominada *teoria objetiva* compreende tanto os casos de responsabilidade independente da culpa do agente²⁹³, quanto os de presunção absoluta de culpa²⁹⁴.

Consoante declara Alvino Lima, “as presunções absolutas de culpa são a consagração da teoria da responsabilidade objetiva, da responsabilidade sem culpa. Dizer o contrário é procurar mascarar com um nome, apenas, aquilo que a realidade desmente”²⁹⁵.

A fim de comprovar esta iniludível ilação, deve-se perquirir quais são os efeitos jurídicos da responsabilidade sem culpa e daquela fundada na presunção absoluta de culpa? O saudoso professor da USP responde: “ambas levam o agente do fato danoso à reparação, sem a prova da causa do evento, sem a discussão possível sobre a ausência de culpa, que poderá até não existir, ou poderá mesmo se achar provado não existir, sem que daí resulte benefício ao autor do ato danoso”²⁹⁶.

Nesse passo, conforme já esposamos anteriormente, sempre que se está diante de presunção de culpa absoluta (*juris et de jure*), a responsabilidade civil é do tipo *objetiva*. No caso sob exame, o empregador responde sempre pelo ato culposos de seu empregado perante terceiros, independente da investigação da sua culpa *in vigilando* ou *in eligendo*. Segundo comentários anteriores, nos termos da Súmula n. 341 do STF, a culpa do empregador é presumida

responsabilidade será *objetiva* nos dois planos acima noticiados. Neste caso, ao invés de se invocar os artigos 1521, III e 1523 do Código Civil, aplicar-se-á o Código de Defesa do Consumidor, artigos 12 e 14 da Lei n.º 8078/90. In: *Op. Cit.*, p. 120/366.

²⁹³ Por exemplo, os acidentes nucleares previstos na Lei n.º 6453/77.

²⁹⁴ Por exemplo, a culpa presumida do empregador em relação a atos de seus empregados perante terceiros (art. 1521 do CC/16 e também perante danos do empregado ocorridos em função do contrato de trabalho – art. 2º, CLT e parágrafo único do art. 927 do Novo Código Civil).

²⁹⁵ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 75.

²⁹⁶ *Idem*

de forma *absoluta*²⁹⁷. Quando em vigor o Novo Código Civil não haverá qualquer margem à dúvida, vez que o seu art. 933 prevê a responsabilidade patronal “ainda que não haja culpa de sua parte”.

4. Ação reparatoria do empregador em face do empregado

Questão instigante é saber como fica a possibilidade de responsabilizar o empregado que lesou o seu patrimônio jurídico ou que deu causa a indenização paga devido a prejuízo de terceiro. Com outras palavras, o empregador tem como ressarcir o montante do seu prejuízo motivado por ato ilícito praticado por seu empregado?

Nessas hipóteses, será perfeitamente possível compensar tais prejuízos via descontos salariais ou através de ação movida pelo empregador contra o empregado.

Aqui vale transcrever a oportuna preleção de João Oreste Dalazen sobre o tema:

De um lado, há que levar em conta a regra tipicamente capitalista de que o empregador suporta os riscos da atividade econômica (art. 2º, da CLT). Ou seja, ocorrendo dano ao empregador causado em serviço pelo empregado, normalmente quem suportará é o próprio empregador. De outro lado, cumpre ter presente o princípio da intangibilidade salarial (CLT, art. 462). Bem se compreende, pois, em face dessas diretrizes fundamentais próprias, o Direito do Trabalho repila a admissão em sua plenitude da teoria da responsabilidade civil contra o empregado por dano que cause ao empregador.²⁹⁸

²⁹⁷ Nesse sentido, demonstramos anteriormente, através da transcrição do julgamento no RE 113.554-9 – RJ, cujo relator foi o Ministro Néri da Silveira. A propósito dessa discussão, José de Aguiar DIAS, assegura: “o critério é puramente objetivo (é preciso que não se dissimule o fato)”. In: *Op. cit.*, p. 541.

²⁹⁸ DALAZEN, João Oreste. *Indenização civil de empregado e empregador*. Revista de Direito do Trabalho, n. 77, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Março de 1992, p. 47.

Demais dos argumentos trazidos pelo Ministro do TST, cabe complementar que o chamado *solidarismo constitucional* - propugnador da tutela do empregado, do signatário hipossuficiente, da função social da empresa e da primazia da dignidade da pessoa humana - corrobora a ideiação de que a responsabilidade civil contra o empregado deve ser vista com restrições.

A própria lei infraconstitucional, estribada nesses valores supremos, regulamenta a matéria, ao permitir apenas duas exceções, previstas no art. 462, § 1º, da CLT:

Art. 462: Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei, acordo ou convenção coletiva.

§ 1º. – Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, *desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado*.

De uma singela leitura do dispositivo em epígrafe, depreende-se que a compensação do crédito mediante descontos salariais encontra limite legal, qual seja, a existência de dolo ou previsão contratual do desconto resultante de culpa do empregado. Há que se reparar que a expressão “dano *causado* pelo empregado” traduz a idéia de imputabilidade, vale dizer, que o dano se tenha dado por *culpa* do obreiro.

Ressalvado o indiscutível caso de “ação dolosa” (intencional, proposital), a culpa do empregado e sua previsão contratual são indispensáveis para a legalidade do desconto. Assim, em caso fortuito ou se o dano decorrer de culpa do próprio empregador, eximir-se-á, o empregado, de responsabilidade, ainda que avençada a possibilidade do desconto²⁹⁹.

Veja-se que o empregador poderá optar entre o desconto salarial e o ajuizamento de ação reparatória. Na maioria das vezes, ser-lhe-á

²⁹⁹ DALAZEN, João Oreste. *Indenização civil* ... p. 47.

conveniente o desconto, vez que mais simples e eficiente. Contudo, em situações que envolvam valores de grande monta³⁰⁰ ou mesmo nos casos em que a rescisão contratual mantida com o empregado obste o desconto salarial, a solução, para reaver o prejuízo, será a interposição de ação judicial. A competência material, indiscutivelmente, será da Justiça do Trabalho, conforme dispõe o art. 114 da CR.

Quando hipoteticamente o empregado se antecipar e mover ação trabalhista contra o empregador, a empresa poderá utilizar-se da *reconvenção*. Cabe designar que a simples arguição de *compensação* constitui remédio inadequado para tanto, “seja porque é mero meio de defesa, seja porque restrita à dívida de natureza trabalhista”³⁰¹, conforme aponta, neste sentido, a Súmula 18 do TST.

Quanto à interposição de ação regressiva do empregador referente ao empregado que *causou prejuízo a terceiros*, é possibilidade que se encontra prevista no art. 1524 do Código Civil e art. 934 do Novo Código Civil, assim grafados:

Art. 1524 do CC/16: O que ressarcir o dano causado por outrem, se este não for descendente seu, pode reaver, daquele por quem pagou, o que houver pago.

Art. 934 do NCCB: Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.³⁰²

A ação regressiva do empregador contra o seu empregado é o meio adequado para reaver a quantia paga a título de ressarcimento

³⁰⁰ Registre-se que valor de “grande monta” deve ser considerado, levando-se em conta o parâmetro salarial do respectivo empregado. Logo, o que é valor aviltante para um alto empregado, poderá ser de grande monta para um empregado que recebe um salário mínimo mensal.

³⁰¹ Idem, p. 48.

³⁰² Sobre a incapacidade, atente-se para o art. 5º, parágrafo único, do NCCB: “Cessará para os menores, a incapacidade: ...V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 (dezesesseis) anos completos tenha economia própria”.

de dano a terceiro causado por seu subalterno, desde que mediante dolo ou culpa prevista no contrato. Geralmente, o empregador abre mão do desconto salarial e opta pela utilização da ação nos casos em que o crédito patronal seja superior ao valor mensal do salário ou nas hipóteses em que remanesce o crédito, mesmo após a rescisão contratual.

Consigne-se, uma vez mais, que o empregado só responde pelos danos que causar ao empregador nos casos de dolo ou culpa prevista no contrato de trabalho³⁰³. Tais diretivas previstas no § 1º. do art. 462 da CLT, a despeito de serem postas, a rigor, para os casos de *descontos salariais*, aplicam-se, por analogia, aos casos em que o empregador opte pela interposição de ação reparatória.

O fundamento dessa ilação advém do parágrafo único do art. 8º. da CLT que determina a aplicação do direito comum em consonância com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho. Vale dizer: o instituto da responsabilidade civil aplica-se à esfera dos contratos trabalhistas à luz dos princípios do *Jus Laboral*, dentre eles o princípio de proteção ao empregado, manifestado, *in casu*, na regra do § 1º. do art. 462. Logo, durante a realização de seus deveres contratuais, o empregado não corre riscos patrimoniais, senão aqueles oriundos de seus atos que causem danos de forma dolosa ou mediante culpa prevista expressamente no contrato:

O risco da atividade econômica está no cerne da definição da figura do empregador (CLT, artigo 2º.). Por outro lado, os salários, como fonte de subsistência, são intangíveis pelo empregador (CLT, artigo 462). A conjugação desses dois princípios impede o desconto no salário do empregado quando o prejuízo por ele causado é algo da fisiologia da atividade ou da função desempenhada. (TRT, 1ª. Região, 8ª. Turma, RO n. 9403/98, Relator Marcelo Augusto S. de Oliveira, DJRJ: 31/03/2000, p. 149)

³⁰³ Por certo que a culpa atribuída ao empregado há ser comprovada pelo empregador, podendo o obreiro impugná-la em sede judicial.

Além do princípio protetivo, a relação de emprego encerra uma característica própria, qual seja a presença do poder diretivo do empregador que, nessa medida, deve se acautelar em monitorar e prevenir práticas negligentes de seus empregados, além de bem selecionar empregados com perfil adequado para exercer atividades que envolvam operação financeira e outras situações especiais de risco. Destarte, ao renunciar tais práticas acautelatórias ou deixar de pactuar cláusula de reembolso de dano causado por ato culposos de seu empregado, a empresa assume todos os riscos da atividade econômica, neles incluídos os danos que porventura seus subordinados causem por imprudência ou imperícia dentro de uma certa tolerância (culpa leve ou levíssima).

Imagine-se situação em que o empregado, exercente do cargo de vendedor balconista, cause dano material a cliente da loja, por dolo ou culpa exclusiva sua, durante o expediente. Neste caso, a vítima acionará o empregador (dono da loja) em ação reparatória na Justiça Comum. O empregador, será, então, responsabilizado por ato culposos de seu empregado, independente da investigação de ilícito patronal, nos termos do art. 1521, III, do Código Civil, Súmula 341 do STF e art. 933 do NCCB.

A relação entre a vítima (cliente) e o empregador (dono da loja) é extracontratual, sendo *objetiva* a responsabilidade civil, na medida que a reparação é devida, independente de perquirição de culpa patronal. Contudo, a vítima terá que provar a culpa do agente (empregado) e o nexo causal. Neste plano, a culpa é imprescindível, devido à responsabilidade civil *subjetiva*. Orlando Gomes elucida a questão quando manifesta que: “o fundamento da responsabilidade contratual por fato de terceiro é a culpa. O devedor há de responder pelos atos de seus auxiliares tal e qual responde pelos seus”³⁰⁴.

³⁰⁴ GOMES, Orlando. *Obrigações*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 165 (os grifos apostos são do original). O saudoso autor baiano, apoiado em Von Tuhr, assevera inexistir razão para obrigar o preponente a responder por ato de seu auxiliar que não lhe haveria imposto o dever de indenizar se fosse ele próprio quem o praticasse, como por exemplo “se o paciente de uma operação morre ao ser cloroformizado, sem que o ajudante do cirurgião tenha cometido qualquer erro de

Pontes de Miranda traça os efeitos possíveis do litígio envolvendo empregado e terceiro, quando dispõe que:

Se houve culpa da vítima e terceiro foi lesado, a vítima tem direito à reparação, porque se inseriu na lei o princípio da responsabilidade pelo risco, mas o terceiro, que foi atingido sem ser empregado, tem ação contra o empregador, de acôrdo com o direito comum, e contra o empregado, se não é invocável o art. 1521, III, do Código Civil. Se o empregado obrou em legítima defesa e o terceiro foi lesado, é o direito comum que rege a responsabilidade pelo dano causado pelo empregado que se defendeu. Se o terceiro, em qualquer das espécies acima referidas, também era empregado, responde o empregador pelos danos causados por lesão considerada acidente do trabalho³⁰⁵.

Assim, deduz-se que, o *fundamento da reparação* do dano (de terceiro) é a culpa do agente – responsabilidade aquiliana – e o *fundamento da responsabilização* do empregador por ato do empregado independe de culpa patronal – responsabilidade objetiva. É, pois, uma característica da dita *responsabilidade por fato de outrem* a existência desses dois planos diversos, todavia indissociáveis.

Não se negue ser *contratual* o segundo plano, pois só se admite responsabilizar o empregador por ato culposos de seu empregado caso exista contrato de trabalho mantido entre eles. Deveras, dita responsabilidade do empregador é uma nuance da teoria objetiva peculiar ao contrato de trabalho, fulcrada no art. 2º, *caput*, da CLT e, sobretudo, no solidarismo constitucional.

4. Assédio sexual como caso tópico

técnica, não há como responsabilizar a este pelo fato de ter confiado a outrem a anestesia, em vez de procedê-la ele próprio”.

³⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado. Parte especial*. Tomo 54. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, p. 102/103.

O assédio sexual no ambiente de trabalho constitui exemplo didático acerca do objeto da nossa tese. Recentemente previsto como crime, por força de alteração dada pela Lei n.º 10.224/01, que acrescentou ao Código Penal o artigo 216-A, assim encontra-se tipificado:

Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo, ou função. Pena: detenção de 1 a 2 anos.

Desse conceito legal sobrevêm duplo requisito de configuração:

- a. constrangimento provocado por agente favorecido pela ascendência exercida sobre a vítima;
- b. ação dolosa e reiterada que objetiva vantagem sexual.

O assédio sexual só é admitido na forma dolosa, vez que o assediante quando molesta a assediada o faz adrede, com o fito de se satisfazer sexualmente. O constrangimento necessário à caracterização do assédio se dá pelo comportamento recalcitrante do agente e pela conduta indesejada da vítima.

A despeito de existirem, basicamente, duas espécies de assédio sexual, apenas aquele oriundo de *chantagem* (*quid pro quo*), advinda do empregador ou superior hierárquico sobre a vítima subalterna³⁰⁶, é que se encontra positivado no sistema pátrio. A outra espécie, *assédio sexual ambiental*, constitui forma de intimidação difusa que implique distúrbio ao ambiente de trabalho, sendo,

³⁰⁶ É possível admitir o assédio sexual, como posto pelo legislador, também na esfera da administração pública, tendo como agente e vítima o servidor público, desde que o assediante seja superior hierárquico da vítima.

nesta espécie, o elemento *poder* irrelevante, podendo o agente ser um mero colega de trabalho do ofendido, sem qualquer ascendência sobre ela³⁰⁷.

Como se vê do conceito legal antes transcrito, o agente é sempre o empregador ou um colega de trabalho que seja superior hierárquico da vítima. Esta, por sua vez, normalmente é empregada subordinada ao agente. Ressalvadas tais condições subjetivas, nada obsta que o agente e a vítima sejam do sexo masculino ou feminino, hetero ou homossexuais. Entretanto, não se pode negar que na grande maioria dos casos o agente é do sexo masculino e a vítima é mulher³⁰⁸.

Quando o assediante é o próprio empregador, é indubitável que ele será o responsável direto pela reparação dos danos infligidos à vítima, que poderá deixar o emprego para postular, em juízo, a rescisão indireta do contrato de trabalho, com esteio no art. 483, alíneas “d” e “e”, da CLT:

Art. 483: O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

d – não cumprir o empregador as obrigações do contrato;

e – praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e da boa-fama.

É inegável que a manutenção de um ambiente de trabalho pudico e sadio constitui dever anexo ao contrato da parte do empregador. Ademais, a dignidade à pessoa humana do trabalhador, além de ser objeto de dever de conduta pelo empregador, é princípio investido de valor vinculante e supremo em nosso ordenamento jurídico, *ex vi* do art. 1º, III, da Constituição da República. Dessa feita, ao violar esse dever, aplicar-se-á a alínea *d* do art. 483 da CLT.

³⁰⁷ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O assédio sexual na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2001, p. 47.

³⁰⁸ Segundo observam José Pastore e Luiz Carlos Robortella, “os fatores culturais continuam tendo grande peso na análise das causas de assédio sexual no Brasil. Cerca de 20% das secretárias entrevistadas na pesquisa citada julgam que, em todo assédio, *há sempre uma ponta de provocação por parte da assediada*. Quase 30% das entrevistadas consideram impossível prevenir o assédio sexual por parte dos homens brasileiros, por se tratar da *manifestação incontrolável do instinto masculino*”. PASTORE, José e ROBORTELLA, Luiz Carlos. *Assédio sexual no trabalho. O que fazer?* São Paulo: Makron Books, 1998, p. 31.

Considerando-se que a prática do assédio sexual, inevitavelmente, ofende a honra da vítima, injuriando-a, a conduta faltosa enquadra-se frontalmente na alínea *e* do referido art. 483, implicando dano moral ao assediado:

Danos morais. Assédio sexual. Demonstrada a conduta de conotação sexual não desejada, praticada pelo chefe, de forma repetida, acarretando consequências prejudiciais ao ambiente de trabalho da obreira e atentando contra sua integridade física, psicológica e, sobretudo, a sua dignidade, resta caracterizado o assédio sexual, sendo devida a correspondente indenização por danos morais. (TRT, 17ª Região, RO 1118/97, Rel. José Carlos Rizk, DJES, 25/09/98)

Oportuno registrar a observação feita por Alice Monteiro de Barros: “tendo em vista que do assédio sexual podem resultar seqüelas de ordem psíquica”, o que sói acontecer ao assediado, é possível, sob esse prisma, “enquadrá-lo na hipótese do art. 483, *c*, da CLT: rescisão indireta por ato patronal que coloca o empregado em *perigo manifesto de mal considerável*”³⁰⁹.

Se o assediador é um empregado investido de cargo hierarquicamente superior ao da vítima e, nessas circunstâncias, constrange-a de forma reiterada para obter vantagens sexuais, causando-lhe dano, o empregador será responsabilizado haja vista o que reza o art. 1521, III, do CC/16 e art. 932, III, do NCCB. Invoca-se aqui a *teoria da representação delitual*, que conforme vimos anteriormente, é aquela que fundamenta a responsabilidade do empregador por ato praticado por seu preposto, na medida que o empregado, quando age no exercício de sua função, é considerado uma espécie de *longa manus* do empregador.

A responsabilidade do empregador é objetiva, seja pela presunção de culpa *juris et de jure*, nos termos da melhor exegese da Súmula 341 do STF, seja pela dicção do art. 933 do NCCB, que o responsabiliza “ainda que não haja culpa de sua parte”. O empregado assediado, então, poderá ingressar com ação

³⁰⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *O assédio sexual no direito do trabalho comparado*. In: *Gênesis – Revista de Direito do Trabalho*, n. 70. Curitiba: Gênesis, 10/98, p. 513.

trabalhista contra seu empregador, pleiteando além da rescisão indireta, a reparação civil dos danos morais e materiais porventura existentes.

Há que se enfatizar que cabe ao empregador ação trabalhista de regresso em face do empregado-assediante. Àquele será possível fazer uso da denúncia à lide. Alvitramos que assim o faça, a fim de que, o mesmo processo de execução da sentença condenatória sirva para o empregado executar o empregador e, este, excutir o assediante denunciado e integrado no processo.

O amparo legal para a denúncia à lide reside no referido artigo 1524 do CC/16, combinado com o artigo 70, III, do CPC, *in verbis*:

Art. 70 – A denúncia da lide é obrigatória: III – àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

Ao considerar a recitação do artigo em epígrafe e mais o que dispõe o § 1º. do art. 462 da CLT – *desconto salarial para compensar dano desde que tal tenha sido acordado ou praticado dolosamente pelo empregado* - Rodolfo Pamplona Filho admite a denúncia à lide de forma restrita: previsão contratual específica ou se “provado o dolo do empregado em prejudicar a empresa com a conduta assediante, o que pode ser presumivelmente admitido, por exemplo, se houver expressa advertência de que tal conduta não é admissível (o que já se vislumbra em alguns códigos de conduta de empresas multinacionais)”³¹⁰. Ora, em oposição ao que sustenta o jurista baiano, parece-nos que tal prova é sempre prescindível, independente de prévia advertência de que tal conduta é inadmissível pela empresa. Não se olvide que o assédio sexual é prática criminosa praticada sob forma dolosa, sendo o dano daí resultante mero consectário, do qual, presumidamente, segue a mesma sorte.

³¹⁰ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O assédio sexual ...*, p. 46.

O caso de assédio sexual envolve danos trabalhistas, civis e penais, os quais estão previstos no próprio art. 216-A do Código Penal: o assediante estará sujeito à pena de 1 a 2 anos de detenção. Com base no que dispõe a legislação penal³¹¹, o criminoso estará, no máximo, sujeito a pena alternativa. Por óbvio à condenação em apreço refere-se à pessoa do assediante que praticou o crime, não havendo como cogitar da responsabilidade indireta de que trata o art. 1521, III, do Código Civil.

Naquilo que concerne aos danos civis e trabalhistas, desde que originário do assédio praticado pelo superior hierárquico, caberá ao empregador a reparação da vítima, podendo reaver-se do valor em ação regressiva contra o agente. Incluem-se aqui, além dos danos civis - moral e material – os danos trabalhistas - valor da multa do FGTS e aviso prévio indenizado, ambos provenientes da rescisão indireta motivada pelo assédio. Cumpre assinalar que eventual condenação em horas extras ou outros pedidos dissociados da prática do assédio sexual recairão apenas sobre o empregador. A título de informe, ainda, o empregado superior hierárquico que assediar sexualmente colega de trabalho subalterna incorrerá em justa causa rescisória, com base no art. 482, *b* e *j*, da CLT.

Art. 482 – Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: b) incontinência de conduta ou mau procedimento; j) ato lesivo da honra ou da boa-fama praticado no serviço contra qualquer pessoa ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem.

Impende registrar que a prova judicial da prática do assédio sexual é de extrema dificuldade para a vítima posto que, na maioria das vezes, o assediante, em manifesta conduta pusilânime, “age às portas fechadas”. Mediante essa situação, o meio mais eficaz disponível à vítima, geralmente, é a gravação das conversas que caracterizam o assédio, devendo o julgador admiti-la

³¹¹ A competência para apreciar os crimes de assédio sexual é dos Juizados Especiais (parágrafo único do art. 2º da Lei n.º 10.259/01). Considerando que a pena para esse crime é de até dois anos de detenção, estar sujeitas à substituição por penas alternativas (Código Penal, artigos 43 e seguintes).

sem maiores receio. E nem se cogite de ofensa ao art. 5º, LVI, da CF, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, pois do contrário, o direito da assediada ficaria eternamente prejudicado por falta de prova. Logo, invocando-se o princípio da proporcionalidade³¹², o STJ acertadamente apresenta o seguinte entendimento:

A gravação da conversa de um dos interlocutores não configura interceptação, sendo lícita como prova no processo penal, aplicando-se, nesse caso, o princípio da proporcionalidade, que permite o detrimento de alguns direitos para que prevaleçam outros de maior valor. (STJ, RHC, 7216/SP, 5ª. T., RT n. 755/580).

Ainda sobre a temática, urge invocar a regra do art. 383 do CPC, já que qualquer reprodução mecânica faz prova dos fatos representados, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade. Havendo impugnação acerca da autenticidade da reprodução, o juiz ordenará a realização de exame pericial, nos termos do parágrafo único do supracitado dispositivo legal³¹³.

Registre-se, por derradeiro, que as considerações feitas nesse tópico acerca da responsabilidade, dano e reparação do assédio sexual aplicam-se ao *assédio moral*, figura ainda não regulamentada pelo ordenamento pátrio, a despeito de existência de vários projetos de lei. Segundo Marie-France HIRIGOYEN:

por assédio em um local de trabalho temos que entender toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho.

³¹² José Joaquim Gomes Canotilho observa que alguns autores pretendem derivar o princípio da proporcionalidade do princípio do *Estado de direito*, enquanto outro acentuam que ele apresenta conexão com os *direitos fundamentais*. Em sentido estrito pode ser assim traduzido: “Meios e fins são colocados em equação mediante um *juízo de ponderação*, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de *medida* ou *desmedida* para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”. CANTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1989, p. 315/316.

³¹³ HIRIGOYEN, Marie France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. Tradução: Maria Helena Kühner. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 65.

O dano moral oriundo dessa espécie de assédio é reparável com base no art. 5º, X, da CF, sem prejuízo da rescisão indireta de que trata o art. 483, “e”, da CLT.

PARTE VI - SISTEMA JURÍDICO E PROEMINÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO

1. Sistema jurídico aberto e fechado

Desde a definição clássica de Kant, que caracterizou o sistema como “unidade, sob uma idéia de conhecimentos variados” ou como “um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios”, todo conceito de sistema requer, na observação correta de Claus-Wilhelm Canaris³¹⁴, a presença de dois elementos: a) ordenação; b) unidade. Ordenação exprimindo um estado de coisas intrínseco, racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. Unidade no sentido de recondução da multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos. Em diferentes palavras, o sistema jurídico implica “uma unidade totalmente coordenada” na expressão de Stammler³¹⁵.

O sistema jurídico é incompleto e inacabado, o que é perfeitamente compreensível se admitirmos que o direito colima regulamentar anseios dos integrantes da sociedade, os quais, por sua própria essência, são mutantes e mutáveis. Tal metamorfose axiológica é dialética, devendo o direito acompanhá-la, sob pena da norma jurídica perder sua legitimidade.

O papel do conceito de sistema jurídico, alerta Canaris, é o de traduzir e concretizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica. Assim, nessa perspectiva, o sistema é uma ordem axiológica ou teleológica

³¹⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de Antonio Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 10/12.

³¹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.* p. 12/76.

de princípios gerais de direito. O elemento de adequação valorativa se volta mais à ordem funcional e, o da unidade interna, aos princípios gerais³¹⁶.

Válido consignar, entretanto, que a concepção de sistema aberto surge em contraposição ao sistema fechado e ensimesmado, próprio dos códigos civis oitocentistas e novecentistas do Estado Liberal, que anelava o mundo da segurança calcado na autonomia da vontade. Tal sistema era rígido, encerrando conceitos determinados que tinham a pretensão de ser perenes e exaustivos³¹⁷; dali sobressaem duas características: o sistema era *casuístico* e *abstrato*. Casuístico quanto à normatização de determinada hipótese específica idealizada pelo legislador. Abstrato no que respeita à ambição de responder a todos os problemas da realidade³¹⁸, sem identificar os sujeitos de direito em sua essência e distinção, mas nivelando-os, a partir do princípio da igualdade meramente formal de tratamento.

Segundo essa lógica, Larenz observa: “chamam-se conceitos abstratos porque são formados de notas distintivas que são desligadas, abstraídas dos objectos em que aparecem e, na sua generalização, são isoladas, separadas, tanto uma das outras como em relação aos objectos a que sempre estão ligadas de um modo determinado”³¹⁹.

O código era visto, por si só, como a constituição da vida privada. A Constituição formal do Estado sequer se imiscuia nas relações privadas em verdadeiro respeito à dicotomia direito público e privado. Com a derrocada do Estado Liberal e a introdução do Estado Social, ao fim do século XIX e

³¹⁶ Idem, p. 23/78.

³¹⁷ Neste sentido consultar DALLEGRAVE NETO, José Affonso: *O sistema jurídico herdado do positivismo científico e os códigos civis novecentistas*. In: Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, n. 26, Curitiba, 1996.

³¹⁸ Nesse sentido: IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 3ª ed. Milão: Giuffrè, 1989, p. 08.

³¹⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 624.

início do século XX, o que se vê é a restrição dos direitos subjetivos e um processo de mudança da concepção de sistema jurídico, antes fechado, doravante aberto.

Para Martins-Costa, custou-se a perceber que:

no universo *craquelé* da pós-modernidade, não tem sentido, nem função, o *código total*, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único *corpus* legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura³²⁰.

É, nesse compasso, que sucede a passagem da chamada jurisprudência dos interesses para a jurisprudência dos valores, a qual, na observação de Perlingieri, constitui a natural continuação da jurisprudência dos interesses, porém com mais abertura para recepcionar as exigências de reconstrução “de um sistema de Direito Civil Constitucional, enquanto idônea a realizar, melhor do que qualquer outra, a funcionalização das situações patrimoniais àquelas existenciais, reconhecendo a estas últimas, em atuação dos princípios constitucionais, uma indiscutida preeminência”³²¹.

Canaris, por seu turno, recorda que a jurisprudência de interesses apenas acentuava os juízos de valores expressos nas normas singulares, desprezando o que fica entre eles, os escopos fundamentais específicos do respectivo aspecto jurídico ou, como diríamos hoje: os princípios jurídicos gerais³²². Dessa maneira, observa o jurista: “O Direito não é assim, para a jurisprudência dos interesses, quer lógica quer moralmente, uma ordem unitária. Ele não tem qualquer unidade”³²³.

³²⁰ COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 282.

³²¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

³²² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 57/58.

³²³ Idem, *ibidem*.

Assim, do outrora sistema codificado, pormenorizadamente casuístico e cerrado, advém um sistema aberto, que faz com que aos institutos civilistas sejam remetidos os valores traçados na Constituição, mediante seus princípios e preceitos e, ainda, pela via das cláusulas gerais e dos conceitos estabelecidos pela função.

Como exemplo de princípio constitucional, aponte-se o *caput* do art. 7º, que assegura ao trabalhador “melhor condição social”, traduzido no consagrado princípio de proteção ao empregado.

Como conjectura de cláusula geral, mencione-se o artigo 421 do NCCB, que apregoa a função social do contrato em sintonia com o art. 193 da Constituição Federal. Tais cláusulas são sempre setoriais, porque vinculadas a determinados campos de aplicação do direito; *in casu* o conteúdo do citado dispositivo incide na seara da execução contratual.

Por derradeiro, como modelo de conceito estipulado pela função, cite-se o art. 2º, *caput*, da CLT, referindo-se ao empregador como a empresa que *assume os riscos* da atividade econômica. Nos termos do que está esculpido no art. 170, III, da Constituição, chega-se a inferência de que a empresa encerra função social, superando, assim, a simples idéia de risco econômico, mormente quando consideramos o fato de que o trabalhador depende do sucesso da empresa para garantir a sua própria sobrevivência e de seus familiares³²⁴.

Nesse plano, os conceitos jurídicos estatuídos pela função traduzem a relação de sentido subjacente a uma regulação, identificada com base num princípio determinante, ainda que necessariamente abreviada³²⁵.

³²⁴ ARAÚJO, Francisco Rossal de. *O direito do trabalho e o ser humano*. Revista LTr n. 62, São Paulo: Setembro/98, p. 1176.

³²⁵ LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 686.

Claus-Wilhelm Canaris lembra que um sistema jurídico de conceitos não deve ser apenas pensado como “um puro sistema formal de conceitos fundamentais gerais, mas também como um sistema teleologicamente preenchido de uma determinada ordem jurídica”. São, pois, “conceitos teleológicos ou conceitos de valor”. Por conseguinte, o conceito bem elaborado revela uma valoração implícita, sendo, contudo, imprescindível para preparar a subsunção correspondente aos princípios de valoração explícita³²⁶.

É preciso rememorar que tanto as cláusulas gerais quanto os conceitos jurídicos por função, somente são admissíveis em sistema do tipo aberto, vez que, observa Paulo Nalin, “no sistema fechado mostra-se desnecessária qualquer aplicação funcional dos institutos jurídicos componentes, pois ele não se encontra comprometido com valores tais como a idéia de Direito e a justiça social, mas sim com o simples funcionamento do próprio sistema”³²⁷.

O sistema aberto é aquele que assume a sua incompletude e por isso, usa mecanismos de interação a partir do sistema interno; é representado na *jurisprudência dos valores* pelos princípios e valores constitucionais. Conseqüentemente, é nessa perspectiva de sistema interno que a ordem constitucional é compreendida em seu conjunto³²⁸.

Por certo que o modelo constitucional que se adequa ao que nos referimos, é o da Constituição *Dirigente* e não da Constituição *Garantia*, utilizando-se para tanto a classificação de Canotilho³²⁹. Nessa esteira, a norma

³²⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm.. *Op. cit.*, p. 83/84.

³²⁷ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 67.

³²⁸ A Constituição, explica Canotilho, encerra duas espécies de aberturas: *horizontal* - para significar a incompletude e o caráter fragmentário e não codificador de um texto constitucional; *vertical* - para significar caráter geral e indeterminado de muitas normas constitucionais, que, por esse motivo, abrem-se à mediação legislativa concretizadora. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1989, p. 117.

³²⁹ A classificação do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho encontra-se, sobretudo, na obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora. 1982, p. 11 e seguintes.

constitucional deixa de atuar como simples baliza entre Estado e sociedade civil, não sendo mais um documento que tem como principal finalidade estabelecer “os limites de atuação da entidade estatal, concepção policialesca de Estado que já teve a sua vez na história, mas que não encontra mais eco na realidade desde o advento do Estado Social, cujas mudanças históricas deixaram para traz de modo definitivo aquela concepção de norma e junto com ela a idéia de Constituição Garantia”³³⁰.

É, sobretudo, nesse aspecto que se apaga a linha divisória entre o chamado direito público e privado, tendo em vista a manifesta irradiação das normas, diretivas e princípios constitucionais na órbita das relações privadas.

2. Da técnica das cláusulas gerais

Pietro Perlingieri assinala que “legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato”³³¹. Logo, não há problema quanto a se asseverar que cláusula geral comporta justamente o caráter elástico das disposições legais e o seu apelo ao poder discricionário do magistrado, em contraposição ao modelo *casuístico* de *fattispecie* e tipificação de condutas. É que a concreção da cláusula geral conduz a um poder criativo do juiz, que inexistente, em medida similar, nas normas postas casuisticamente³³².

A casuística, na ótica de Karl Engisch, “é aquela configuração da hipótese legal que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”³³³. É o arcabouço conceitual legislado para uma situação

³³⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. *A constituição federal e o trabalho: um exercício de aproximação*. In: *Direito do trabalho: estudos*. São Paulo: LTr, 1997, p. 53.

³³¹ PERLINGIERI, Pietro. *Introdução ao direito civil-constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 27.

³³² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 288/297/330.

³³³ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 5ª ed. Tradução: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 188.

hipotética, porém utilizado para atender “*n*” casos análogos que forçadamente devem se ajustar à moldura legal³³⁴.

É preciso distinguir as cláusulas gerais dos conceitos jurídicos indeterminados. Nas cláusulas gerais a vaguidão encontra-se na abertura do conteúdo axiológico, ou seja, o dispositivo legal remete ao aplicador o critério de enquadramento dos fatos subjacentes aos valores ali expressos, em flagrante exercício discricionário de moldar o direito. Nada obstante, conforme sublinha Larenz, a interpretação das cláusulas gerais devem estar de acordo com as valorações da Constituição³³⁵.

Nos conceitos jurídicos indeterminados, a vagueza da norma nem sempre se refere a valores juridicamente hierarquizados, incidindo a parte indeterminada, normalmente, na delimitação da realidade fática. Neste caso, o juiz se utilizará das chamadas regras de experiência de que tratam o art. 335 do CPC³³⁶. Demais disso, nos conceitos indeterminados há mero exercício de subsunção do fato à hipótese legal, sendo os efeitos jurídicos já delimitados pelo legislador.

Assim é, por exemplo, a regra estampada no art. 482 da CLT, quando diz que constitui justa causa para a rescisão contratual a “embriaguez habitual” ou o “mau procedimento” do empregado praticado no emprego. Ora, nessa

³³⁴ Considerando que o Direito está sujeito a mutações sociais, deve-se, através das cláusulas gerais, “salvaguardar uma margem mínima para integrar no sistema ocorrências impossíveis de prefigurar nos meios legislativos clássicos”, pois ainda “quando a lei não reaja, a ordem jurídica deve fazê-lo”. In: CORDEIRO, Manuel A Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Tomo I, Coimbra: Almedina, 1989, p. 46.

³³⁵ LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 695.

³³⁶ Reza o art. 335 do CPC: “em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”. Daqui se conclui que o juiz pode, somente em caso de lacuna legal, utilizar-se de sua experiência, levando-se em conta aquilo que normalmente acontece (*quod plerumque accidit*), “já que a experiência nos ensina que fatos daquela mesma categoria ocorrem normalmente em circunstâncias similares às que se observam no caso concreto, se infere desta experiência que também o fato em questão se apresenta com a aparência de ser verdadeiro”, conforme CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. v. 3. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barbery. Campinas: Bookseller Editora. 1999, p. 275.

trilha, a simples utilização de regras de experiência do magistrado será suficiente para determinar qual situação fática enquadra-se na aludida norma legal.

Na cláusula geral o poder do juiz é mais amplo, se comparado ao exame do conceito indeterminado, pois além de averiguar a possibilidade de subsunção dos casos-limite à hipótese legal, deve fixar a exata individuação das regras mutáveis, concorrendo ativamente para a formulação da norma. É, pois, o exemplo do art. 422 do NCCB:

Os contratantes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Destarte, estando a *fattispecie* vagamente posta, o juiz, à vista das circunstâncias do caso concretamente considerado, e jamais *in abstracto*, determinará se o caso é de nulidade da disposição contratual, ou de sua revisão, ou de perdas e danos, podendo ainda declarar a resolução do contrato³³⁷.

No que respeita à função das cláusulas gerais como mecanismo de abertura do sistema, consigne-se o caráter de proeminência da Carta Constitucional, a qual vincula todas as normas do sistema aos seus princípios, preceitos e valores³³⁸.

³³⁷ COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 331. As cláusulas gerais, observa a autora, são capazes de aproximar o sistema rígido da lei escrita da *civil law* com o sistema aberto de precedentes jurisprudenciais da *common law*. In: *Op. cit.*, p. 292/326.

³³⁸ Judith Martins-Costa admite a técnica da cláusula geral de forma mais ampla, possibilitando o “reenvio” para elementos metajurídicos e, portanto, alijados do sistema interno: “A cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o *reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema*; estes elementos, contudo, *fundamentarão a decisão*, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a *ressistemização* destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico”. COSTA, Judith Martins. In: *Op. cit.*, p. 303.

Na seqüência, é importante trazer à lume a *fattispecie* trazida por Perlingieri sobre o direito italiano inserido no Código Civil, a qual bem retrata a interpretação da cláusula geral não à luz do Código, mas dos valores constitucionais supremos:

As cláusulas que no Código de 1942 eram inspiradas por uma ideologia produtivista e economicamente auto-suficiente assumem um significado diverso se forem lidas e aplicadas na lógica da solidariedade constitucional. O art. 2087 Cód. Civ., por exemplo, prevê que “O empresário deve adotar, no exercício da empresa, as medidas que, de acordo com a particularidade do trabalho, a experiência e a técnica, são necessárias para tutelar a integridade física e a personalidade moral dos empregados”. O art. 2014 Cód. Civ. Estabelece: “O empregado deve usar a diligência exigida pela natureza da prestação devida, pelo interesse da empresa e por aquele superior da produção nacional. Deve além disso observar na execução e na disciplina do trabalho, as disposições dadas pelo empresário e pelos seus colaboradores dos quais depende hierarquicamente.

Se interpretam estes dois artigos exclusivamente na lógica do Código de 1942, diligência do empregador e diligência do empregado têm um significado diverso daquele que se lhes deve atribuir não somente em presença de novas leis aprovadas sucessivamente e da contratação coletiva, mas também, e, sobretudo, à luz dos princípios constitucionais, nos quais a idéia forte é o respeito à pessoa e a sua dignidade. Assim, nas relações de trabalho deve-se considerar diligente aquele trabalhador que, para evitar um possível perigo a um colega de trabalho ou a si mesmo, interrompe a cadeia de montagem. Numa lógica produtivista, este fato poderia ser considerado não diligente e, portanto, como justa causa de despedida. Se se avaliar o ato na lógica do respeito à pessoa, à segurança, à vida, à integridade – não somente física, mas também, moral e psíquica –, o seu gesto pode ser considerado diligente na medida em que é orientado a evitar um grave perigo à vida, à saúde de um colega de trabalho ou à sua, pessoal.³³⁹

Eis aí a cláusula geral de diligência interpretada de acordo com o valor do solidarismo e da dignidade da pessoa humana entre nós, prevista no art. 1º, III e 3º, III, da Constituição Federal.

³³⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Op. ci.*, p. 28.

Nessa direção, Juarez Freitas conceitua sistema jurídico como “rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição”³⁴⁰.

Nessa tessitura, observa Clèmerson Clève, os princípios são fundamentais, pois cimentam a unidade da Constituição, fixando *standards* de justiça, prestando-se como mecanismos auxiliares no processo hermenêutico da Constituição e do direito infraconstitucional³⁴¹.

Não se negue, todavia, a existência de pontos de tensão no sistema interno constitucional, os quais são de três espécies na taxionomia adotada por Canaris³⁴²:

- a) quebras sistemáticas;
- b) normas estranhas ao sistema; e
- c) lacunas no sistema.

As primeiras referem-se às contradições de valores e princípios. As normas estranhas ao sistema resultam de valorações que permanecem isoladas ou anômalas, quando vistas dentro do conjunto da ordem jurídica; por último, as lacunas decorrem de falhas setoriais de valoração dentro do sistema jurídico.

³⁴⁰ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 40.

³⁴¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995, p.36.

³⁴² CANARIS, Claus-Wilhelm.. *Op. ci.*, p. 285.

Ainda, no primeiro caso, relativo às quebras sistemáticas, deve-se tentar a solução por meio da interpretação sistemática, priorizando os valores materiais supremos da Constituição em detrimento de questões secundárias como, *vg.*: a inconstitucionalidade material sobrepõe-se à formal.

Sobre o tema, oportuno transcrever a lição de Otto Bachof:

Se uma norma *constitucional* infringir uma outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, tal norma será, em qualquer caso, *contrária ao direito natural* (...) mas não tenho dúvida em qualificá-la também, apesar de pertencer formalmente à Constituição, como *inconstitucional*, se bem que o fundamento último da sua não obrigatoriedade esteja na contradição com o direito supralegal: a *incorporação material* dos valores supremos na Constituição faz, porém, com que toda a infracção de direito supralegal, deste tipo, apareça necessária e simultaneamente como violação do conteúdo fundamental da Constituição³⁴³.

Um exemplo reluzente de interpretação que prioriza valor hierarquicamente superior, dentro da Constituição, dá-se na averiguação de validade do art. 118 da Lei n.º 8213/91, garantidor de estabilidade provisória para o empregado acidentado. Aqui, é de se indagar: o aludido dispositivo, seria inconstitucional, vez que, supostamente, colidiria com o art. 7º, I, da Constituição na parte que submete a regulamentação das despedidas arbitrárias via *lei complementar* e não lei federal ordinária, como previsto na Lei n.º 8213/91?

Em outras palavras, a pergunta que se faz é se a inconstitucionalidade *formal* da Lei n. 8213/91, que adentrou em matéria objeto de lei complementar, invalida a sua eficácia ou, ao revés, a sua regulamentação, ainda

³⁴³ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução José Manuel M. Cardoso da Costa. Título do original alemão: *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* Coimbra: Almedina. 1994, p. 63.

que formalmente irregular, é válida na medida que objetiva dar vida a direitos constitucionais supremos como o da proteção contra a despedida arbitrária?

Nota-se que a ilação de inconstitucionalidade provém de uma interpretação gramatical do art. 7º, I, da Constituição, contudo “a norma constitucional não deve ser interpretada, tão-somente, pelo método gramatical, mas atendendo aos fins e interesses que a Constituição colocou como objetivos”.³⁴⁴ Larenz preleciona, também, que uma disposição só é inconstitucional e, portanto, inválida, quando não pode ser interpretada ‘*em conformidade com a Constituição*’. Examina-se, por conseguinte, em primeiro lugar se uma interpretação, reconhecida como inconstitucional, está, de acordo com os ‘*métodos de interpretação tradicionais*’, a ‘*única possível*’ - e então a disposição é inválida - ou se também é possível que resulte uma interpretação conforme à Constituição.³⁴⁵

Para se chegar a uma conclusão escoreita, faz-se mister investigar porque a Constituição expressamente delimita certas matérias para serem objeto de *leis complementares*. Manoel Ferreira Filho observa que o escopo do constituinte é de “resguardar certas matérias de caráter paraconstitucional, contra mudanças constantes e apressadas, sem lhes imprimir rigidez que impedisse a modificação de seu tratamento, logo que necessário”.³⁴⁶

Ora, se a preocupação do constituinte foi justamente de salvaguardar com maior ênfase o *direito social* expresso no art. 7º, I, é, pois, sintomática a inferência de que pela melhor exegese *teleológica*, aludida norma garantidora do emprego (Lei n. 8213/91) possui eficácia jurídica.

Dessa maneira, há positividade no raciocínio desenvolvido até aqui, pois se o destinatário deste direito constitucional é o trabalhador, e, se a intenção do constituinte foi trazer maior segurança e estabilidade

³⁴⁴ SLAIBI FILHO, Nagib. *Op. cit.* p. 89.

³⁴⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 410/411.

³⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. p. 261.

a esta garantia fundamental, não há como o exegeta preferir a *interpretação literal* à *sistemizada*, em flagrante detrimento ao titular do direito subjacente:

A disposição é então, nesta interpretação (*teleológica e sistemizada*), válida. Disto decorre, então, que de entre várias interpretações possíveis segundo os demais critérios sempre obtém preferência aquela que melhor concorde com os *princípios* da Constituição. ‘Conformidade à Constituição’ é portanto, um critério de interpretação.³⁴⁷

Karl Larenz menciona a necessidade de observância de uma “*ordem hierárquica de valores*” da Constituição, afirmando que isso deixa de ocorrer “quando o resultado da interpretação não é compatível com as normas de direitos fundamentais e com a ordem de valores nelas estabelecida.”³⁴⁸

Destarte, não se pode admitir que a omissão inconstitucional do legislador³⁴⁹, em relação ao artigo 7º, I, tenha o condão de tirar a eficácia das parcas leis ordinárias vigentes e consentâneas com o direito constitucional garantidor da relação de emprego.

Entender desta forma é interpretar de forma limitada e míope os dispositivos constitucionais. É, no mínimo, desconhecer a “ordem hierárquica de valores” e o espírito maior de proteção aos direitos e garantias fundamentais !

Paulo Modesto também discorre sobre o assunto e adverte que em virtude da *eficácia de vinculação*, essas normas condicionam o legislador, “reclamando a concretização (realização) de suas imposições; se nem sempre podem autorizar a substituição do legislador pelo juiz, podem, por vezes,

³⁴⁷ LARENZ, Karl. *Op. cit.* p. 411.

³⁴⁸ Idem, p. 412.

³⁴⁹ manifestamente prejudicial ao trabalhador.

autorizar o desencadear de medidas jurídicas ou políticas voltadas para a cobrança do implemento, pelo legislador, do seu dever de legislar”³⁵⁰.

Assim, não há inconstitucionalidade da Lei n.º 8213/91, vez que em perfeito ajuste com os seguintes princípios constitucionais: (i) - *da norma mais benéfica*; - (ii) *da valorização do trabalho e do trabalhador*; e - (iii) *do valor supremo das garantias fundamentais, nestas incluídas os direitos sociais*.

Por derradeiro, cabe apontar que o STF indeferiu a liminar da ADIN que busca a declaração de inconstitucionalidade do *caput* do art. 118 da Lei n. 8213/91³⁵¹. A excelsa corte fez valer o princípio constitucional de valorização e efetivação dos direitos e garantias fundamentais, entre os quais se incluem os direitos sociais e, por corolário, o art. 7º, I, da CF, ora em debate. Também nesse viés a OJSDI-I n. 105 do TST: “Estabilidade provisória. Acidente de trabalho. É constitucional o art. 118, da Lei 8213/1991”³⁵².

Ainda quanto à chamada *quebra sistemática*, tratada por Canaris, destaque-se mais uma situação de flagrante contradição de valores e princípios, derivada da colisão entre o art. 37, II, com o art. 41 em sua redação, dada pela Emenda n. 19/98. Enquanto o primeiro artigo citado apregoa que *toda* a administração pública direta e indireta obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, fulcrada a investidura em *cargo ou emprego público* mediante aprovação em concurso, o outro dispositivo apontado, art. 41, assegura estabilidade, após três anos de efetivo exercício, *somente aos servidores* concursados nomeados para *cargo público*.

Conclui-se, pois, da combinação de tais enunciados constitucionais, que o servidor celetista tratado, *prima facie*, de forma igual ao

³⁵⁰MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. *Inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista de Direito Público, 97:116-127, 1991. p. 116.

³⁵¹ STF - ADIN (liminar) n. 639-8/600 - DF, Sessão Plenária, DJ, 22.05.1992, decisão unânime. Rel. Min. Moreira Alves.

³⁵² Verbete inserido em 01.10.1997.

estatutário no que tange à observância de princípios e aprovação prévia em concurso é, em momento posterior, tratado de maneira diferenciada ao deixar de se beneficiar da estabilidade no emprego³⁵³; de consequência, patente a *quebra sistemática* do sistema interno constitucional.

Uma parcela da jurisprudência já se deu conta dessa contradição interna da Constituição e, por isso, vem adotando, nesses casos, interpretação sistemática como sugere Canaris:

Sociedade de economia mista. Necessidade de motivação do ato de dispensa. Se há necessidade de um ato administrativo para a admissão do servidor (art. 37, II, da CF/88) a demissão também deverá ser feita nos mesmos moldes, ou seja, através de um ato administrativo, com o preenchimento de certos requisitos, em especial o da motivação”. (TRT, 9ª. Região, Ac. 15.061/99, 2ª. Turma. Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther).

Nos casos de *normas estranhas ao sistema*, ou seja, aquelas reconduzidas fora dos princípios jurídicos gerais ou valorativamente isoladas dentro da ordem jurídica global, a *interpretação restritiva*, deve ser seguida limitando “tais corpos estranhos ao mais curto espaço possível dentro da ordem jurídica.”

É, pois, a hipótese da segunda parte do art. 7º., VI, da CF, que prevê como direito dos trabalhadores a irredutibilidade do salário, “salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

Ora, não resta dúvida que a redução salarial prevista em acordo ou convenção coletiva constitui-se um “corpo estranho”, uma “valoração isolada”, quando colacionada ao aparato axiológico constitucional, todo ele pautado no asseguração de melhor condição social ao trabalhador (*caput* do art. 7º.),

³⁵³ Sobre o tema consultar o nosso: *Dispensa do servidor público celetista*, capítulo extraído da obra *Inovações na legislação trabalhista. Reforma trabalhista ponto a ponto*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 243.

atentando-se à dignidade do trabalho e da pessoa humana (art. 1º, III e art. 6º), voltando-se a ordem econômica à valorização do trabalho humano e à função social da propriedade e da empresa (art. 170 e inciso III), além de ter como primado o trabalho, o bem-estar e a justiça sociais (art. 193).

É preciso aduzir ainda, que a interpretação desse ponto de tensão axiológica constitucional (parte final do art. 7º, VI) deve ser restritiva, o que vale dizer, segundo Canaris: “espera-se ao menos uma proibição de interpretação extensiva”³⁵⁴.

Nessa tessitura, possível assegurar que é equivocado o segmento jurisprudencial do TST que interpreta de forma *extensiva* o art. 7º, VI, da CF, conforme as ementas a seguir transcritas:

“(...) a redução do adicional de periculosidade à sua percepção proporcional ao tempo de exposição ao risco encontra respaldo nas hipóteses de flexibilização autorizadas pela Constituição Federal, pois se a Carta Magna admite a redução dos dois principais direitos trabalhistas, que são o salário (CF, art. 7º, VI) e a jornada de trabalho (CF, art. 7º, XIII e XIV), *todos aqueles que deles decorrem também são passíveis de flexibilização* (...)” (TST, 4ª Turma, RR n. 483.120/98, Rel. Ives Gandra Martins Filho, DJ: 15/03/02)

“Se a Constituição Federal admite a flexibilização das normas laborais mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, tornando viável até a *redução dos salários*, (...) deve o Judiciário admitir que, na negociação coletiva, as partes façam concessões mútuas. Aliás, a Eg. SDI, deste C. Tribunal *firmou jurisprudência nesse sentido*. Tem-se, desse modo, que é válido o acordo coletivo que condicionou o pagamento do resíduo salarial relativo aos meses de janeiro e fevereiro de 1994 à obtenção de lucros pela Empresa, restando configurada a violação do art. 7º, XXVI, da CF.” (TST, 5ª Turma, RR n. 681.551/00, Rel. Rider Nogueira de Brito, DJ: 31/05/02)

³⁵⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 238.

Acertado é o aresto de Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva que interpreta o art. 7º, VI, da CF, de forma sistemática, prestigiando o princípio da unidade da Constituição:

“Irredutibilidade do salário. Ressalva contida no art. 7º, VI, da CF. Limites de atuação dos sindicatos. A ressalva ao princípio da irredutibilidade do salário, contemplada no art. 7º, VI, da Constituição Federal, não significa que os sindicatos estejam autorizados a livremente transigir acerca dos direitos individuais dos integrantes da categoria, em qualquer situação (partindo do pressuposto de que, permitida a redução de salário, que é o direito básico do trabalhador, autorizada restaria a redução de qualquer outro direito trabalhista, situado em nível inferior de essencialidade). A permissão para redução de salário deve ser entendida no contexto das garantias instituídas em favor do trabalhador e de seus dependentes e da preservação dos "valores sociais do trabalho", que constituem princípio fundamental da República (CF, art. 1º, IV). Assim, a redução de salário só pode ser aceita como medida de caráter excepcional e transitório, justificada pelas dificuldades financeiras ou operacionais enfrentadas pela empresa ou pelo segmento econômico (e revogável, assim, quando cessadas tais dificuldades), e acompanhada de contrapartida em favor dos empregados (redução correspondente da jornada, estipulação de garantia de emprego), de forma a impedir a quebra do equilíbrio que deve presidir as relações contratuais entre empregadores e empregados. Só nessas condições o acordo ou convenção coletiva se legitima, tornando impositivo seu reconhecimento (CF, art. 7º, XXVI). Qualquer acordo coletivo de redução de direitos trabalhistas deve observar tais parâmetros, sendo inválido e ineficaz quando não o fizer". (TRT 2ª Reg, RO 02980083610/1998, Ac. 02990214342, 8ª Turma, in DJ-SP 18/05/1999).

Finalmente, quanto às *lacunas* derivadas de omissões valorativas da Constituição, Canaris admite o uso da *tópica* instituída por Theodor Viehweg, com fulcro na obra *Tópica e Jurisprudência*³⁵⁵, escrita no início dos anos 50.

³⁵⁵ A obra de Vieweg foi traduzida para o português por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o qual foi seu aluno na Alemanha nos anos de 1965-1968. VIEWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

Na visão do próprio Vieweg, a tópica pretende fornecer indicadores de como comportar-se em situações concretas, “a fim de não se ficar preso, sem saída”. É, portanto, “uma *técnica do pensamento problemático*”³⁵⁶:

Se a jurisprudência concebe sua tarefa como uma busca do justo dentro de uma inabarcável pletora de situações, tem de conservar uma ampla possibilidade de tomar nova posição com respeito à aporia fundamental, isto é, de ser *móvel*. A primazia do problema influi sobre a *techne* a adotar. Uma tessitura de conceitos e de proposições que impeça a postura aporética não é utilizável. Isto é válido especialmente para um sistema dedutivo. Por causa do inabarcável de sua problemática, uma jurisprudência assim concebida tem um interesse muito maior em uma variedade *assistemática* de pontos de vista. Não é inteiramente correto qualificá-los como princípios. Ter-se-lhes-ia de chamar mais exatamente proposições diretivas ou *topoi*, segundo o critério de nossa investigação³⁵⁷.

E mais: na percepção do jurista alemão, o operador do direito, diante de uma pletora de situações, deve adotar esse ou aquele ponto de vista (*topos*) apoiado no senso comum³⁵⁸ ou na opinião especialista, a fim de adequar a melhor solução para o caso concreto.

3. A tópica de Vieweg e a proeminência da Constituição

Theodor Vieweg observa que a jurisprudência precisa ser concebida com uma permanente discussão sobre determinadas questões “sua estrutura total deve ser determinada a partir do problema, buscando pontos de vista (*topoi*) para sua solução”³⁵⁹.

³⁵⁶ VIEWEG, Theodor. *Op. cit.* p. 33.

³⁵⁷ VIEWEG, Theodor. *Op. cit.*, p. 98/99.

³⁵⁸ A tópica e o *sensus communis* estão inseparáveis na visão de Vico que inspirou a formulação de Vieweg.

³⁵⁹ VIEWEG, Theodor. *Op. cit.*, p. 92.

A crítica que se faz à tópica viewegniana concerne a sua *assistematização* de escolha dos *topoi*, sem qualquer critério objetivo, em manifesto arbítrio do aplicador³⁶⁰. A tópica parte do pensamento aporético, da problemática, do método indutivo, sendo incompatível com o pensamento sistemático, originário do método axiomático-dedutivo. No entanto, essa conclusão pela incompatibilidade deve ser melhor apreendida.

Deveras, percebe-se que quando Vieweg reportou-se à incongruência da tópica com o sistema jurídico, fê-lo referindo-se ao sistema do tipo fechado e, não, ao aberto. Tal ilação manifesta-se em sua obra, quando, ao tecer implicações entre o sistema e a problemática, cita Hartmann: “o modo de pensar sistemático procede do todo. (...) Não há que buscar um ponto de vista. O ponto de vista está adotado desde o princípio. E a partir dele se selecionam os problemas”³⁶¹.

Ora, pelas características mencionadas, é indubitável tratar-se do sistema fechado com pretensão de completude. Diante disso, surge uma indagação: a técnica da tópica viewegniana é compatível com o sistema aberto? Para Canaris, o uso da tópica somente será legítimo quando para suprir lacunas valorativas do sistema, ocasião em que a tópica, então, será vista como “uma complementação mútua”, máxime “em sectores fortemente marcados por cláusulas gerais como o Direito Constitucional ou em áreas reguladas de modo muito lacunoso como o Direito Internacional privado”³⁶².

Para Martins-Costa a tópica pode ser amplamente utilizada como atividade mental, usada pelo intérprete em toda e qualquer norma, além de se constituir em modo de abertura de sistemas fechados, do tipo codificado - a exemplo do NCCB. Assim, a jurista defende ser possível falar de um “novo pensamento sistemático”, que conjuga o procedimento dedutivo e indutivo, o sistema

³⁶⁰ Nesse sentido LARENZ, Karl, *Op. cit.*, p. 697 e CANARIS, Claus-Wilhelm, *Op. cit.*, p. 247 e seguintes. Este chega a dizer que a tópica é falaciosa e que “o pensamento aporético não conduz assim, de modo algum, necessariamente à tópica mas sim, apenas à *abertura* do sistema”.

³⁶¹ VIEWEG, Theodor. *Op. cit.*, p. 35.

³⁶² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 277.

e o caso, o método sistemático e o método tópico. Dessa recíproca coordenação que se poderá “compreender como, numa estrutura formal como é a do direito codificado, emergem, continuamente, elementos problemáticos, que são, por sua vez, sistematizados”. Dito de outro modo, o raciocínio jurídico não se desenvolve sob o aspecto “puramente” tópico, tampouco sob o prisma “puramente” sistemático-dedutivo³⁶³.

Em posição diversa, Gustavo Tepedino critica a opção do legislador em reproduzir a mesma técnica legislativa de codificação, pretensamente neutra e abstrata, a exemplo do que ditava a cartilha dos códigos dos séculos XVIII e XIX. O Novo Código Civil vale-se de algumas cláusulas gerais, que, uma vez “desassociadas de um conteúdo axiológico preciso, acabam por carrear insegurança às relações que procuram disciplinar”³⁶⁴; a título de exemplo, cite-se a inserção da cláusula da boa-fé contratual no art. 131 do Código Comercial de 1850 e no § 242 do BGB de 1900. Enquanto inserida em sistema codificado, a cláusula de boa fé teve baixa eficácia social, justamente porque inserta no bojo de códigos, sendo restaurada somente em momento posterior, por obra da doutrina e da jurisprudência³⁶⁵.

O sistema jurídico composto de normas, conceitos e cláusulas gerais não pode ser contextualizado como mera estrutura formal e neutra, mas vinculado a critérios expressamente definidos, que traduzem a tábua de valores da sociedade, consagrada na Carta Magna por intermédio dos princípios da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e da solidariedade social³⁶⁶. Esta assertiva - que retrata uma das afirmações que se procura comprovar

³⁶³ COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 331/369 a 371. Para a jurista gaúcha, “Sistematização e assistematização constituem, assim, a *polaridade dialética* na qual se desenvolve o sistema aberto, eis que tendente à permanente ressystematização”

³⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In: *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Coordenador: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 9.

³⁶⁵ Idem, p. 10.

³⁶⁶ Esta é a crítica procedente de TEPEDINO, Gustavo *Op. cit.*, p. 12/16. Nesse sentido, refratário à reprodução da técnica codificadora, também se manifestam: FACHIN, Luiz Edson. *Op.*

no curso de nossa tese - deve iluminar a problemática da responsabilidade civil, proveniente da inexecução do contrato de trabalho.

Para Larenz, é possível conceber uma ligação entre pensamento *tópico* e *sistema interno*, de modo a só considerar como válidos os pontos de vista (*topoi*) jurídicos que sejam justificáveis a partir do sistema interno³⁶⁷. Em verdade sistema interno não é revelado por uma argumentação lógico-formal e conceitual, nem por uma *argumentação tópica*, “mas pela concretização de princípios jurídicos e conceitos determinados pela função” como formas específicas de pensamento “que a si própria se entende simultaneamente como pensamento *orientado a valores* e pensamento sistemático”³⁶⁸.

É fato que, num sistema como o nosso, de rigidez constitucional, é a Lei Fundamental o fundamento de validade de todo o direito infraconstitucional, ocupando sobre este uma manifesta “posição de preeminência ontológica, axiológica e normativa”³⁶⁹.

Anote-se, contudo, que se a função integradora da lei constitucional ainda hoje é um dos objetivos a que se propõe a Carta Magna, não se

cit., p. 5/7. MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de Direito Civil. São Paulo, v. 65, p. 21/23. Defendendo a feição do Novo Código Civil Brasileiro, Judith Martins-Costa, assim se manifesta: “Ora, sendo o Coordenador da Comissão Elaboradora do Projeto um filósofo e humanista do porte de Miguel Reale, é natural que o seu texto encontre-se permeado por regras nas quais é funda a exigência de eticidade que deve pautar as relações extrapatrimoniais e patrimoniais entre as pessoas, portadoras que são da especial dignidade que, agora, a própria Constituição Federal lhe reconhece”. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. Obra escrita em co-autoria com BRANCO, Gerson Luiz Carlos.

³⁶⁷ LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 697. Registre-se, contudo, que o próprio Larenz reconhece o fato de tal concepção apresentada não corresponde ao entendimento geral da *tópica viewegiana*.

³⁶⁸ Idem, *ibidem*.

³⁶⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. *A constituição federal e o trabalho...*, p. 56. O jurista paranaense complementa sua idéia nas páginas 54 e 55: “mesmo aquelas normas constitucionais com menor densidade normativa e maior abstração, ao firmarem uma determinada posição conceitual, “restam jurisdicizadas, vinculando, deste modo, toda a conduta do legislador, do administrador e do magistrado no futuro, bem como tornam ausentes do mundo jurídico, porque derogadas, as disposições infraconstitucionais que apontem para o sentido inverso”.

deve concluir que dessa função resulta necessariamente uma *unidade da constituição* imune a conflitos, tensões e antagonismos³⁷⁰.

A Constituição, que aspira transformar-se em projeto normativo do Estado e da sociedade, aceita tais contradições, apontando para a necessidade de *aberturas*, pois é sabido que “a excessiva rigidez do texto constitucional conduz à distanciação das normas perante o metabolismo social”³⁷¹.

Daqui assume relevância os instrumentos de *revisão constitucional*³⁷². O Brasil, neste diapasão, é pródigo na utilização de Emendas à Constituição; com isso, busca adaptá-la não necessariamente aos novos valores sociais, mas aos interesses da classe que detém o poder. Sobre essa feição, Luís Roberto Barroso apelida-a de *narcisismo constitucional*, na medida em que cada governante quer um texto à sua imagem e semelhança³⁷³.

Um bom exemplo do que estamos a questionar é a alteração do art. 37 da Constituição Federal, dada pela Emenda n. 19/98. A administração pública, além de obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, também deverá considerar, doravante, o “princípio da eficiência”. Criou-se dito valor, máxime, para legitimar a redução de alcance da estabilidade de que trata o já comentado artigo 41 da Constituição. Diante dessa Emenda, cabe-nos uma indagação: o novel princípio da eficiência reflete um anseio social ou um interesse macroeconômico de cunho (neo)liberal?

³⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra editores, 1989, p. 79.

³⁷¹ Idem, ibidem.

³⁷² Conforme observa Marcello Cerqueira, a Constituição de 1988 não acrescentou novidade ao sistema de reforma constitucional praticado pelo direito brasileiro, permanecendo a uniconceptualidade da revisão ou mudança, cabendo ao Presidente a iniciativa de propor emendas, ampliando os limites circunstanciais ao poder de reforma, além de ampliar a abrangência das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). *Revisão, reforma constitucional e plebiscito*. CERQUEIRA, Marcello.: Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. Org: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, p. 135.

³⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo*. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 53.

Ora, se a pujança do ideário neoliberal é capaz de emendar a própria Constituição Republicana, o que dizer, então, se admitirmos, pela jurisprudência trabalhista, o uso indiscriminado da tópica, nos moldes propostos por Vieweg, de forma assistemática, livre e sem respaldo nos valores sociais da Constituição?

Particularmente somos refratários ao uso da tópica viewegniana, vez que serve, na maioria dos casos, para legitimar a prática reprovável do julgador que, ao se deparar com o caso concreto, despreza a lei e os valores constitucionais, elegendo, *prima facie*, uma solução pessoal e particular, utilizando-se, para tanto, da eleição de um *topos* que nela se amolde, o qual servirá de supedâneo à decisão tomada. Maria Francisca Carneiro, nessa esteira, observa que: “através da tópica aflora o inequívoco caráter político-ideológico da atividade decisória”³⁷⁴.

Ademais, conforme vimos, a tópica não encerra rigor científico, eis que é assistemática. Talvez por isso, Theodor Vieweg a tenha enquadrado como mera “técnica do pensamento problemático”³⁷⁵. A propósito, o prefácio de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, tradutor da obra de Vieweg: “a tópica não é propriamente um método, mas um estilo, (...) não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar problemas, a partir deles e em direção deles”³⁷⁶.

Logo, correta é a posição de Larenz no sentido de que a tópica, quando utilizada pelo aplicador em caso lacunoso, deverá ser consentânea

³⁷⁴ CARNEIRO, Maria Francisca. *Avaliação do dano moral e discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 159.

³⁷⁵ *Op. cit.*, p. 33.

³⁷⁶ *Op. cit.*, p. 03. Tércio Sampaio Ferraz Júnior acrescenta, na página 04, que os “conceitos e proposições do pensamento jurídico não são formalmente rigorosos, nem podem ser formulados na forma de axiomas lógicos, mas são *topoi* da argumentação. A expressão *topos* significa lugar (comum). Trata-se de fórmulas variáveis no tempo e no espaço, de reconhecimento de força persuasiva, e que usamos, com frequência, mesmo nas argumentações não técnicas das discussões cotidianas”.

com os princípios e valores supremos da Constituição da República, sendo vedado seu uso amplo e desprovido de qualquer sistematização.

4. A proposta de Canotilho para um constitucionalismo reflexivo

Digna de registro a atual posição adotada pelo jurista português, José Joaquim Gomes Canotilho, conhecido panegirista da Constituição Dirigente, que revendo em parte suas razões, diante do momento de transição de modelo de Estado e de sociedade, recentemente se manifestou em defesa de uma nova teoria da constituição³⁷⁷.

O festejado autor sustenta que a idéia de “directividade constitucional” terá, ainda hoje, sentido, se inserida numa compreensão crítica denominada por ele de “constitucionalismo moralmente reflexivo”³⁷⁸. Trata-se, em verdade, de uma releitura atualizada da Constituição Dirigente, a partir da realidade portuguesa inserida na União Européia.

Importante, neste instante da tese, enumerar a linha argumentativa de Canotilho, não só pela autoridade do jurista, mas pela importância da abordagem do tema nesta fase de questionamento de modelo constitucional. Não se ignore a dúvida que paira no ar: o modelo de Constituição Dirigente encontra-se superado ou deve apenas ser feita nova leitura?

Por primeiro, é preciso esclarecer que a expressão constitucionalismo “reflexivo” é feita a partir de Niklas Luhmann, no sentido de um

³⁷⁷ Canotilho pronunciou-se inicialmente em artigo nominado: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo*. In: *Revista dos Tribunais*. ano 4, n. 15, 1996. Posteriormente abordou novamente o tema no prefácio da 2ª ed. da obra *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

³⁷⁸ Prefácio da 2ª ed. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. p. IX.

constitucionalismo que *reflita* o conjunto cada vez mais complexo de demandas da comunidade, que *dê respostas* dotadas de racionalidade aos anseios sociais³⁷⁹.

Assim, a primeira revisão proposta por Canotilho incide no fato do dirigismo repousar no dogma do Estado-soberano, o qual é materializado na chamada “soberania constitucional”. Nesse aspecto, com o advento dos blocos regionais, sobretudo o da União Européia, as ordens jurídicas nacionais transformaram-se em ordens jurídicas parciais, tendo que “ceder perante novos fenótipos político-organizatório, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas *associações abertas de estados nacionais abertos*”³⁸⁰.

A partir disso, surge a crítica não propriamente dirigida a vinculação imediata, mas ao “alargamento não sustentável da força normativa directa das normas constitucionais”, exemplificando com a Constituição brasileira, § 1º, do art. 5º, que abrange, indiscriminadamente, todos os direitos e garantias fundamentais, inclusive os direitos sociais³⁸¹. É, pois, assinala Canotilho, o velho problema da “grandiloquência nas palavras e da fraqueza nos actos”, na medida em que os constituintes aceitam, no momento fundacional, compromissos emancipatórios semanticamente formulados, mas não acreditam neles, nem tencionam levá-los à prática.

Isso demonstra duas coisas: que é preciso parcimônia normativa quanto à positivação constitucional de imposições e, também, que é necessário manter a externalização das ações constitucionais tendentes à eficácia constitucional; para Canotilho, os institutos da inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção devem ser usados, não para deslegitimar governos e

³⁷⁹ O próprio Canotilho esclarece a sua inspiração em Luhmann para a palavra “reflexão” no nota 19, da p. XVIII e p. XXIV do referido texto: Prefácio da 2ª. ed. da obra *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editores, 2001.

³⁸⁰ *Op. cit.*, p. XII.

³⁸¹ *Op. cit.*, p. XIII/ XVI.

assembléias legislativas inertes, “mas para assegurar uma via de publicidade crítica e processual contra a Constituição não cumprida”.

O jurista português enfatiza a importância da *identidade reflexiva* da Constituição, a qual resulta do binômio *núcleo de identidade* - conjunto de normas e princípios estruturais - e *desenvolvimento constitucional* - conjunto de formas de evolução da constituição, ou seja, de inovação quanto à compreensão dos princípios, às propostas interpretativas e ao alargamento da disciplina constitucional para enfrentar novos problemas que surgem, tais como, *vg.*, *o direito a identidade genética*. Aqui incide sua defesa à limitação das cláusulas pétreas, no tocante ao núcleo de identificação trazido na própria *essência* da Constituição³⁸².

Canotilho censura a concepção ideológica que alguns autores dão à Constituição Dirigente, sustentando que ela é apenas jurídica metodológica; nessa perspectiva, deve-se coibir as fórmulas de narratividade emancipatória, as quais se traduzem em um paternalismo que não acha lugar na ordem constitucional, citando como exemplo o art. 8º, I, da Constituição brasileira, que ao pretender emancipar o movimento de classe operária acaba proibindo o pluralismo sindical³⁸³.

Os direitos sociais, de acordo com Canotilho, devem ser recortados e inseridos em um catálogo constitucional. Todavia, a sua positivação não pode ser interpretada como imposições constitucionais tendencialmente conformadoras de políticas públicas de direitos econômicos, sociais e culturais. Assim, exemplifica, “é problemático plasmar na constituição a *gratuidade* do acesso a todos os graus de ensino, não só porque isso pode regidificar demasiadamente a política pública de ensino, mas também porque pode lançar a constituição nas querelas dos *limites do estado social* e da *ingovernabilidade*”³⁸⁴.

³⁸² Idem, p. XVI/ XVII/XIX.

³⁸³ Idem, p. XVIII /XIX.

³⁸⁴ Idem, p. XX.

A Constituição deve fornecer as exigências mínimas – o complexo de direitos e liberdades definidores das cidadanias, pessoal, política e econômica e intocáveis pelas maiorias parlamentares – constituindo-se em “um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e desestruturação moral de um texto básico através de desregulações, flexibilidades, desentulhos e liberalizações”³⁸⁵. Em outros termos, é preciso substituir um direito autoritariamente dirigente, mas ineficaz, por outras fórmulas contratuais que efetivamente permitam completar o projeto de modernidade, como os casos de parcerias, subsidiariedade, neocorporativismo e delegação.

Nas palavras de Canotilho, “a lei dirigente cede o lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos quatro contratos globais: a) *contrato para as necessidades globais* – um remover das desigualdades; b) *contrato cultural* – tolerância e diálogo de culturas; c) *contrato democrático* – democracia como governo global; e, d) *contrato do planeta terra* – desenvolvimento sustentado. Ao atentar para esses vetores, a Constituição ficará menos densa, regulativa e estatizante; no entanto, o modelo subsistirá porque enriquecido pela constitucionalização da responsabilidade, isto é, “pela garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e acção”³⁸⁶.

De maneira conclusiva, Gomes Canotilho arremata sua nova concepção de Constituição Dirigente:

A Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente, introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos

³⁸⁵ Idem, p. XXI.

³⁸⁶ Idem, p. XXII.

processos de *abertura* do direito constitucional ao *direito internacional* e aos direitos *supranacionais*. Numa época de cidadania múltiplas e de múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da constituição, erguendo-se à categoria de *linha Maginot* contra invasões agressivas dos direitos fundamentais³⁸⁷.

Na sequência, Lênio Streck julga a crescente opinião abraçada por Canotilho, de cunho autopoietico e de matriz luhmaniana³⁸⁸:

entre a hoje clássica posição de Canotilho e a posição revisada, a toda evidência prefiro a primeira, mormente porque falo a partir da realidade de um país de terceiro mundo onde, por exemplo, sequer se cumpre o art. 196 da Constituição, que clara e especificamente estabelece que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, e que a propriedade tem uma função social, ao mesmo tempo que 2% da população detêm 50% das terras do território nacional³⁸⁹.

Não querendo apenas justificar o posicionamento adotado por Canotilho ou mesmo ratificar a crítica de Lênio Streck, mas a verdade é que o cenário português é muito diferente do nosso, seja na perspectiva da estabilização da economia, seja no poder aquisitivo dos trabalhadores, seja na efetividade e eficácia dos direitos fundamentais. Ainda que Portugal esteja, também,

³⁸⁷ Idem, p. XXIX.

³⁸⁸ Acerca da teoria social sistêmica, de cunho autopoietico, vale registrar a crítica de Pietro Barcellona que após observar que a dupla função do sistema é o de redução da complexidade do ambiente, e, ao mesmo tempo, de reprodução interna - graças a uma contínua reestruturação e um processo contínuo de diferenciação funcional - acrescenta: “a teoria social sistêmica é, sob esse perfil, não apenas uma configuração da sociedade, mas uma verdadeira e própria estratégia operativa. Quer-se dizer que a “complexificação” é ao mesmo tempo uma representação da fenomenologia social mas também um potente instrumento de neutralização do conflito no modo em que vinha colocado pela doutrina política e social tradicional”. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995, p. 22 e 24.

³⁸⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000, nota 423, p. 228. Em que pese a obra ser de 2000 e o texto de Canotilho por nós referido ser de 2001, cabe registrar que a crítica de Lênio refere-se ao mesmo texto se considerarmos que o Prefácio escrito em 2001 contém exatamente o mesmo teor do artigo antes referido “*Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo reflexivo*” escrito em 1996.

vivendo problemas de desemprego e fragmentação das relações de trabalho³⁹⁰, sua condição é privilegiada quando comparada com a brasileira.

Logo, fica difícil pensar em Pós-modernidade, quando se constata que o Brasil sequer atingiu a Modernidade! O mesmo se diga em relação a sua forte integração à União Européia, quando comparada à frágil situação do Mercosul, existente de forma embrionária no papel, e nula na prática.

O próprio Streck, em outra obra mais recente, comentando em minúcias a sobrevivência do constitucionalismo dirigente em rebate crítico ao pronunciamento de Canotilho, faz questão de trazer à lume o porquê da mudança de posição do jurista português:

Quando Canotilho dá ênfase ao papel dos tratados, mostra exatamente sua preocupação com a questão européia, onde tal questão surge como um paradoxo: ao mesmo tempo em que, no velho continente, a tese da Constituição dirigente e o papel do Estado nacional perdem importância, o conjunto normativo comunitário da União Européia assume cada vez mais foros de “dirigismo jurídico-político”, com se fosse uma superconstituição.³⁹¹

Desse modo, prossegue Streck, considerando as peculiaridades européias e a diferença do caráter revolucionário do texto constitucional português e o caráter social da Constituição brasileira, “é possível afirmar que continuam perfeitamente sustentáveis as teses relacionadas ao caráter dirigente e compromissário do texto constitucional brasileiro”.

³⁹⁰ Sobre o tema consultar a obra da jurista lusitana REDINHA, Maria Regina Gomes. *A relação laboral fragmentada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

³⁹¹ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 114. O autor complementa sua idéia na página 115: “a globalização e suas consequências “pós-modernas” são, pois, uma realidade. Entretanto, isso não deve significar que Estados Nacionais como o Brasil, onde as promessas da modernidade continuam não cumpridas e onde o assim denominado *Welfare State* não passou de um simulacro, não possa ter autonomia para construir políticas públicas aptas a realizar a justiça social e os designios do pacto constituinte de 1986-1988”. Lênio informa na nota de rodapé n. 20 da página 114 dessa obra que em teledebate (Curitiba-Coimbra) realizado em 21/02/02, com a presença de inúmeros juristas do sul do país, Canotilho “deixou clara sua preocupação com a questão do “dirigismo” dos tratados, estranhando que os doutrinadores que antes criticavam a diretividade do texto constitucional, hoje pregam a diretividade dos textos internacionais”.

Finalmente quanto ao “núcleo político” que constitui a essência da Constituição, Lênio nele inclui os direitos sociais-fundamentais, logo, “parece razoável afirmar que a idéia da programaticidade da Constituição deve ser mantida, pela simples razão de que, sem a perspectiva dirigente-compromissária, torna-se impossível realizar os direitos que fazem parte da essência da Constituição”.³⁹²

5. Estado democrático de direito e Neoliberalismo: uma tensão ressoada

Observa-se, em boa parcela da doutrina e da jurisprudência trabalhistas hodiernas, a utilização *inadequada* de topoi argutamente eleitos em detrimento dos valores e princípios sociais albergados na Constituição. As tópicas amiúde utilizadas são a da “modernização” e da “flexibilização”, termos eufemísticos se verificarmos que objetivam autenticar a submissão do social à injunção econômica e sua lei de mercado.

Como a globalização econômica implica concorrência internacional, “cada empresa precisa necessariamente cuidar da diminuição de custos e aumento da produtividade”³⁹³, daí a implementação de técnicas de reengenharia (*downsize*) e suas cediças conseqüências: precariedade do trabalho e desemprego³⁹⁴.

³⁹² *Idem*, p. 119.

³⁹³ MAGANO, Octávio Bueno. *Perspectivas do contrato individual do trabalho*. In: *Temas atuais de direito*. Coordenação: Milton Paulo de Carvalho. São Paulo: LTr, 1998, p. 242.

³⁹⁴ A técnica da reengenharia (*reengineering*) se consagrou a partir dos estudos de HAMMER, Michael e CHAMPY, James. *Reengenharia. Revolucionando a empresa*. Rio de Janeiro: Campus, 1994. Título original: “*Reengineering the corporation, a manifesto for business revolution*”. Na página 22 desta obra, os autores conceituam a novel lógica da administração como um “repensar fundamental e a reestruturação radical dos processos empresariais que visam alcançar drásticas melhorias em indicadores críticos e contemporâneos de desempenho, tais como custos, qualidade, atendimento e velocidade”. A reengenharia está associada ao *downsize* que como o próprio nome sugere “tamanho diminuto”, significa o processo de enxugamento do número de empregados da empresa a fim de diminuir custos, tornando a empresa mais competitiva e lucrativa.

No meio dessa tensão axiológica está o jurisdicionado, a comunidade legislada, o povo brasileiro. Será que somos protagonistas ou meros coadjuvantes nessa dialética histórica?

No perspicaz comentário de Häberle, a expressão “povo” não é apenas um referencial quantitativo, que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também “um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão”³⁹⁶.

Toda menção que se faz a Estado Democrático de Direito, induz, com algum esforço, à conceituação de Estado de Direito. No entanto, é preciso saber de que Estado se está falando e distinguir que Direito estamos nos referindo. Segundo Carl Schmidt, o Estado de Direito é produto de longa sedimentação histórica, prenunciada desde a Antiguidade Clássica pela conjugação das idéias de *dike* (processo), *themis* (direito) e *nomos* (lei)³⁹⁷.

O termo Estado de Direito foi consagrado no Estado Liberal-Burguês do século XVIII, no sentido de limitar o papel do Estado devido ao Absolutismo que o antecedeu. Daí a importância da afirmação da supremacia da lei no momento de superação do Absolutismo, como maneira eficaz de expressar a liberdade, oposta à concentração de poderes por parte do Estado³⁹⁸.

Numa acepção ampla e simplista, o Estado de Direito pode ser associado à idéia de governo e sociedade regidos pelo Direito. Mas, como

³⁹⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 36.

³⁹⁷ *Apud*: ROSSI, Junia M. Lana de *O estado democrático de direito e às restrições à legislação de urgência pelo poder executivo*. Trabalho em Revista, Curitiba: Editor Silvonei Sérgio Piovesan. N. 202, 05/1999, p. 625.

³⁹⁸ Neste sentido consultar: BONAVIDES, Paulo. *Reflexões: Política e Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

adverte Dalmo Dallari, para que não se confunda a simples existência de uma legalidade formal – a qual também existe na ditadura – com o existir de uma ordem jurídica legítima e democrática, é necessário acrescentar um predicado: Estado *Democrático* de Direito³⁹⁹, conforme consta do preâmbulo da nossa Constituição republicana ou no art. 2º. da Constituição de Portugal: “Estado de Direito Democrático”.

A partir disso, advém uma questão:

- O atual modelo brasileiro de Estado Democrático de Direito, submerso numa economia globalizada de corte neoliberal, encerra compromisso ético?

E quando nos referimos à ética, o fazemos com apoio em Enrique Dussel, que apregoa: “a ética não se funda em juízos subjetivos de valor, mas em juízos de fatos universais, dentre eles o do direito à vida na acepção mais ampla: saúde, educação, segurança, trabalho digno...”⁴⁰⁰.

A discussão de vincular o direito aos valores que lhe são subjacentes é antiga e remonta à sua visão tridimensional, que vai desde Vanini e Del Vechio até Miguel Reale, para o qual o direito corresponde à normatização dos fatos influenciados por valores. O Direito é, pois, o produto da interação fato, valor e norma⁴⁰¹.

Com efeito, a norma jurídica pode ser estudada tanto pelo sociólogo, quanto pelo jurista, quanto pelo filósofo. O primeiro (sociólogo)

³⁹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Estado de direito e cidadania*. In: *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. Organizadores: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, p. 197. Em suma: a simples expressão “Estado de Direito” não vincula a idéia de conteúdo ético, político e social e, nem tampouco a idéia de cidadania. Ao contrário, é a expressão Estado *Democrático* de Direito que nos dá esse sentido.

⁴⁰⁰ DUSSEL, Enrique. *Fora do mercado não há salvação*. In: *Novos estudos Cebrap*. n. 45, julho/96, p. 130 a 132.

⁴⁰¹ Nesse sentido consultar: REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1973, p. 85 a 87

examina os fatos - ou a chamada fenomenologia jurídica; o segundo (jurista) se atém à norma posta - ou a gnoseologia jurídica⁴⁰² e finalmente o filósofo se dedica ao aspecto deontológico, aos valores plasmados na norma, à ética jurídica.

Ao examinar os efeitos oriundos da adoção do modelo de Estado Neoliberal, verifica-se um aumento sensível na concentração de renda, no desemprego e na precariedade das relações de trabalho; tais implicações já bastam para inferir pela dissociação desse modelo com a ética, em sua interpretação dusseliana.

Nessa trilha, é significativa a análise de Eros Roberto

Grau:

O capitalismo é essencialmente conformado pela *microrracionalidade* da empresa, não pela *macrorracionalidade* reclamada pela sociedade. Mais do que apenas isso, no entanto, o neoliberalismo as unanimidades cegas não reconhecem. O desemprego estrutural da Comunidade Européia alcança cifras elevadíssimas. Os países avançados suportam a estagnação econômica, com o empobrecimento dos assalariados. A América Latina passa por um processo de marcante desindustrialização. Os Estados nacionais, cuja dívidas explodem, uma vez que seus títulos públicos alimentam o capital a juros globalizado, entram em situação de falência fiscal⁴⁰³.

Ainda sobre a perquirição referente ao compromisso ético do molde Neoliberal, Pierre Salama, com acerto, responde:

É inaceitável (eticamente) viver em uma sociedade que se fratura cada vez mais; é inaceitável viver nessas condições de desigualdade na distribuição de renda (desigualdade que se amplia cada vez mais); é extremamente inaceitável viver em um país onde são tão profundas as diferenças sociais entre pobres e ricos e, sobretudo, também onde essas

⁴⁰² Do grego “gnoseos” = ação de conhecer; estudo; conhecimento;

⁴⁰³ *Op. cit.*

desigualdades são tão acentuadas entre os próprios pobres⁴⁰⁴.

Neste aurorescer de milênio, deparamo-nos com uma sociedade em sensível transição de valores, costumes e anseios. Todavia, não se pode negar que o escárnio voltado à Constituição Dirigente é emitido, especialmente, por sequazes da ideologia neoliberal, que impõem a flexibilização do modelo como primeiro passo da sua abolição.

Acerca da legitimidade da proposta de ruptura com o modelo constitucional dirigente, impende trazer a ponderação de Konrad Hesse de que o requisito essencial da força normativa de uma Constituição é aquele que leva em conta “não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo”. Isso há de lhe assegurar o apoio e a defesa de consciência geral, enquanto “ordem adequada e justa”, complementa o ex-presidente da Corte Constitucional alemã⁴⁰⁵.

Diante dessa observação, cabe-nos saber se os motes neoliberais da privatização, facilitação do capital especulativo, da globalização da economia, da desregulamentação dos direitos sociais e de um novel molde constitucional são, efetivamente, manifestações de vontade popular. Em outras palavras: o ideário neoliberal representa apenas vontade de Poder (*wille zur Macht*) ou também viceja a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)?

Estas questões nos parecem decisivas na atual fase de transição conjuntural, pois afetam a eficácia e a adequação do modelo de Constituição Dirigente. Pensamos que um sistema que fomenta a exclusão social, privilegiando pequena parcela que se beneficia do “mercado”, em manifesto

⁴⁰⁴ SALAMA, Pierre. *Para uma nova compreensão da crise*. In: Pós-neoliberalismo. Organizadores: Emir Sader e Pablo Gentili. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1995, p. 53.

⁴⁰⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Título do original: *Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1991, p. 20.

menoscabo à eficácia das normas programáticas - estas sim, includentes e emancipatórias - não detém, por esse motivo, legitimidade suficiente para escarnecer ou colocar em xeque a atual Constituição dirigente.

E quando falamos em “legitimidade” afloram-nos à mente as lições de Peter Häberle que, ao se referir à teoria da democracia como forma de legitimação, aduz que ela (a democracia) não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições). Numa sociedade aberta, afiança o professor de Augsburg, “a legitimação se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (*grundrechtsverwirklichung*)”⁴⁰⁶.

É fato que o mundo foi modificado pela revolução da automação, que afetou a sociedade, seus costumes e valores. Tal fenômeno cibernético contribuiu decisivamente para catalisar a mídia, que agora se apresenta em eficiente dimensão global, capaz de atingir o atual formato de sociedade de massa. Consoante observa Comparato, no mundo capitalista, tal como nos países de regime totalitário, “o debate público é sempre falseado, pois são os órgãos de comunicação, não os cidadãos, que propõem as grandes questões políticas ou econômicas a serem discutidas” e a discussão nunca se faz pelo povo, “mas sim perante o povo, como simples representação teatral”. Nessa linha de raciocínio, é temerário que os órgãos de comunicação continuem “a ser explorados como bens de propriedade particular, em proveito exclusivo de seus donos”⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 36.

⁴⁰⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A democratização dos meios de comunicação de massa*. In: *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. Org: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, p. 158.

Se considerarmos que os meios de comunicação são hoje patrocinados pelas grandes corporações, mormente as empresas e bancos transnacionais, passa, então, ser compreensiva a estratégia de “busca de consenso” da ideologia neoliberal, por intermédio da infusão nas mentes dos receptores de que a legislação trabalhista é “retrógrada” e que o “moderno” é desregulamentá-la, via livre negociação.

Adicione-se ainda, a esse debate, a influência das grandes agências internacionais de consultorias de investimentos que, ao avaliarem a performance econômica de todos os países do planeta, acabam decidindo diretamente no destino dos investimentos sociais e, por conseguinte, na manipulação da vontade dos eleitores de tais Estados⁴⁰⁸. Não por acaso, a revista inglesa *The Economist* chegou a declarar: “os mercados financeiros tornaram-se juízes e jurados de toda a política econômica”⁴⁰⁹.

Assim, é espúrio asseverar que o modelo de Estado Social e sua Constituição Dirigente encontram-se superados em função da mudança axiológica da sociedade. Como visto, há tão-somente uma tentativa de persuasão da ideologia neoliberal, por meio de segmentos importantes da mídia e da influência direta das avaliações de performances feitas pelas agências estrangeiras de consultoria e investimento.

Sobre o tema, oportuno transcrever a constatação lúcida de Streck:

“A globalização excludente e o neoliberalismo que tantas vítimas têm feito em países periféricos *não é a única realidade possível*. Ou seja, não se pode olvidar que, junto com a globalização, vêm os ventos neoliberais, assentados

⁴⁰⁸ A maior agência de consultoria de investimentos, localizada em Nova York, Moody's Investors Service, tem a petulância de classificar as nações através de um ranking de credibilidade financeira. O resultado dessas avaliações é político, vez que os julgamentos da agência podem custar bilhões de encargos adicionais aos países atingidos, isso sem falar na influência direta que exercem sobre a auto-estima das nações e seus destinos eleitorais. O *New York Times* chegou a anunciar: “o homem da Moody's rege o mundo”, em sua edição de 27/02/95.

⁴⁰⁹ Matéria publicada em 07/10/95.

em desregulamentações, desconstitucionalizações e reflexividades. *E tais desregulamentações – e suas derivações – colocam-se exatamente no contraponto dos direitos sociais-fundamentais previstos na Constituição brasileira.* isto é, as políticas neoliberais são absolutamente antitéticas ao texto da Constituição brasileira. Enquanto o neoliberalismo aponta para desregulamentação, a Constituição aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas públicas distributivistas⁴¹⁰.

Há, pois, uma larga distância entre a vontade manipulada e a vontade real da maioria que anela do Estado a edição de normas-tarefas eficientes, no que se refere ao intento de superação, dignidade e emancipação social.

A propósito da implicação desse quadro conjuntural nas relações de trabalho, Francisco Rossal faz a seguinte análise:

O desemprego é a grande ameaça ao mundo do trabalho no final do século XX e no início do século XXI. O direito ao trabalho, que pode ser compreendido como o direito que o ser humano tem de buscar, através do seu próprio esforço, a sobrevivência digna, está seriamente ameaçado. Os operadores jurídicos, continuam apegados às velhas fórmulas de Direito patrimonial, não percebendo que essa nova realidade transforma o trabalho em um bem escasso e que sua distribuição não pode ser feita unicamente pelas leis do mercado. As conquistas sociais são duramente castigadas por uma ideologia que chama de competitividade e eficiência a tarefa de manter as margens de lucro a qualquer preço. Trata-se de um discurso muito bem montado, que é realizado sob a falsa aparência da evolução quando, na verdade, traz uma nova era de concentração de riqueza, retirando das classes sociais mais pobres em benefício dos mais ricos⁴¹¹.

Nessa conjuntura, a manutenção do modelo de Constituição Dirigida, adotado pelo constituinte de 1988, tem força para modificar tal realidade? É, pois, esta sua missão?

⁴¹⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição...*, p. 116.

⁴¹¹ ARAÚJO, Francisco Rossal de. *O direito do trabalho e o ser humano*. Revista L.Tr n. 62. São Paulo: Setembro/98, p. 1178.

Na visão de Konrad Hesse, a Constituição não pode emprestar *forma e modificação* à realidade; onde inexiste força a ser despertada, não pode a Constituição emprestar-lhe direção. No entanto, em outra parte, o mesmo Hesse complementa: “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida”⁴¹².

Na ordem constitucional vista ontologicamente, denota-se uma preocupação maior, qual seja, a de proteção e viabilização dos direitos e garantias fundamentais, neles incluídos os direitos sociais!

Francisco Jucá, nesta esteira, assegura que “a interpretação e aplicação de todo o Direito do Trabalho Brasileiro, de fonte estatal ou não-estatal, está subordinado, necessariamente, aos princípios inseridos na Constituição, que se pode sintetizar como sendo a *valorização do trabalho e do trabalhador como fator da dignidade inerente à condição humana*, finalidade prioritária do Estado Brasileiro, que o elegeu como fundamento, constitucionalizando, por assim dizer, os princípios laborais em seu ordenamento...”⁴¹³.

É, pois, da combinação de vários artigos da Carta-Mãe que podemos concluir que a *valorização do trabalhador e do trabalho* são princípios constitucionais. São eles: artigos 1o., 3o., 6o., 7º., 170 e 193. Do regramento em tela, aponte-se, ainda, a função social da propriedade, a dignidade da pessoa humana e a busca da justiça e do bem-estar sociais.

⁴¹² HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição. Título do original: Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1991, p. 18 e 19.

⁴¹³ JUCÁ, Francisco Pedro. *A constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais*. São Paulo: LTr, 1997. p. 111.

PARTE VII: FUNDAMENTOS PARA UMA NOVA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA ESFERA DO CONTRATO DE TRABALHO

1. Solidarismo contratual previsto na Constituição Federal

Se a expressão *solidariedade contratual* traduz um valor jurídico, é preciso recordar que, antes dela, o vocábulo *solidariedade*, de *per si*, constitui um valor metajurídico, enaltecido, sobretudo, nas religiões éticas.

Na abalizada avaliação do teólogo italiano Valentino Salvoldi, “o ápice da solidariedade é vivido por aquele que crê em Cristo através do mistério da encarnação, que lhe permite falar do *evangelho da solidariedade*”⁴¹⁴. O docente da Universidade de Latrão explica que *evangelho* significa “boa notícia e alegre anúncio”, enquanto *solidariedade* lembra “a possibilidade de sentir-se uma única realidade com todos e de compartilhar as alegrias e as lágrimas alheias”⁴¹⁵. Não por acaso, Jesus proclama: “o meu mandamento é este: que vos ameis uns aos

⁴¹⁴ SALVOLDI, Valentino. O evangelho da solidariedade. Tradução de João Paixão Netto da obra original “Il Vangelo della solidarietà”. SP: Paulinas, 1997, p. 9.

⁴¹⁵ Idem, ibidem. A solidariedade não é apanágio dos cristãos, mas também dos judeus a exemplo do viver comunitário em seus kibutzin e até mesmo daqueles que não professam a fé em Deus. A propósito o teólogo Salvoldi observa: “*Todo homem é meu irmão*. São inúmeros os fundamentos bíblicos desta afirmação, válidos também num plano puramente humano, prescindindo da fé em Deus. Até os antigos latinos, antes de Cristo, julgavam como próprio de toda pessoa tudo aquilo que existisse de humano. Muitas religiões orientais fazem do ‘perder-se na comunidade’ o máximo das suas aspirações. A maioria das tribos africanas exibe como supremo valor o culto da solidariedade, que convida cada pessoa a sentir-se como uma única realidade com os antepassados – cujos espíritos repousam na terra –, com os viventes e com os filhos potenciais, cujas almas fremem ao seu lado, desejosas de ter um corpo”. *Op. cit.*, p. 9.

outros, assim como eu vos amei. Ninguém tem maior amor do que este: de dar alguém a sua vida pelos seus amigos”⁴¹⁶.

Em si mesma, anota Eduardo Novoa Monreal, a solidariedade é mais uma disposição ética do ser humano, consistente na vontade altruísta de colaborar com os demais na obtenção dos fins comuns, porém é de tal maneira indispensável para a melhor organização e bom êxito da vida social, que é permitido ao legislador exigí-la de todos os indivíduos como uma obrigação jurídica, e pretender “que se generalize dentro do corpo social por meio da virtude educativa que se reconhece à lei”⁴¹⁷.

No plano jurídico, a solidariedade contratual pode ser vista como a negação da autonomia da vontade em sua concepção voluntarista e como um aperfeiçoamento da autonomia privada. Tal passagem representa a transição do Estado Liberal para o Estado Social, representando uma nova visão de contrato: menos individualista, mais sociável.

Neste ponto, sob o prisma da rigorosidade registra-se, a existência de três estágios: a) autonomia da vontade; b) autonomia privada; c) solidariedade contratual.

Naquele, a liberdade contratual era quase absoluta, fazendo o Estado o papel de mero garantidor da manifestação individual de cunho egoístico, expressão de um liberalismo econômico expresso pela fórmula *laissez faire, laissez passer*.

Na autonomia privada o contrato deixa de ser a mais completa tradução da vontade dos signatários para, seguindo as palavras de Betti, ser

⁴¹⁶ Conforme o evangelho de João, capítulo 15, versículos 12 e 13 da Bíblia Sagrada.

⁴¹⁷ MONREAL, Eduardo Novoa. *O direito como obstáculo à transformação social*. Tradução: Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 154.

a “auto-regulação dos interesses particulares”⁴¹⁸, dotadas de eficácia, desde que nas condições permitidas por lei. A atividade desenvolvida nessa direção somente se configura, quando realizada como “pressuposto e fonte geradora de relações jurídicas já reguladas em abstracto e em geral, pelas normas jurídicas”⁴¹⁹.

A evolução aponta para uma autonomia privada, que tem em mira a auto-regulamentação dos interesses das partes, não o limite de suas vontades, “senão porque interessa à sociedade a tutela da relação, tendo em vista os interesses econômicos e sociais decorrentes”⁴²⁰. Oportuno transcrevermos a lição de Pontes de Miranda: “não há autonomia absoluta ou ilimitada de vontade; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode querer dentro desses limites”⁴²¹. Há que se reparar, pois, a dimensão distinta: na autonomia da vontade, as partes detêm o poder de criar normas de acordo com seus interesses, enquanto na autonomia privada é a lei que vincula as partes a observar o comportamento ajustado.

Aldacy Coutinho, pondera com acerto que o direito do trabalho é a revelação em si “de uma nova concepção do contrato, sustentada na *autonomia privada*, mediante a qual a condição social e econômica das pessoas envolvidas o dimensiona para uma postura jurídica promotora de uma igualdade, recusando a vontade como elemento nuclear e substituindo-a pela supremacia do interesse público”⁴²².

⁴¹⁸ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando Miranda, Coimbra Editora, Coimbra, 1969, p. 41.

⁴¹⁹ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo, RT, 1980, p. 44.

⁴²⁰ COUTINHO, Aldacy Rachid. *Função social do contrato individual de trabalho*. In: *Transformações do direito do trabalho. Estudos em homenagem ao Professor Doutor João Régis Fassbender Teixeira*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 32. Nesse sentido também PERLINGIERI, Pietro *op. cit.* (Perfis ...), p. 19.

⁴²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado direito privado. Parte especial*. Tomo XXXVIII, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 39.

⁴²² COUTINHO, Aldacy Rachid. *Op. cit.*, (*Função social...*), p. 33.

A relação de emprego, é verdade, contém natureza contratual. Entretanto a manifestação volitiva das partes, sobretudo a do empregado, é inibida pela presença de três características:

A primeira se dá em face do chamado *dirigismo contratual*, caracterizado pela intervenção do Estado, o que faz aparecer um feixe de normas cogentes, as quais afetam o conteúdo das obrigações contratuais⁴²³. Nessa ótica, o regramento contido na CLT deve ser seguido pelas partes, sendo, por isso, irrenunciáveis os direitos trabalhistas. A expressão tenaz do dirigismo encontra-se no art. 444 da CLT:

As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas *em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho*, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

O segundo característico incidente sobre o contrato individual de trabalho é o seu enquadramento como *contrato de adesão*, na medida em que as poucas condições permitidas em lei, “objeto de livre estipulação das partes”, acabam, na prática, sendo impostas uniforme e unilateralmente pelo empregador, sem qualquer tratativa preliminar.

Em suma, o contrato de trabalho é, simultaneamente, dirigido e por adesão⁴²⁴, o que vale dizer: contém uma parte imposta pelo Estado

⁴²³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Contrato individual de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 39.

⁴²⁴ Por parte da jurista Aldacy Rachid Coutinho, “Há, no contrato de trabalho, sem dúvida, uma manifestação de vontade do trabalhador quase sempre aderente às determinações preestabelecidas, fato que o aproximaria do contrato de adesão, porém não traduzida em uma situação próxima de uma *declaração unilateral de vontade* do futuro empregador, como na hipótese de regulamento de empresa ou contratos expressos em formulários-padrão. Estaria, a bem da verdade, mais próximo de um “contrato dirigido” do que de contrato de adesão propriamente dito, quer pela disciplina legislativa, em manifestação de dirigismo econômico estatal, quer pela via da negociação coletiva, ou ainda pela autonomia da vontade coletiva expressa em acordos ou convenções coletivas de trabalho”. *Função social ...*, p. 37. A despeito das profícuas lições emanadas pela jurista entendemos que o contrato de trabalho é, ao mesmo tempo, *dirigido e por adesão*, observando inexistir qualquer incompatibilidade no balizamento simultâneo de ambas as quadras.

(normas protetivas cogentes) e outra, em tese, livremente disponível às partes, embora, na prática, seja predeterminado pelo empregador e aderida pelo empregado. Assim são as palavras de Evaristo de Moraes Filho que, num primeiro momento, admite que o dirigismo contratual sobreveio para “restabelecer o equilíbrio rompido entre as duas partes durante o século XIX”⁴²⁵ para, em seguida, asseverar: “o empregado *adere* às condições oferecidas pelo empregador, condições estas, entretanto, que *devem obedecer* todas as demais previamente inscritas e escritas pelas *fontes normativas superiores*”⁴²⁶.

A terceira caracterização é inerente ao contrato de trabalho e capaz de inibir a manifestação plena da vontade, é a *presença da subordinação jurídica* e sua latente forma de ‘normalização’, que sujeita amplamente o empregado ao comando do empresário. Nesse sentido, socorremo-nos da análise de Ricardo Fonseca:

O Direito do Trabalho, ao adotar o conceito de ‘subordinação jurídica’ (com todas as suas decorrências) como seu pilar constitutivo, impôs certas medidas de contenção para a subordinação, mas não a eliminou. Esta implicação entre o ‘poder disciplinar’ (enquanto uma forma de ‘normatização’) e a lei (no caso, a lei trabalhista), foi uma das decorrências da teoria foucaultiana, (demonstrando) como ambas podem andar juntas. (...) No caso das relações de trabalho subordinadas, tal implicação vai desde a própria vigência do princípio da ‘subordinação jurídica’ (com os conseqüentes deveres de lealdade, obediência, respeito, etc., ao seu patrão), passando pelo uso do ‘jus variandi’ patronal e todas as formas de avaliação e controle do empregado possibilitadas pela própria lei, até chegar às formas legais de punição do empregado (o ‘poder punitivo do empregador’), sobretudo as hipóteses de justa causa⁴²⁷.

Isso tudo, arremata Fonseca, demonstra como a lei propaga uma espécie de controle que atua sobre o empregado como um todo,

⁴²⁵ MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 68.

⁴²⁶ *Idem*, p. 228.

⁴²⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho. Do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002, p. 179.

buscando disciplinar sua conduta e sua lealdade, extrapolando, assim, os limites do contrato de trabalho⁴²⁸.

A despeito de tais restrições à autonomia da vontade, a relação de emprego encerra natureza contratual, sendo focada pela doutrina como pertencente ao direito privado, pois ainda que a vontade das partes seja limitada, não se pode negar estarem situadas num mesmo plano de igualdade formal, quando da aposição do consentimento no momento da celebração do contrato.

Em face do dirigismo contratual e da manifesta interferência tutelar do Estado, o Direito do Trabalho foi pioneiro na ruptura da velha divisão estanque de Ulpiano: direito público e direito privado. Diante disso, há quem o enquadre como ramo do “direito social” ou “direito misto”. Deveras, nenhuma dessas demarcações vingaram, vez que todo direito é social e, quanto à caracterização eclética, é de se argumentar que em quase todos os ramos do direito há essa confluência, como, por exemplo, o Direito Civil que, embora sendo privado, contém normas de direito público, como, por hipótese, as regras incidentes sobre o casamento.

O enfoque que se apresenta atualmente é o de *superação* da divisão em ramos de direito público e privado. Tal fenômeno foi encetado, entre nós, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que contém princípios e valores supremos de socialidade, os quais, em certa medida, despatrimonializam o direito privado, funcionalizando os conceitos, a partir do primado da solidariedade e da dignidade do ser humano. Nasce, pois, a terceira fase da autonomia da vontade: o *solidarismo contratual* - o qual, registre-se, provém do *solidarismo constitucional* - que supera a autonomia da vontade, forte no Estado Liberal do século XIX, aperfeiçoando a autonomia privada encetada com o advento do Estado Social do século XX.

⁴²⁸ *Idem.*

No que atine essa questão, Carmen Lúcia Ramos, após observar que na assembléia constituinte imperou o “sentido protecionista e solidarista”, examina a introdução do novel paradigma constitucional:

Assim, ao recepcionar-se, na Constituição Federal, temas que compreendiam, na dicotomia tradicional, o estatuto privado, provocou-se transformações fundamentais do sistema de direito civil clássico: na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social⁴²⁹); na família (que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno, e, ademais, deixa de ter o perfil artificial constante no texto codificado, que via como sua fonte única o casamento, tornando-se plural quanto à sua origem) e nas relações contratuais (onde foram previstas intervenções voltadas para o interesse de categorias específicas, como o consumidor, e inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva)⁴³⁰.

A incidência do publicismo nas relações contratuais, começou com o traspasse da ampla autonomia da vontade para a limitada autonomia privada, sendo, nesse sentido, emblemática a constatação de que enquanto no molde liberal prevaleceu a *pacta sunt servanda*, no modelo social vingou a admissão da *rebus sic stantibus*.

O propósito de restringir a autonomia privada foi “de estabelecer o equilíbrio de interesses individuais, subordinando-se ao autêntico

⁴²⁹ Conforme adverte Pietro Perlingieri: “A função social predeterminada para a propriedade privada não diz respeito exclusivamente aos seus limites (...o que) “representaria uma noção somente de tipo negativo voltada a comprimir os poderes proprietários, os quais sem os limites, ficariam íntegros e livres. Este resultado está próximo à perspectiva tradicional. Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social. Esta deve ser entendida não como intervenção “em ódio” à propriedade privada, mas torna-se “a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito”, um critério de ação para o legislador, e um critério de individuação da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e de atividades do titular”. PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 226.

⁴³⁰ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. Coordenação: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 10/11.

interesse coletivo”, por meio de uma “política legislativa de cunho manifestamente anti-individualista”⁴³¹.

Trata-se, pois, da exigência de justiça social, como escolha histórica e permanente, a qual se concretiza não por uma igualdade meramente formal, mas antes substancial⁴³². Assim, os direitos subjetivos não podem ser vistos de forma ilimitada, mas como interesses juridicamente tutelados, encerrando, entre si, limitações para o seu titular.

Dessa feita, devem ser tidos como abusivos o não-exercício e o exercício das modalidades diversas daquelas que derivam da função da situação subjetiva. Há então, necessidade de registrar que, “o abuso é uma noção que não se exaure na configuração dos limites de cada poder, mas, sim, na correlação (*collegamento*) à mais ampla *função* da situação global da qual o poder é expressão”⁴³³; daí a importância das chamadas normas-tarefas previstas na Constituição Dirigente. Mais do que restringir direitos subjetivos, a ordem jurídica deve promover, positivamente, medidas emancipatórias em harmonias com seus valores.

O solidarismo contratual é, pois, uma espécie de “terceira fase na evolução da autonomia volitiva”, expresso num ordenamento jurídico que repersonaliza o sujeito, antes visto numa concepção abstrata e isolada, como mero elemento subjetivo da relação jurídica, doravante como pessoa concreta, gente-cidadão, que sonha, chora, ri e, acima de tudo, anela uma vida digna.

⁴³¹ GOMES, Orlando. *Op. cit. (Transformações ...)*, p. 45.

⁴³² PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit. (Perfis ...)*, p. 47. Ainda sobre o tema Luiz Edson FACHIN acrescenta: A denominada justiça contratual implica uma espécie de acesso de igualdade e de oportunidade: todo sujeito de direito pode contratar. Isso, entretanto, não pode levar a concluir que todos são efetivamente iguais, pois diz respeito a um conceito de justiça meramente formal. No plano substancial, essa noção de equilíbrio se opera de uma forma compensatória. Se Antônio, ao contratar com Bernardo, tem a sua situação tratada de modo diferenciado é porque, substancialmente, a lei o considera desigual. Supera-se o juízo formal, partindo-se para um juízo substancial, em que o conceito de igualdade que se leva em conta é o obtido a partir da observação da vida. FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. p. 298.

⁴³³ *Idem*, p. 121.

Eis uma questão de “remodelação geral do velho princípio, ou do seu relançamento, então ilustrado com as novas cores constitucionais da funcionalização”⁴³⁴, percebendo-se a intrínseca relação entre autonomia privada, constituição e solidariedade social, cabendo ao Judiciário a precípua tarefa de conjugar todos esses valores, tomando como norte o indivíduo, “não na sua perspectiva individual e, exclusivamente, material, mas sim na coletiva material e existencial”⁴³⁵.

É possível dizer, sob o ponto de vista etimológico, que o solidarismo visa o sujeito não como “pessoa”, mas como “gente”. A palavra “pessoa” advém do latim “persona” que significa “personagem”, ou seja, cada um dos papéis que deve ser encarnado por um ator numa determinada circunstância. *In casu*, no sistema liberal codificado a pessoa tinha apenas valor jurídico enquanto sujeito que “tinha” – o “ter” em sua concepção patrimonialista. Já o vocábulo “gente” provém do latim de mesma grafia “gente”, em sentido de ser humano, homem em sua condição mais ampla, retratado não mais pelo “ter”, mas pelo “ser”.

Está manifesto que o *solidarismo constitucional* refoge à visão individualista, enaltecendo a solidariedade como valor capaz de inserir os direitos individuais não em uma perspectiva isolada ou egoística, mas inseridos em comunidade. Tal valor encontra-se estatuído diretamente na Constituição, em seu art. 3º, I, quando apregoa ser objetivo fundamental da República do Brasil estatuir “uma sociedade livre, justa e *solidária*”.

Eros Roberto Grau assim comenta o dispositivo constitucional:

Sociedade livre é sociedade sob o primado da *liberdade*, em todas as suas manifestações e não apenas enquanto

⁴³⁴ NALIN, Paulo. *Op. cit.*, p. 166.

⁴³⁵ Idem.

liberdade formal, mas sobretudo, como liberdade real. Liberdade da qual, neste sentido, consignado no art. 3º, I, é titular a sociedade. Sociedade justa é aquela, na direção do que aponta o texto constitucional, que realiza *justiça social*. Solidária, a sociedade que não inimizava os homens entre si, que se realiza no retorno, tanto quanto historicamente viável, à *Gesellschaft* – a energia que vem da densidade populacional fraternizando e não afastando os homens uns dos outros⁴³⁶.

A expressão máxima do solidarismo constitucional, não é apenas a extraída do art. 3º, I, mas, também, aquela decorrente do art. 1º, III, que coloca como fundamento do Estado Democrático de Direito “a dignidade da pessoa humana” e a do art. 170, *caput*, quando pontifica que a ordem econômica se funda na “valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Não se ignore, nessa esteira, o primado do trabalho em harmonia com o princípio que visa melhor condição social ao trabalhador (art. 7º, *caput*) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII), este tão relevante em tempos de desemprego estrutural, pois objetiva instituir “a realização de políticas públicas que conduzam à expansão das ofertas de trabalho”, desautorizando “medidas que estimulem o aumento do exército de desempregados” ou a “utilização precária de mão-de-obra”⁴³⁷.

O solidarismo constitucional é, assim, o ponto de partida onde irá desembocar, *in concreto*, a função social da empresa, como manifestação da propriedade (art. 170, III, da CR) e a função social do contrato (art. 421 do NCCB) como expressão do art. 193, da CR, no tópico que aponta para uma

⁴³⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem...* p. 251/252.

⁴³⁷ COSTA, Clóvis Augusto Veiga da. *A constituição econômica e a busca do pleno emprego*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2000, p. 99/100. Clóvis Costa adverte que “o princípio da busca do pleno emprego não deve, entretanto, ser compreendido como mera busca quantitativa para que a economia absorva a força de trabalho disponível, tal como o consumo absorve mercadorias. Isto porque, o princípio da busca do pleno emprego harmoniza-se com o princípio da valorização do trabalho humano que, por sua vez, encontra eco nas normas consubstanciadas no art. 7º da Constituição. Pretende-se, pois, com o enunciado, abolir aquelas formas desvirtuadas de utilização precária da mão-de-obra”.

ordem societária calcada no bem-estar e justiça sociais. Tais valores, por sua vez, serão decisivos para o campo da execução das obrigações, sendo a boa-fé objetiva o norte valorativo (art. 422 do NCCB). No que concerne à reparação do dano procedente da inexecução contratual o novel arquétipo se alicerça no princípio da *restitutio in integrum* e na compreensão ampla dos direitos da personalidade, alargando os casos de responsabilidade objetiva da empresa (quicá invertendo a ordem geral, ou seja, colocando a responsabilidade *objetiva* como regra e a *subjetiva* como exceção).

Eis aí o novo arranjo, esteio de nossa tese, capaz de credenciar o operador jurídico a enfrentar os casuísmos da responsabilidade civil oriunda da inexecução do contrato de trabalho. Tudo em sintonia com a funcionalização dos conceitos, tendo como primazia os valores e princípios constitucionais.

2. Arcabouço de uma nova concepção de contrato de trabalho

Um importante segmento doutrinário, apresenta, na atualidade, uma nova concepção de contrato de trabalho, em face da atual fase de transição da sociedade provocada pelos fatores já apontados anteriormente, máxime o da revolução da automação, globalização da economia, produção flexível, escassez de emprego e infusão ideológica de que o “moderno é precarizar e flexibilizar direitos trabalhistas, via negociação coletiva, assegurando um estatuto mínimo ao trabalhador, capaz de tornar a empresa mais competitiva no mercado.”⁴³⁸

⁴³⁸ Nesse sentido, Nelson Mannrich sustenta a necessidade de uma revisão urgente do modelo de relações trabalhistas, estimulando a celebração de contratos a prazo e de trabalho temporário, os quais culminarão na implantação do chamado regime dos contratos precários, no âmbito de uma reforma mais ampla da CLT, assegurando-se, ao lado da negociação coletiva, “um estatuto mínimo do trabalhador”. A retipificação do contrato de trabalho. MANNRICH, Nelson. *A transição do direito do trabalho no Brasil. Coordenação: Amauri Mascaro Nascimento*. São Paulo: LTr, 1999, p. 210.

Luiz Carlos Robortella, em obra intitulada “O moderno direito do trabalho”, faz menção a uma recente tendência alcunhada de *neocontratualismo*:

O maior espaço aberto à autonomia da vontade, com a multiplicação dos contratos atípicos, a ampliação do trabalho a tempo parcial e a revalorização do trabalho autônomo, são sintomas reveladores de um *neocontratualismo* que resgata valores próprios do direito civil. A tendência à individualização das condições de trabalho rompe com o coletivismo elementar da proteção e permite o aparecimento de um direito do trabalho que se ocupa também dos interesses individuais do trabalhador⁴³⁹.

O jurista paulista completa sua análise quando preleciona que há “uma reaproximação das duas disciplinas, embora *com movimentos contrários e distintos*, marcando seu progresso científico”. Assim, segundo Robortella, uma “maior *socialização do direito civil* significa um caminhar à frente; a *civilização* do direito do trabalho constitui uma evoluída retomada do contrato com a matriz ideológica, fruto do amadurecimento doutrinário e da experiência jurídica”.

É clarividente que nesse início de século XXI, o Direito do Trabalho volta a se aproximar do Direito Civil, com o qual rompeu, historicamente, no início do século XX, quando de sua emancipação e conquista de autonomia científica. Resta saber, e esse é o ponto instigante, em qual Direito Civil o Trabalhista deve se aproximar.

Será aquela da primeira fase da *autonomia da vontade*, de concepção liberal e voluntarista, ou o do *solidarismo constitucional*, que é capaz de publicizar o Direito Civil em face dos valores sociais contidos na atual Constituição, em especial o da valorização do trabalho (art. 170), do trabalhador (art. 7º.) e de sua dignidade humana? Arion Mazurkevic responde, ao nosso crivo com

⁴³⁹ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994, p. 55/56.

acerto, que: “diante desta crise resta ao Direito do Trabalho fazer o caminho de volta, buscando em sua origem, ou seja, no Direito Civil, em suas concepções contemporâneas e no que vem sendo chamado de *Direito Civil Constitucionalizado*, a solução para o seu resgate”.⁴⁴⁰

Não se olvide, no particular, a lembrança de Nalin de que a cláusula de solidariedade contratual, singular e coletiva, apresenta-se como a mola propulsora ideológica da CLT, desde a década de quarenta, efetivando a dignidade do contratante trabalhador. A intervenção é tamanha ao ponto do *Jus Laboral* esquecer sua origem civil e contratual⁴⁴¹:

Direito do Trabalho *versus* Direito Civil. Inaplicabilidade da igualdade nas relações do trabalho. O Direito do trabalho encerra profunda significação moral que não deve ser esquecida e que vai coincidir, em última análise, com o *ideal do respeito à dignidade da pessoa humana*. Na sociedade capitalista que nos consome, a falta de trabalho não reflete mais só sob dimensão psíquica do ser social, mas em sua sobrevivência, o que acaba por aumentar os níveis de marginalidade e criminalidade. Esta brevíssima reflexão fugiu à recorrente, ao entender que dever-se-ia tratar empregados e empregadores igualmente, como faz o direito civil, com os contratos” (TRT, 3ª. Região, RO 22552, Rel. Juiz José Miguel de Campos, DJMG, 11/11/99)

A ementa epigrafada, julgada há poucos anos, bem demonstra o atual cenário vivenciado. Seria, então, de se indagar: a hodierna conjuntura econômica, política e social do mundo, mormente a brasileira, aponta para a dispensa da tutela ao empregado, ao ponto de considerá-lo novamente num mesmo pé de igualdade jurídica com a parte contratante, a exemplo do que era a locação de serviço, antes da emancipação científica dos contratos de trabalho?

⁴⁴⁰ MAZURKEVIC, Arion. *Autonomia privada: a tentativa de reaproximação do direito do trabalho ao direito civil*. Fonte: www.internet-lex.com.br. Seção: Doutrinas selecionadas. Junho/2002. p. 11.

⁴⁴¹ NALIN, Paulo. *Op. cit.* p.76. O aresto abaixo transcrito foi retirado desta obra.

Ainda: o movimento de flexibilização iniciado na Europa deve ser aplicado aos países latino-americanos?

Finalmente: as novas modalidades contratuais exsurgidas no recente modelo de sociedade pós-industrial, influenciadas pelo avanço tecnológico, são capazes de por em xeque o princípio de proteção ao trabalhador?

Quem nos responde a tais inquietações é o festejado jurista Américo Plá Rodríguez, que, há pouco tempo⁴⁴², assim analisou o tema:

Devemos assinalar aqui *uma diferença entre a situação européia e a latino-americana*. (...) Cabia, pois, na Europa se obter espaços para a flexibilidade, mas não acontece o mesmo na América Latina, onde já se havia logrado tudo o que se podia obter em matéria de flexibilidade. Mas há uma observação mais profunda. *Essas (recentes) modalidades contratuais nada têm a ver com os princípios* nem obstam o seu cumprimento. Movem-se em planos diferentes sem qualquer incompatibilidade⁴⁴³.

O jurista uruguaio arremata em tom enfático:

O Direito do Trabalho, como todo ramo jurídico, não deve ser estático nem ser congelado. O Direito do Trabalho já está em estreito contato com a vida real e, por conseguinte, é particularmente sensível às exigências do mundo dos fatos. Isso, porém, não quer dizer que mude sua finalidade, nem sua razão de ser, nem suas linhas diretrizes. Quer dizer que não se deve modificar e muito menos abandonar seus princípios⁴⁴⁴.

É exatamente aqui que conflui nosso ponto de vista: as inovações tecnológicas e as pequenas flexibilizações, que preferimos chamar de *adaptações* da legislação trabalhista, não podem ser capazes de ameaçar o princípio de proteção ao empregado. E assim sustentamos não apenas por tradição histórica do Direito do Trabalho, mas, principalmente, por uma questão lógica e jurídica.

⁴⁴² Reportamo-nos à 3ª edição da obra *Princípios de direito do trabalho* escrita no ano 2000.

⁴⁴³ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios* ... p. 81/82.

⁴⁴⁴ Idem.

Questão lógica: o trabalhador carece nos dias correntes da tutela jurídica, a fim de equilibrar a relação de emprego em face da hegemonia econômica da empresa. Observa-se que, na atual conjuntura sócioeconômica mundial, mormente a dos países latino-americanos, o empregado permanece debilitado o suficiente para justificar a proteção do Direito do Trabalho. Os números estatísticos demonstram que nunca o trabalhador precisou tanto da tutela estatal como nos dias atuais, em face do modelo neoliberal excludente, o assustador desemprego⁴⁴⁵, a substituição do trabalho humano pela máquina e o enfraquecimento do movimento sindical, conforme razões já apresentadas no curso desta tese.

Questão jurídica: o princípio de proteção ao trabalhador encontra-se previsto de forma direta e indireta na Lei Maior. Diretamente, no *caput* do art. 7º, o qual assegura melhoria em sua condição social; indiretamente no art. 170, que impõe à ordem econômica a livre iniciativa conjugada com a valorização do trabalho, assegurando existência digna a todos, por meio da função social da propriedade (empresa) e da busca do pleno emprego, entre outros fundamentos.

Logo, o tema não se circunscreve à mera “idiossincrasia” ou “opção ideológica”, mas como adequação jurídico-axiológica constitucional e como postura pautada sobre fatos e dados concretos da realidade brasileira!

Se por um lado são louváveis algumas mudanças na CLT, como por exemplo, a limitação do salário-utilidade e das horas *in itinere* trazidas recentemente pela Lei n. 10.243/01⁴⁴⁶ e, ainda, a adoção do banco de horas e

⁴⁴⁵ Conforme matéria divulgada no Jornal Folha de São Paulo, veiculada no dia 20.06.02 - *Trabalho social: remediar ou transformar?* - nos últimos oito anos o desemprego oficial passou de 5,1% para 7,5% e o número de assassinatos cresceu 29%.

⁴⁴⁶ A Lei n. 10.243 foi publicada no DOU em 20.06.01 e alterou o § 2º do art. 458 e acrescentou os § 1º e 2º do art. 58, todos da CLT, restringindo as utilidades com natureza salarial e

do trabalho *part-time*, introduzidos pela MP n. 1709/98⁴⁴⁷, não se quede em criticar outras medidas legislativas e jurisprudenciais exageradas que ameaçam a essência do Direito do Trabalho, como a Súmula 363 do TST, que nega a integralidade dos direitos trabalhistas em casos de contrato nulo com a Administração Pública (art. 37, II, CF), ainda que a nulidade tenha sido causada por omissão imputável exclusivamente ao administrador. Cite-se, também, como proposta inconstitucional e deformadora do Direito do Trabalho, aquela que colima alterar o art. 618 da CLT⁴⁴⁸ para estabelecer a prevalência do negociado sobre o legislado: “a proposição é, a nosso ver, imprópria e afronta o direito dos trabalhadores à proteção do Estado visando a Justiça Social” assinala com acerto Sussekind.⁴⁴⁹

Quanto às novas figuras contratuais surgidas frente aos avanços tecnológicos e o traspasse da sociedade industrial para uma sociedade pós-industrial, como é o caso do *job-sharing*, consórcio de empregadores rurais, trabalho intermitente, teletrabalho no *home office*, terceirizações, parassubordinados e *part-time*, segundo já nos manifestamos⁴⁵⁰, devem ser recepcionadas pela legislação tutelar do trabalho, impondo ao operador jurídico uma hermenêutica includente.

regulamentando de forma razoável os minutos de preparo que antecedem a jornada e o tempo “in itinere” do empregado até o local de trabalho.

⁴⁴⁷ Registre-se que tanto o banco de horas, quanto o trabalho a tempo parcial foram originalmente introduzidos pela MP n. 1709, DOU de 07.08.98, sendo o primeiro, posteriormente, objeto da Lei n. 9601/98. Sobre tais alterações e aquelas mencionadas na nota anterior, escrevemos *Inovações na legislação trabalhista*, 2ª ed. São Paulo: LTr, 2002.

⁴⁴⁸ Sobre o tema escrevemos: “a atual discussão, travada no Congresso e ecoada na comunidade jurídica, não altera o cenário, até porque não é possível que a simples modificação de um artigo infraconstitucional (art. 618, da CLT) tenha o condão de subverter a ordem axiológica constitucional, mormente a de proteção ao trabalho e ao trabalhador (arts. 7º., 170 e 193 da CF)”. *Inovações ...*, p. 50.

⁴⁴⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *O projeto de lei que pretende flexibilizar a legislação trabalhista*. Fonte: www.internet-lex.com.br. Seção: doutrinas selecionadas.

⁴⁵⁰ Ainda que o tema escape ao objeto central da tese, oportuno transcrever a definição de tais figuras: *Job-sharing* (ou partilha de emprego) - é a repartição de um posto de trabalho a tempo completo e de um só salário por dois ou mais trabalhadores, que, assim, dividem tarefas, responsabilidades e benefícios sociais segundo um cálculo proporcional; *Consórcio de empregadores rurais* - previsto no art. 25-A da Lei n. 10.256/01, consiste na união de empregadores rurais, pessoas físicas, com a finalidade única de contratar empregados rurais. Após a constituição formal do consórcio, um deles anota a CTPS do empregado, acrescida da expressão “e outros”. Os direitos trabalhistas do rurícola ficam integralmente assegurados, respondendo todos os consorciados de forma solidária; *Trabalho intermitente* - trata-se de um contrato por prazo indeterminado com cláusula de intermitência. Esta cláusula prevê o revezamento de períodos de trabalho e períodos de inatividade, sendo o empregado retribuído em função do tempo e volume de trabalho efetivamente prestado;

Para tanto, o conceito de subordinação jurídica deve refugir à idéia de “dependência hierárquica”, alcançando outros elementos como a *alteridade*, o *risco da atividade* pela empresa e a *dependência econômica*.

Quando se tem em consideração que o arcabouço legal da relação de emprego foi construído em cima de um modelo *fordista* de sociedade industrial, depreende-se que, a partir da mudança para um paradigma *toyotista* de produção flexível⁴⁵¹, urge ao operador do direito do trabalho proceder à releitura dos

Teletrabalho no home office - caracteriza-se pelo contato à distância entre o prestador e o apropriador de determinada atividade, de modo que o comando, a realização e a entrega do resultado do trabalho se completem mediante o uso da tecnologia da informação, principalmente telefone e computadores, substitutivas da relação humana direta; *Parassubordinação*, neologismo utilizado para traduzir a subordinação mitigada, própria de empregados altamente qualificados ou controlados à distância ou, ainda, das figuras contratuais resididas na zona frotieira entre o trabalho autônomo e a relação de emprego como, por exemplo, o representante comercial e o vendedor pracista; *Part-time* ou trabalho a tempo parcial – caracterizado pelo trabalho em jornadas reduzidas – em até 25 horas semanais – conforme dispõe o art. 58-A da CLT, recebendo salário proporcional ao número de horas em comparação aos colegas que trabalham em tempo integral na mesma função. No ordenamento pátrio, os direitos do empregado a tempo parcial são integralmente mantidos, exceto no que tange à duração das férias, a qual segue tabela diferenciada, prevista no art. 130-A, da CLT; *Terceirização do trabalho* – além das hipóteses de serviço temporário, previsto na Lei n. 6019/74, é possível, nos termos da Súmula 331 do TST, a contratação através de empresa interposta de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a personalidade e a subordinação direta. DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na legislação trabalhista*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 161/163 e 172.

⁴⁵¹ A empresa Toyota, entre os anos de 1950-1970 altera as bases do sistema fordista, introduzindo a *produção flexível*. Algumas diferenças entre a linha de produção fordista e a toyotista merecem ser destacadas para melhor compreensão: na estrutura fordista o trabalho é fragmentado sendo construído em série e sem grandes modificações de seus modelos *standard*. A produção é estocada e a empresa é verticalizada, controlando todas as áreas e fases da produção num único local geográfico: desde a matéria-prima até o transporte dos seus produtos. Quanto maior a empresa, melhor (“the big is beautiful”). O gerenciamento e o controle de qualidade estão centralizados na pessoa de um superior hierárquico. No toyotismo a produção é sob medida (*just-in-time*), de acordo com a demanda e exigências do consumidor. Não há sobra e, portanto, não há necessidade de estocagem, o que diminui custo. As empresas são horizontalizadas, terceirizando e subcontratando a maior quantidade possível de setores da produção (“the small is beautiful”). No toyotismo o trabalhador é polivalente e versátil, devendo estar apto a operar várias máquinas e a desempenhar múltiplas funções simultaneamente. As tarefas múltiplas são também repetitivas, rápidas e ainda mais estressantes que o fordismo, em face da maior responsabilidade e menor porosidade da jornada de trabalho. Passa-se a implantar os CCQs - círculos de controle de qualidade e os CQTs - controles de qualidade total, ficando os próprios grupos de empregados incumbidos da fiscalização mútua, desaparecendo a figura do gerente superior hierárquico. Por último, importa lembrar que enquanto no fordismo a integração dos trabalhadores na economia capitalista se dava através do consumismo ensejado pelo aumento de salário, no toyotismo a situação é diferente: não há qualquer compensação ou atrativo para a classe trabalhadora que progressivamente tem seus proventos aplacados. O desemprego estrutural e a dificuldade de acesso ao consumo constituem espécies de marcas registradas dos novos tempos de precarização. Sobre o tema consultar: MELLO, Prudente José

cinco requisitos legais⁴⁵², trazendo ingredientes inovadores para averiguar a existência da relação empregatícia em face da reestruturação produtiva e das novas figuras contratuais.

O primeiro deles é a *alteridade*, no qual, a relação de emprego caracteriza-se pelo trabalho prestado por conta alheia. Alonso Olea enaltece tal elemento a “*ajenidad*”, quando sustenta que “o trabalho objeto do Direito do Trabalho é o trabalho humano produtivo, *por conta alheia* e livre”.⁴⁵³

O jurista lusitano Antonio Monteiro Fernandes pugna pela reconstrução da subordinação sobre os ideais da alteridade em comunhão com a dependência econômica do empregado, retornando, assim, à antiga teoria do conceito de subordinação, não mais como dependência hierárquica, mas econômica⁴⁵⁴. Observa-se que o disposto no art. 3º. da CLT, em nenhum momento fala em “subordinação hierárquica”, mas apenas em prestação de trabalho “sob dependência”, à qual, em tempos de sociedade pós-industrial, se amolda à dependência econômica.

Por último, cabe consignar o *risco do resultado* como um terceiro elemento extraído de Santoro-Passarelli, quando assevera: “se o empresário suporta o risco do resultado do trabalho, mas, genericamente, de toda a atividade econômica organizada, o trabalho não pode ser senão subordinado”⁴⁵⁵.

Silveira. *Globalização e reestruturação produtiva do fordismo ao toyotismo*. In: *Globalização, Neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba, Edibej, 1998, p. 273/274.

⁴⁵² Registre-se que a relação de emprego contém cinco requisitos legais. Quatro decorrem diretamente do art. 3º, (pessoa física, serviço não-eventual, sob dependência e percepção de salário) e um deriva do art. 2º. (prestação pessoal do serviço).

⁴⁵³ OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao direito do trabalho*. Tradução de C. A. Barata Silva, 4ª ed., São Paulo, LTr, 1984, p. 16.

⁴⁵⁴ FERNANDES, Antonio Monteiro. *Sobre o objecto do direito do trabalho*. In: *Temas laborais*. Coimbra, 1984, p. 44.

⁴⁵⁵ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Noções de direito do trabalho*. Tradução Mozart Victor Russomano e Carlos Alberto G. Chiarelli. São Paulo: RT, 1973, p. 54.

Logo, da fusão destes três elementos (alteridade, dependência econômica e risco da atividade pela empresa), propomos um novo conceito de subordinação jurídica, não mais fundada no poder patronal hierárquico e dominador, mas como sendo “a prestação de serviço, sob dependência econômica, por conta e risco alheios”.

Aqui, torna-se perceptível que o debate não pode se dissociar da evolução doutrinária e jurisprudencial experimentada pelo conceito de subordinação jurídica.

Não se pode admitir a solécia do ideário neoliberal que, aproveitando-se do anacronismo da CLT, no que tange a previsão de requisitos da relação de emprego, infunde mudanças drásticas capazes de deformar o Direito do Trabalho, na medida em que visa atingir em cheio o princípio de proteção ao empregado, em flagrante estratégia que busca maior lucratividade da empresa.

Em manifestação recente de Américo Plá Rodriguez, consigne-se que “os princípios não são obstáculos às mudanças exigidas pelos tempos e pelas circunstâncias; sua própria maleabilidade lhes permite manter a substância mesmo que tudo o mais se mude”⁴⁵⁶.

Entre os economistas da atualidade há, também, duas tendências antagônicas: de um lado, aqueles que, como José Pastore, colocam a flexibilização trabalhista como única forma de diminuir custos e incentivar as empresas a incorporar o contingente de trabalhadores *informais*⁴⁵⁷ e, de outro lado,

⁴⁵⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Op. cit. (Princípios...)* p. 82.

⁴⁵⁷ José Pastore é professor do curso de Economia da USP e autor de diversas obras. No sentido acima noticiado, Pastore sustenta: “o excesso de rigidez da CF, CLT e Justiça do Trabalho está provocando uma reação selvagem por parte do mercado. Mais de 55% da nossa força de trabalho já está a margem da lei, sem nenhuma proteção. (...) A ‘flexibilização selvagem’ (mercado informal) é o resultado da combinação de pouco investimento com muita rigidez”. *In: Agonia do emprego*. São Paulo, LTr, 1997, p. 83/84.

aqueles que, como Marcio Pochmann⁴⁵⁸, pugnam pela manutenção da tutela ao trabalhador, incentivando o implemento de políticas de pleno emprego, de que trata o art. 170, VIII, da Constituição.

Os últimos números divulgados demonstram que nunca o Brasil modificou tanto a legislação trabalhista, em tão pouco tempo. De janeiro/98, com o advento da Lei n. 9601, até hoje, são dezenas de medidas que alteraram a CLT e a CF, sempre com o escopo de flexibilizar, ou mesmo revogar, direitos dos trabalhadores. Os dados também apontam que, em referido período, o número de informais *cresceu* ao mesmo tempo que *despencou* o valor nominal dos salários⁴⁵⁹.

Senão vejamos algumas medidas flexibilizadoras da lei trabalhista:

- a) não existe mais estabilidade absoluta no emprego⁴⁶⁰;
- b) impera o direito potestativo de despedir sem justa causa o empregado, inclusive para os servidores concursados, mediante procedimento de avaliação de desempenho⁴⁶¹;
- c) possibilidade de suspensões do contrato com incentivo tributário às empresas⁴⁶²;
- d) modalidades de contratação disponíveis ao empregador por duração limitada, sem aviso prévio e multa do FGTS⁴⁶³

⁴⁵⁸ Marcio Pochmann é professor de Economia da UNICAMP e escreveu inúmeros textos e obras sobre o assunto, com destaque para *Políticas do trabalho e de garantia de renda no capitalismo em mudança. Um estudo sobre as experiências da França, da Inglaterra, da Itália e do Brasil desde o segundo pós-guerra aos dias de hoje*. São Paulo: LTr, 1995.

⁴⁵⁹ Conforme matéria noticiada no Jornal Folha de São Paulo do dia 20.06.02, nos últimos oito anos a renda média do trabalhador reduziu 10% e quanto ao número de empregados com carteira assinada caiu de 49,2% para 44,9%.

⁴⁶⁰ Desde 5107/66 e depois CF/88.

⁴⁶¹ Assinale-se a denúncia da Convenção 158 da OIT pelo Presidente da República e a Emenda 19/98 que alterou o art. 41, III.

⁴⁶² Conforme art. 476-A, da CLT.

⁴⁶³ Art. 443, § 2º, CLT, L. 6019/74, L. 9601/98.

ou através de relações civis ou comerciais, como, vg: cooperativas; estágios, representações comerciais ou trabalho voluntário⁴⁶⁴;

e) alterações contratuais sem ônus: como a reversão de cargo de confiança, a opção para trabalho a tempo parcial e a redução de salário mediante ACT ou CCT⁴⁶⁵;

f) flexibilização da jornada de trabalho de forma unilateral pelo empregador num amplo prazo de 12 meses mediante sistema de banco de horas⁴⁶⁶;

g) sensível diminuição das utilidades pagas pelo empregador consideradas como salário *in natura*⁴⁶⁷;

Diante desse quadro normativo, resta-nos observar que os direitos trabalhistas do empregado brasileiro estão em conformidade com as diretivas da OIT, de forma flexível e sem qualquer privilégio! Mais que isso: o valor do Salário Mínimo pátrio e o custo da mão-de-obra nacional são um dos mais aviltantes do planeta, mesmo se computarmos os encargos sociais.

Tais exemplos parecem suficientes para se concluir que a “suposta rigidez” da legislação trabalhista é apenas retórica, resultado de um discurso mitificado, usado repetidamente pela mídia, o que o fez ser admitido como verdadeiro por muitos, mesmo sem um efetivo apontamento específico de fundamentos que lhe dêem respaldo⁴⁶⁸.

Destarte, nada mais é preciso dizer para ratificar a tese de que a flexibilização do direito trabalhista não resolve o problema social no Brasil, ao contrário, em certa medida, agrava-o.

⁴⁶⁴ Lei 8949/94 e art. 442, CLT; L. 6494/77, L. 4886/65 e L. 8.420/92, e L. 9608/98.

⁴⁶⁵ Art. 468, parágrafo único da CLT; art. 58-A, da CLT e art. 7º. VI, CF/88.

⁴⁶⁶ Art. 59, § 2º, da CLT.

⁴⁶⁷ Art. 458, § 2º, da CLT.

⁴⁶⁸ ALCÂNTARA, José Eduardo. *A disciplina legal da jornada de trabalho no Brasil: utilidade e limites da flexibilização*. Monografia defendida em Curso de Especialização em Direito do Trabalho. Biblioteca da Faculdade de Direito de Curitiba, 2000, p. 24.

A problemática do desemprego, por sua vez, não pode ser vista de forma singela (“*menor custo do trabalho, menor desemprego*”), pois que isso “representa um engodo, não elimina o problema e, por causa da precarização das relações de trabalho, gera outro problema, qual seja, o aumento do fosso entre ricos e pobres, crescendo a cada dia o número de pobres”⁴⁶⁹.

Ainda que, para alguns, a expressão “trabalhador hipossuficiente” ecoe como um “ranço anacrônico”, a realidade comprova que nunca o trabalhador brasileiro esteve tão debilitado economicamente.

Assim, conforme acentua Alinne Novais, ganha relevo na nova teoria contratual o princípio da tutela ao contratante débil, isto é, aquele que se encontra em posição de inferioridade na relação contratual⁴⁷⁰. Tal princípio decorre da regra constitucional (art. 5º.), que assegura igualdade das pessoas, não mais em sua concepção liberal de igualdade meramente formal, mas numa dimensão solidária, capaz de reconhecer o outro, assegurando-lhe, *in concreto*, uma vida digna como tradução da igualdade material⁴⁷¹.

De forma arguta, todavia realístico, Luiz Fernando Veríssimo assim descreve o estratagema capitalista neoliberal em matéria epigrafada como “Os braços de Mike Tyson”:

Na recente reunião dos sete de ouro para tratar do custo social da nova ordem econômica, os países mais ricos do mundo chegaram a uma conclusão sobre como combater o desemprego. Surpresa! Deve-se continuar enfatizando e receitando aos pobres austeridade fiscal sobre qualquer

⁴⁶⁹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 181.

⁴⁷⁰ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente*. In: *Problemas de direito civil-constitucional*. Coordenador: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 36.

⁴⁷¹ Registre-se que uma das manifestações concretas do constituinte em relação a igualdade material, lembrada por Robson Flores Pinto, é aquela prevista no art. 5º., LXXIV, da CR de 1988, que confere “aos desvalidos da fortuna, de receberem do Estado, ‘assistência jurídica integral e gratuita’, de tal modo a tutelar-se o efetivo exercício desta igualdade perante a justiça”. *A assistência jurídica aos hipossuficientes na constituição*. São Paulo: LTr, 1997, p. 24.

política de desenvolvimento e pedindo ao trabalhador que coopere, trocando a proteção sócia que tem pela possibilidade de mais empregos. Algo como continuar batendo no supercílio que já está sangrando. Chama-se isso não de crueldade ou chantagem, mas de *flexibilização do mercado de trabalho*. Podia se chamar de Maria Helena, não faria diferença – o neoliberalismo triunfante conquistou o direito de pôr os rótulos que quiser nos seus bíceps. Quem chama a volta ao capitalismo do século dezenove de “modernidade” e consegue vendê-la merece o privilégio⁴⁷².

Diante de tais fatos não há argumentos! Com efeito, encontram-se vivos e profícuos os valores e princípios constitucionais da atual Constituição Dirigente. Nunca o Brasil precisou tanto que sua Carta Política saísse do papel e fosse, efetivamente, cumprida. Os princípios constitucionais de proteção ao trabalhador e de primado ao trabalho, bem como a cláusula geral de função social do contrato, devem ser sobejamente utilizados pelo operador jurídico.

Não se pode perder de vista que a função social do contrato tem por fim restringir a liberdade contratual, quando esta se direciona contra iniquidades atentatórias do valor *justiça*, que igualmente tem peso social⁴⁷³. Neste sentido é o art. 421 do Novo Código Civil, *verbis*: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Tal cláusula geral é legítima, porque em harmonia com o solidarismo constitucional.

Enzo Roppo bem lembra que todo conceito jurídico, o conceito de contrato principalmente, reflete sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativas àquelas que cumprem uma função instrumental. Daí que, para conhecer o contrato, faz-se mister sabermos a realidade econômica que lhe é subjacente e a qual

⁴⁷² VERRÍSSIMO, Luiz Fernando. *Jornal do Brasil*, coluna Opinião, setembro/96, Rio de Janeiro, p. 9

⁴⁷³ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 82.

ele representa, mormente se considerarmos o contrato como a veste jurídico-formal das operações econômicas⁴⁷⁴.

A partir dessa ilação, a função social do contrato encerra um aspecto positivo e outro negativo. O primeiro se manifesta nos programas públicos de abertura de novos postos ou prevenção de dispensa coletiva, como por exemplo a Lei n. 9956/00, que inibe a implementação das bombas *self-service* em postos de gasolina, como forma de proteção ao trabalhador em face da automação, com esteio no art. 7º, XXVII, e no programa de pleno emprego, art. 170, VIII, ambos da Constituição Federal.

O segundo aspecto da função se opera como dique à ordem econômica, adequando-a aos valores sociais estampados no art. 170 da Carta-Mãe, declarando nulo os atos abusivos que refogem ao seu quadro axiológico.

Num modelo capitalista como o nosso, que valoriza a geração de riqueza e a reprodução do seu valor, o sujeito (o homem) que a produz fica sempre num segundo plano. Vale dizer: a satisfação das necessidades humanas subjaz à *rentabilidade*, elemento supremo do mercado, a qual é medida pelos valores de troca, bens e serviços através do contrato.⁴⁷⁵ Daí, a relevância da cláusula geral, que condiciona o exercício da liberdade contratual ao limite de sua função social.

Exemplo disso, é a declaração de nulidade de eventual cláusula, que exclui o dever patronal de indenizar danos trabalhistas ou mesmo a cláusula contratual em que o empregado “renuncia” a percepção do salário mínimo, férias remuneradas ou outro direito legal. Cite-se, ainda, o caso emblemático e

⁴⁷⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p.7.

⁴⁷⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Filosofia jurídica da alteridade...* p. 246. O autor faz questão de lembrar a denúncia de Marx acerca da “injustiça ética da desvinculação do trabalho vivo com relação ao ser humano que produz o que necessita. A miséria resulta da separação entre o sujeito do trabalho e o seu produto. Baseado na totalidade capitalista, o ordenamento jurídico acaba por justificar a prevalência do capital sobre a pessoa sem sua corporalidade e capacidade de trabalho, encobrindo um direito básico de toda a pessoa, que procede da exterioridade, de sua subjetividade concreta: o direito ao trabalho.”

amiúde, das execráveis revistas que o empregador faz sobre o empregado, ao final do expediente, em manifesto abuso do poder diretivo do empregador e violação à dignidade humana (art. 170, CF):

Não se insere no poder diretivo do empregador a possibilidade de submeter o empregado a revistas vexatórias, cujo constrangimento viola a dignidade e a intimidade da pessoa, restando nitidamente caracterizado o dano moral, independentemente da publicidade. Tratando-se de ato ofensivo praticado de forma continuada durante a vigência do contrato, a indenização é fixada em razão do tempo de serviço e não do salário, ante o princípio da isonomia, pois a violência é igual para o empregado que recebe maior ou menor salário. (TRT – 9ª R – 4ª T – Ac. nº 12467/98 – Relator Dirceu Pinto Júnior – DJPR 19.06.98 – p. 67)

Em sentido contrário, submetendo os direitos de personalidade ao império das necessidades econômicas e de proteção ao patrimônio da empresa, encontra-se outro segmento jurisprudencial:

Hodiernamente *as empresas* que trabalham com a comercialização de inúmeros produtos *têm adotado a prática de proceder à revista de seus empregados com o escopo único de proteger o seu patrimônio*. A sujeição à revista decorre do poder diretivo do empregador. Contudo, é um dos aspectos mais polêmicos da prática do dano moral no curso da relação de emprego. Em face da inexistência de leis que disciplinem tal procedimento, cumpre ao julgador analisar se a forma pela qual é realizada a revista não colide com o respeito à dignidade do trabalhador. A revista procedida de forma apenas visual onde não se permite o contato físico entre o vistoriado e o inspetor e é realizada sempre por pessoas do mesmo sexo na presença de testemunha, levando-se, ainda em consideração de que seja imposta de forma genérica e não discriminatória, *não caracteriza dano moral, pois não fere os incisos II e X do art. 5º da Constituição Federal*. (TRT – 18ª R – Pleno – Ac. nº 2536/98 – Relª. Juíza Ialva-Luza de Mello – DJGO 09.06.98 – pág. 72)

A opção hermenêutica que se faz nesta *fattispecie* é elucidativa, na medida que envolve um confronto axiológico. De um lado, temos a

velha e liberal concepção proprietista do empresário, tão ampla, que é capaz de dispor livremente de seus empregados, ainda que de maneira constrangedora. De outro, temos uma visão estribada no solidarismo constitucional, a qual inibe atos abusivos do empregador, quando em flagrante lesão à dignidade do empregado, visto não mais como mero sujeito de direito de um contrato de função mercantil, mas antes como *gente*; como cidadão tutelado pela Constituição de modo proeminente.

Dessume-se, daqui, a importância do art. 170 da Carta Constitucional, que autentica a ordem econômica fundamentada na livre iniciativa, porém com limites que exigem função social da propriedade e respeito à dignidade do trabalhador.

Destarte, o *solidarismo constitucional* é capaz de conjugar a função social do contrato com a função da propriedade; nas palavras de Fachin: “a valorização da solidariedade traz a socialização do Direito, sendo que esse processo carrega em si a idéia de função social inerente à estrutura das instituições jurídicas”⁴⁷⁶.

3. Repersonalização dos sujeitos do contrato de trabalho

Com base no solidarismo, podemos repersonalizar o sujeito do contrato, admitindo que patrimônio e pessoas “integram realidades distintas, realidades que não se integram”. Mais que isso: podemos proceder a correta inversão do “foco de interesse do direito: o patrimônio deve servir à pessoa, e, portanto, as situações subjetivas patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa”⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 46.

⁴⁷⁷ Idem, p. 50.

Se considerarmos o contrato de trabalho simplesmente como um acordo de vontade das partes, o empregado e o empregador, então, serão vistos como meros sujeitos de direitos; elementos subjetivos da relação de emprego. Nesse medida, fria e descompromissada com os valores constitucionais, a relação jurídica deixa de permear “qualquer consideração acerca dos direitos enquanto *pessoa gente e cidadão*, para considerações acerca dos direitos fundamentais. O trabalhador o é na medida da sua força de trabalho, ou seja, nessa medida confundido com o próprio objeto do contrato”, assinala Aldacy Coutinho.⁴⁷⁸

Ao revés, se repersonalizarmos o sujeito, vendo o empregado como cidadão que detém valor e uma pletera de direitos fundamentais, será preciso, então, examinar o próprio conceito de subordinação jurídica, que o mantém sob as amplas ordens do empresário.

Ricardo Marcelo Fonseca traça profícua análise, histórica e crítica, acerca da origem da subordinação jurídica e sua função legalmente legitimadora da sujeição do empregado ao poder do empregador:

As relações de trabalho historicamente sedimentadas no Brasil (onde o instituto da escravidão vigorou até o final do século XIX) sempre foram marcadas pelo controle, pela vigilância, pelo enquadramento, pela encarceramento, pela violência e pela presença de todas as formas de punições (morais e físicas). Com a República e a crescente urbanização brasileira (com o conseqüente aumento da pressão reivindicatória dos trabalhadores), a legislação trabalhista foi se implementando, até ser consolidada pelo Estado Novo de Getúlio Vargas. Ao implementar a legislação trabalhista buscou-se transformar os trabalhadores – que pouco antes eram considerados como meras coisas, ‘res’ ou então indivíduos quase que sem prerrogativas, mas só obrigações para com a produção – em partes de um contrato, o contrato de trabalho. Este contrato seria regido – como em qualquer contrato – por mútuas obrigações e direitos. Mas o contrato de trabalho sofreria certas peculiaridades: seria marcado pela ‘subordinação jurídica’ de uma parte (o trabalhador) com relação à outra

⁴⁷⁸ COUTINHO, Aldacy Rachid. *Op. cit. (Função social ...)* p. 45.

(o patrão), com todas as outras decorrências provenientes deste fato (dever de obediência, lealdade, etc., etc.)⁴⁷⁹.

Feita esta incursão histórica, Fonseca arremata sua ideação aproximando o conceito de subordinação jurídica com o conceito de subordinação pura e simples, vista esta no sentido de um poder contínuo sobre o trabalhador:

Pois bem: parece que o trabalhador, mesmo com a legislação trabalhista, permaneceu como alguém enquadrado, vigiado e controlado. Melhor dizendo: foi também através do direito (mas não somente a partir dele) que o trabalhador pôde continuar sendo disciplinado e normalizado sob os olhos atentos do empregador. Com efeito, a idéia de ‘subordinação jurídica’, que tentou parecer algo como que controlado pelo direito, algo como que completamente diverso da subordinação pura e simples (afinal, ela é ‘jurídica’...), mostra-se, todavia, como um *poder contínuo sobre o trabalhador*.⁴⁸⁰

Nesta medida, é imprescindível, então, que a subordinação se ajuste à função social do contrato de trabalho, revelando-se não como num poder sobre a pessoa do empregado, mas sobre o objeto do contrato, com vistas à observar a dignidade do trabalhador⁴⁸¹.

Como ação estratégica para mitigar a sujeição do trabalhador, enquanto agente com maior autonomia, liberdade e dignidade, Ricardo Fonseca sugere dois pontos⁴⁸²:

⁴⁷⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002, p. 166/167. A tese de Fonseca tem como esteio o método arqueogenealógico de Michel Foucault.

⁴⁸⁰ *Idem*. O autor, em outra parte da obra (p. 138), aduz: “O que se deve compreender é que não foi o direito que inventou a relação de trabalho subordinado e o requisito da *subordinação jurídica*, traçando depois a linha divisória do que seria o limite de uma subordinação jurídica e uma subordinação não jurídica. O que de fato ocorreu é que a subordinação do trabalhador pré-existia à regulamentação do contrato de trabalho, e o direito positivo, confrontando-se com uma situação de subordinação já existente, traçou os limites formais para definir até onde essa subordinação poderia ser exercida lícitamente (e denominou-se subordinação jurídica)”.

⁴⁸¹ COUTINHO, Aldacy Rachid. *Op. cit.* (*Função social...*), p. 46.

⁴⁸² *Op. cit.*, p. 172/175.

a) Primeiro: procedendo à revisão do poder disciplinar, revogando ou deixando de considerar determinadas formas de justa causa, como *vg*: embriaguez ou prática de jogos de azar, as quais constituem mais um problema patológico do que contratual, conforme aos poucos a doutrina e a jurisprudência vêm se posicionando;

b) Segundo: reduzindo a amplitude do campo da discricionariedade do empregador no exercício de seu poder, seja na definição precisa das faltas graves, evitando aquelas demasiadamente amplas como *vg*: *o mau procedimento*, previsto no art. 482, “b”⁴⁸³, seja na definição de limites e do uso do *jus variandi* do empregador, o qual requer um exercício hermenêutico *restritivo* que exclua todos os modos de controle sobre a própria pessoa ou o próprio corpo do trabalhador, devendo ser legítimo apenas o controle das condutas do empregado que afetem diretamente a empresa.

Aldacy Coutinho traz relevante contribuição para o tema, mediante proposição radical (no sentido de afetar a raiz do problema): defende o fim do poder patronal punitivo, admitindo tão somente o poder de direção. É que, diz a jurista, “ao contratar, aceita o empregado que sua força de trabalho seja dirigida; mas não a sua pessoa. Aceita a direção, mas não a punição”⁴⁸⁴.

As propostas trazidas pelos eminentes juristas têm em comum as seguintes interligações: a funcionalização dos conceitos e a observância dos valores constitucionais, sobretudo o do solidarismo e suas imbricações: função social do contrato e da empresa, dignidade do trabalho e do trabalhador.

⁴⁸³ Segundo Fonseca, esta modalidade de justa causa acaba desempenhando “uma via aberta que possibilita que todas as possíveis condutas faltosas não exatamente tipificadas nas demais hipóteses legais possam ser aqui enquadradas. As hipóteses de justa causa – que em tese são “*numerus clausus*”- acabam sendo abertas pela própria lei como uma gama vasta e indeterminada de variáveis de condutas em que o patrão poderá entender, a seu juízo, que haja “*mau procedimento*””. Obra citada, p. 173.

⁴⁸⁴ COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder punitivo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999, pág. 202.

Observa-se, pois, fina sintonia entre tais proposições e o que argumentamos até aqui. E nem se cogite de “contradição” entre a proposta de *exegese ampla* no que tange às cláusulas gerais arrimadas nos valores constitucionais (vg: função social do contrato, boa-fé objetiva nas obrigações) com a proposta, ora trazida, de *restringir* o poder discricionário patronal, traduzido em seu *jus variandi*. É, pois, compreensível que, ora se defenda uma exegese ampla e elástica, ora se pugne por uma exegese restrita. A razão é lógica. Com base na proeminência dos valores plasmados na Constituição da República, é preciso maximizar a eficácia das normas nela inspiradas e, concomitantemente, delimitar os efeitos das normas excepcionais dissociadas de seus valores supremos, alcunhadas por Canaris como “normas estranhas ao sistema”⁴⁸⁵.

Em tempos de globalização econômica e desemprego estrutural, a subordinação jurídica adquire eficácia ainda maior, em face do temor do empregado em relação a possibilidade de perda de emprego, sobretudo num modelo como o nosso em que inexistente vedação à dispensa arbitrária⁴⁸⁶, havendo alta rotatividade da mão-de-obra.

Para Reginaldo Melhado⁴⁸⁷, a subordinação típica da sociedade pós-industrial é marcante e intensa, seja porque rompe definitivamente os limites entre o privado e o profissional, seja porque até mesmo o conhecimento técnico é refém do capital.

Realmente, jamais se viu tanta interferência patronal na vida íntima e privada do empregado, que, já no seu exame admissional, submete-se a testes de caligrafia, DNA⁴⁸⁸, isso sem falar na investigação de seu “passado

⁴⁸⁵ Nesse sentido comentamos no item 2 da Parte VI, retro.

⁴⁸⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade ... p. 171.

⁴⁸⁷ MELHADO, Reginaldo. *Mundialização, neoliberalismo e novos marcos conceituais da subordinação* In, *Transformações do Direito do Trabalho. Estudos em homenagem ao Professor João Régis Fassbender Teixeira*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 93.

⁴⁸⁸ Jasiel Ivo sustenta com acerto que “o genoma humano requer absoluta confidencialidade, não podendo ser exigido como requisito de identificação para obtenção ou manutenção de trabalho ou emprego, seleção e recrutamento de recursos humanos, muito menos por empresas de medicina

creditício”⁴⁸⁹ ou na averiguação de que figurou, outrora, como reclamante em ação trabalhista.

Diante deste quadro de invasão de privacidade, o operador jurídico precisa estar atento não só à lesão dos direitos trabalhistas, mas aos direitos de personalidade, à imagem e à dignidade trabalhador. Para tanto, é preciso repersonalizar o sujeito de direito, reconhecendo-o como ser humano e, nessa dimensão, vendo-o como elemento principal e nuclear da nova ordem constitucional.

Na atual fase de transição do Direito do Trabalho, a repersonalização do sujeito é uma via dupla de mão única, na medida em que importa a valorização da dignidade do trabalhador e a funcionalização do conceito de empresa.

Na menção de Perlingieri, os institutos não são imutáveis, a despeito de, por vezes, serem atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes, serem integrados pela legislação especial e internacional, porém sempre inclinados a adequar-se aos novos “valores” advindos do traspasse de uma jurisprudência civil de interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais. Tais valores deixam de ser confinados aprioristicamente no papel de limites ou de finalidades exteriores, como se não fossem idôneos a incidir sobre a função do instituto e, portanto, sobre a sua natureza⁴⁹⁰.

privada, seguradoras etc., como se fosse uma carteira de identidade, de trabalho ou registro da pessoa no cadastro geral de contribuintes. A finalidade do mapeamento genético deverá ser preventiva, de diagnóstico, limitando-se às práticas terapêuticas, assegurando-se sempre ao sujeito seu consentimento livre e esclarecido, priorizando a dignidade humana como valor universal e irrenunciável”. IVO, Jasiel. *O genoma humano e o direito do trabalho*. Revista L.Tr n. 65, Julho/2001, p. 786.

⁴⁸⁹ Em matéria veiculada pela internet, através do Comunicado ABRAT n. 27/2002, em 4/3/02, o jornalista Vitor Nuzzi afirma: “em um mercado cada vez mais competitivo, alguns trabalhadores enfrentam dificuldade adicional. Empresas têm recorrido ao Serasa para verificar se o candidato tem algum tipo de problema na praça. Hoje, de 20% a 30% das empresas estão olhando isso. As do setor financeiro, na quase totalidade”.

⁴⁹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis ...* p. 33.

Diante do exposto, conclui o jurista italiano, a essência da relação pode mudar, conforme se deduz da relação de trabalho subordinado, a qual, longe de perder a sua natureza patrimonial – hoje, porém, ligada às “exigências pessoais e familiares do trabalhador” – completa-se com um estatuto mais propriamente normativo e de tutela a favor da personalidade do trabalhador⁴⁹¹.

Insta registrar, contudo, a tensão existente entre, de um lado, a proposta de sujeição do contrato de trabalho ao valor do solidarismo constitucional e sua expressão “despatrimonializante” das obrigações civis, e, de outro, a imagem de um contrato que se depara com “um semblante cansado da luta e que hoje cede às críticas dos que nela identificam uma fala ultrapassada e inadequada às exigências da modernidade, apregoando o retorno de uma autonomia da vontade”⁴⁹².

Com essa constatação, estamos convencidos de que a proposta neoliberal de flexibilizar as condições de trabalho, em vista de uma maior lucratividade, encontra-se na contramão da história do Direito Privado e sua atual tendência de publicização⁴⁹³.

A partir da concepção do solidarismo como “reconhecimento do outro” (alteridade) - não numa visão isolada, mas relacionada - o trabalho deve ser tutelado como valor supremo. Aqui, válido afirmar, em concreto, que se a empresa vai mal, então, que prefira diminuir a margem de lucro, do que implementar, por exemplo, o *downsize*. Ainda, nesse compasso, a empresa deve assegurar e investir num ambiente de trabalho seguro e digno ao trabalhador, mesmo que isso implique decréscimo da sua rentabilidade.

Quando o constituinte estabeleceu que a ordem econômica deve atentar para, entre outros, o princípio da função social da

⁴⁹¹ Idem, p. 37.

⁴⁹² COUTINHO, Aldacy Rachid. *Função social* ..., p. 33.

⁴⁹³ DALLEGRAVE NETO, José Alfonso. *Contrato* ..., 1998, p. 56.

propriedade⁴⁹⁴ (art. 170, III), referiu-se à *empresa* que é uma das unidades econômicas mais importantes no atual sistema capitalista. Nesse sentido, assinala Roppo, “compreende-se a corrente afirmação de que, no presente, o processo econômico é determinado e impulsionado pela empresa, e já não pela propriedade”⁴⁹⁵.

Eros Grau analisa a ordem econômica fundada na função social da empresa, como corolário do que dispõe o art. 170, III, da Lei Maior:

o que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na *empresa* – o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e não, apenas, de *não o exercer* em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – *prestação de fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer* – ao detentor do poder que deflui da propriedade.⁴⁹⁶

Indubitavelmente, essa “imposição de comportamento positivo” ao titular da empresa, quando manifestada na esfera trabalhista, significa um “atuar em favor dos empregados”, o que, na prática, é representado pela valorização do trabalhador, por meio de um ambiente saudável, salário justo dispensando-lhe, acima de tudo, um tratamento que enalteça a sua dignidade enquanto ser humano (art. 1º, III, 6º, 7º. e 170 da CF).

Nesse sentido observa Cortiano Júnior⁴⁹⁷:

⁴⁹⁴ “Falar hoje de “função social” em relação à propriedade e de “utilidade social” em relação à iniciativa econômica privada significa falar de alguma coisa especial. Se, de fato, estrutura e função, representam, de um ponto de vista metodológico, a natureza de qualquer noção, para a propriedade assim como para a iniciativa econômica o problema não é apenas metodológico e meramente classificatório, mas se configura como interpretativo e atuativo de fórmulas contidas em normas (arts. 42 e 41) de nível constitucional”. PERLINGIERI, Pietro. *Pefis...*, p. 226.

⁴⁹⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 67.

⁴⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica ...*, p. 269.

⁴⁹⁷ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Op. cit.*, p. 47.

Não podem restar dúvidas que o Brasil fez a opção pelo direito geral de personalidade: o preâmbulo constitucional é taxativo ao afirmar que a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são os valores supremos de nossa sociedade, assegurados pelo Estado de Direito. Além disso, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República (art. 1º.) e é garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º.).

Em tempos de desemprego estrutural, a função social da empresa é também representada pelo cumprimento integral dos direitos trabalhistas (art. 7º.) e pela política de geração de empregos (art. 170, VIII), procurando evitar, na medida do possível, a dispensa em massa e a substituição do trabalhador pela automação (art. 7º., XXVII).

No campo da responsabilidade civil deve imperar a teoria objetiva, não só devido à assunção do risco pela atividade econômica do empregador (art. 2º, caput, da CLT), mas, sobretudo, como manifestação eloquente do solidarismo constitucional, que pressupõe uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho, na tutela do empregado e, conforme visto agora, na função social da empresa (art. 170, III).

Sobre o conceito de empregador, previsto na CLT, como sendo “a empresa que “assume os riscos da atividade econômica”, importa frisar que tal assunção de risco alcança todos os empregadores e não apenas aqueles que exerçam atividade econômica. Assim, é importante invocar o § 1º. do art. 2º da CLT, o qual equipara ao empregador os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras sem fins lucrativos.

Oportuno reproduzir os ensinamentos de Maurício Godinho Delgado acerca da abrangência deste conceito:

Ao se referir à idéia de riscos, o que pretende a ordem trabalhista é traduzir a idéia de responsabilização do empregador pelos custos e resultados do trabalho prestado,

além da responsabilização pela sorte de seu próprio empreendimento. Desse modo, o princípio da assunção dos riscos efetivamente aplica-se mesmo àqueles empregadores que não exerçam atividade de natureza econômica, para os quais o trabalho não emerge como fator de produção (empregador doméstico; empregador público; entidades beneficentes, etc.)

De acordo com o que dissemos no começo da tese, a *empresa* é o empregador por excelência, sendo os demais entes, que embora contratem empregados mas não exerçam atividade econômica, considerados pelo legislador como “empregador por equiparação”. Tal consideração do empregador como empresa não é um mero descuido do legislador, vez que ele quando se referiu à *sucessão* preferiu a expressão “sucessão de empresas” (artigos 10 e 448 da CLT), como assim também o fez quando aludiu à “extinção da empresa” no art. 502, da CLT. A identidade do empregador com a figura da *empresa* atrai o arcabouço do art. 170, mormente o seu inciso III, para a esfera dos contratos de trabalho, reforçando, pois, a aplicação do solidarismo constitucional e seu quadro axiológico.

Arion Mazurkevic lamenta o fato da doutrina e da jurisprudência trabalhistas, de uma maneira geral, não estarem atentas para este novo paradigma:

O Direito do Trabalho continua a ser interpretado exclusivamente com base na legislação ordinária, olvidando-se que desde 1988 vigora em nosso país uma nova ordem constitucional, fundada nos princípios do Estado Democrático de Direito, comprometido com a efetividade da igualdade material. Ao contrário, verifica-se uma tendência justificada mais no fenômeno denominado de “globalização”, sustentada na política capitalista denominada “neoliberalismo” e que tem como meta a flexibilização e a desregulamentação da legislação trabalhista, como se no âmbito das relações de trabalho tivesse deixado de existir a desigualdade material e a opressão do economicamente mais forte sobre a parte mais fraca da relação.⁴⁹⁸

⁴⁹⁸ MAZURKEVIC, Arion. *Autonomia privada: a tentativa de reaproximação do direito do trabalho ao direito civil*. Fonte: www.internet-lex.com.br. Seção: Doutrinas selecionadas. Junho/2002. p. 10/11.

Américo Plá Rodríguez, na clássica obra “Princípios de direito do trabalho”, escrita no ano 2000, em sua 3^a. edição, assim posicionou-se acerca da atual fase de tensão vivida pelo Jus Laboral: “reconhecida a existência da globalização, convém assinalar que a linha de argumentação, a que muita gente costuma recorrer, é muito esquemática e por demais simplificada: a globalização gera competitividade e esta conduz à flexibilidade trabalhista”⁴⁹⁹. Questiona-se esse argumento, prossegue o jurista, devido a três razões:

A primeira é a inexistência adequada de uma pesquisa sobre o impacto que o fator trabalho exerce sobre o custo final do produto, haja vista a presença de outros elementos, como o custo da matéria-prima, estrutura industrial, influência de uma boa-organização empresarial, gastos financeiros, impostos e lucro do empresário⁵⁰⁰.

O segundo motivo é a falta de avaliação acerca da repercussão, no bom rendimento do trabalhador, de seu estado de espírito, de seu grau de satisfação com o salário e demais condições de trabalho, vez que a satisfação do trabalhador implica maior rendimento, com resultado mais benéfico à produção e à empresa.

Finalmente, a terceira motivação levantada por Américo é de que a competitividade não pode ser buscada com o rebaixamento das condições de trabalho, o que vale dizer “não deve ser feita às custas da proteção do trabalhador”⁵⁰¹. Chama-nos a atenção a lucidez do jurista octogenário, quando adverte que o trabalho humano:

não deve ser tratado como mercadoria, ou seja, não deve estar sujeito às leis do mercado, pois o trabalhador é um ser

⁴⁹⁹ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução Wagner Giglio. 3^a. edição. 2000, 2^a. tiragem 2002, p. 72. Registre-se que a 1^a. edição foi escrita em 1978.

⁵⁰⁰ Idem.

⁵⁰¹ Idem, p. 73.

humano e, por conseguinte, é portador de uma *dignidade essencial* que deve ser respeitada em qualquer circunstância, ou seja, há determinados limites que não podem ser ultrapassados, tendo em vista a condição humana do trabalhador⁵⁰².

Verifica-se que tal idéia retrata justamente a perfeita dicção do art. 170, *caput* e inciso III, da Carta Constitucional Brasileira, na parte que propugna por uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano aliada à função social da propriedade⁵⁰³.

4. A boa-fé objetiva na esfera do contrato trabalhista

A cláusula geral de boa-fé que norteia os contratos, sobretudo os bilaterais, comutativos e de trato sucessivo, exsurge como verdadeiro dique de proteção aos contratantes mais frágeis: no contrato de consumo, o consumidor⁵⁰⁴; no contrato de emprego, o empregado.

Na seara trabalhista a boa-fé sempre se traduziu num relevante princípio informador, em especial pelo componente pessoal que existe nesse ramo jurídico. É que o contrato de trabalho não cria apenas direitos e obrigações de ordem exclusivamente patrimonial, mas também pessoal. Logo, para o devido cumprimento dessas obrigações e a adequada manutenção dessas relações, torna-se importantíssimo que ambas as partes atuem de boa-fé⁵⁰⁵.

⁵⁰² Idem.

⁵⁰³ Américo Plá Rodríguez completa sua idéia, assim: “A competitividade deve ser canalizada para a melhoria da qualidade do produto, do aperfeiçoamento do sistema e do processo produtivo, da oportunidade da entrega, da adaptação às necessidades e às preferências do *mercado*, da eficácia do sistema de comercialização. Em vez de descarregar o peso dessa competitividade nos ombros do pessoal, deve-se reclamar dos empresários esforços de criatividade, busca de informação, espírito de risco que conduza à melhoria das condições de luta no mercado”. *Op. cit.*, 74.

⁵⁰⁴ Neste sentido são os artigos 4º, III, e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8078/90.

⁵⁰⁵ RODRÍGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1993, p. 272.

Quando se fala em boa-fé, importa balizar a boa-fé subjetiva da objetiva. Aquela é a boa-fé-crença, que considera a intenção do contratante que age acreditando não estar prejudicando ninguém. Assim, a antítese da boa-fé subjetiva é justamente a má-fé, vista como a intenção de lesar outrem. A boa-fé subjetiva é considerada, com frequência, no campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória, bem como no direito processual quando caracterizada a litigância de má-fé de que trata o art. 18 do CPC.

Já a chamada boa-fé objetiva é tida como regra de conduta estribada na lealdade e na probidade e, principalmente, na consideração para com os interesses do outro (alter), visualizando como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado⁵⁰⁶. Implica, portanto, na convicção de que as transações são cumpridas normalmente, sem trapações, sem abusos, nem desvirtuamentos⁵⁰⁷.

A boa-fé esteve presente na precursora codificação moderna, o *Code Napoléon* de 1804; contudo, a boa-fé napoleônica veio a limitar-se à sua tímida aplicação possessória e, para mais, em termos de não levantar ondas dogmáticas⁵⁰⁸. Entrementes, foi por intermédio do Código Civil alemão, o BGB de 1900, que a boa-fé objetiva surgiu como enunciado geral, em seu § 242: “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé”. Ocorre que, segundo dissemos antes, o BGB foi editado num sistema fechado, de rigorosa dogmática jurídica, a qual sequer admitia lacuna. Assim, apenas décadas mais tarde, por obra da doutrina e da jurisprudência, o aludido § 242 passou a ser interpretado como cláusula geral dos contratos, capaz, inclusive, de inspirar outros ordenamentos legais.

Entre nós o caminho foi similar. O Código Civil de 1916, de forma comedida, mencionou, em algumas de suas disposições esparsas, a boa-fé como, por exemplo, no art. 490 relativo à posse, art. 500, referente ao

⁵⁰⁶ COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 412.

⁵⁰⁷ RODRÍGUEZ, Américo Plá. *Op. cit.*, p. 273.

⁵⁰⁸ CORDEIRO, António Manuel da Costa e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, pág. 267.

usucapião, art. 1677, alusivo a dívida de jogo, etc. A idéia marcante, no entanto, sempre foi a da boa-fé subjetiva.

Com a promulgação da CF/88, advém um novo paradigma para as relações contratuais, consentâneo com os valores nela plasmados, em específico o da função social dos contratos, da dignidade da pessoa humana e da igualdade material. A par do solidarismo constitucional, revigorou-se a cláusula geral da boa-fé objetiva, chegando-se ao ápice com a edição do Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 51, IV:

Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a *boa-fé* ou a equidade.

Sobre este alvoroçar incidente na teoria geral dos contratos, em face da edição do Código do Consumidor e suas cláusulas gerais *conformes* à Constituição, Cláudia Lima Marques observa que o princípio geral da boa-fé, passa a representar um novo mandamento nas relações contratuais da sociedade moderna, significando uma atuação refletida, pensando no outro, no parceiro contratual, “respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes”⁵⁰⁹.

Na boa-fé objetiva é possível vislumbrar duas grandes funções⁵¹⁰:

⁵⁰⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. Biblioteca de Direito do Consumidor, v.1, 3ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 107.

⁵¹⁰ Idem. Ibidem, pg. 106. Neste sentido também se manifestou NOVAIS, Alinne Arquette Leite, “Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente”. In: *Problemas de direito civil-constitucional*. Coordenador: Gustavo Tepedino. RJ: Renovar, 2000, p. 31.

- 1) causa limitadora do amplo exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos;
- 2) fonte de deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual.

A primeira função vem consolidada numa das facetas do art. 421 do novo Código Civil, ao estatuir que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Por esse princípio os homens devem compreender-se e se respeitar, para que encontrem um meio de entendimento e de negociação sadia de seus interesses e não um meio de opressão⁵¹¹.

Ainda no mesmo diploma legal, em artigo subsequente, a boa-fé objetiva passa, finalmente, a ser vista como cláusula geral dos contratos:

Art. 422 do NCCB: os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Ao entrar em vigor o Novo Código Civil brasileiro, a aplicação de tais cláusulas gerais na órbita do contrato de trabalho será imediata, de acordo com o comando do parágrafo único do art. 8º. da CLT, que aponta o direito comum como fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. Deveras, o princípio da boa-fé é um dos princípios informadores do direito das obrigações, inclusive das obrigações oriundas do contrato de trabalho, conforme amplamente apontado pela doutrina pátria e estrangeira⁵¹².

⁵¹¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Princípios gerais de direito contratual aplicáveis à dívida externa dos países em desenvolvimento*. In: *Temas atuais de direito*. Coordenação Milton Paulo de Carvalho. São Paulo: LTr, 1998, p. 119.

⁵¹² Neste sentido: . RUPRECHT, Alfredo J, *Os princípios do direito do trabalho*. Tradução Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995, p. 86; RODRIGUEZ Américo Plá, Tradução Wagner Giglio. *Op. cit.*, p. 272, LIMA, Franciso Meton Marques de, *Princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência*. São Paulo: LTr, 1994, p. 167, dentre outros.

Em verdade, desde a vigência da Constituição Federal atual, em função do efeito vinculante de seus valores e princípios, já se aplicava a boa-fé como parâmetro de interpretação e execução dos contratos de emprego⁵¹³.

No âmbito trabalhista, a boa-fé objetiva, aplicada às obrigações principais e secundárias e aos deveres anexos de comportamento, serve para impor aos contratantes um dever de conduta leal e fiel, não só ao que foi avençado entre as partes, mas, principalmente, às normas legais e aos valores supremos estampados na Carta da República: dignidade e proteção do trabalhador enquanto homem-cidadão. *Ex vi legis*: artigos 1º, III, 7º. e 170 da CF/88.

Acerca dos deveres de conduta, importa enfatizar a precisa lição de Antonio Vazques Vialard de que, o débito laboral não se esgota com o cumprimento das obrigações de prestação; a lei exige que se as cumpra dentro “um clima de colaboración, solidaridad y buena fé, lo cual supone la necesaria diligencia y existe además determinadas actitudes”⁵¹⁴.

Nesta esteira, é preciso rememorar, que o poder de comando inerente ao empregador encontra seus limites na esfera legal e no próprio contrato. Destarte, todo ato que de forma direta ou indireta violar a lei - como, por exemplo, os direitos de personalidade, à imagem e ao tratamento digno e respeitoso ao empregado - deverá ser declarado abusivo e prontamente coibido. Vialard afiança que o empregador deve exercer sua função de tal maneira que “queden a salvo la dignidad y los derechos personales u patrimoniales del trabajador, al que no puede irrogar perjuicios de orden *material ni moral* debe respetar su privacidad”⁵¹⁵.

⁵¹³ Neste sentido são os artigos 1º, III, 3º, I, 170 e 193 da CF/88.

⁵¹⁴ VIALARD, Antonio Vazquez. *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Tomo 1. 4ª. Edición. Buenos Aires: Astrea, 1991, p. 305.

⁵¹⁵ Idem. Ibidem.

O jurista argentino Alfredo Ruprecht, nesse ponto, sustenta que a aplicação do *ius variandi* “deve respeitar a dignidade do trabalhador, tanto física como econômica e moral”⁵¹⁶. Da mesma forma, as ordens emanadas pela empresa ao empregado se limitam à real necessidade de serviço⁵¹⁷, não podendo decorrer de mero capricho pessoal do empregador dissociado dos limites contratuais⁵¹⁸.

Diante de tal limitação, Aldacy Coutinho nega a existência do poder punitivo, admitindo apenas o poder de direção do empregador e, ainda assim “restrito ao cumprimento do contrato, na exata medida da ordenação do labor”⁵¹⁹. Em outra obra, Coutinho complementa sua tese:

se por um lado existem deveres jurídicos das partes – e não somente do trabalhador – em face da relação obrigacional, deveres estes principais ou típicos e secundários ou acidentais, deveres de conduta como expoente da complexidade da relação obrigacional, tal não significa que possa haver uma distinção de tratamento para identificar a infração dos deveres do empregado como sujeitos à punição⁵²⁰.

Para nós, de conformidade com aquilo que escrevemos alhures, vista a relação de emprego sob um prisma contratual, entendemos que o poder disciplinar encontra-se inserido no gênero “poder de comando”. Não obstante, somente será legítimo exercitá-lo nos exatos limites obrigacionais (*obrigação*

⁵¹⁶ RUPRECHT, Alfred J. *Os princípios do direito do trabalho*. Tradução Edilson Alkmin Cunha, São Paulo: LTr, 1995, p. 107.

⁵¹⁷ Neste sentido a Súmula n.º 43 do TST reza: “presume-se abusiva a transferência de que trata o § 1º do art. 469, da CLT, sem comprovação da necessidade de serviço”.

⁵¹⁸ A propósito, ROMITA, Arion Sayão denomina de limites *externos* e *internos* ao poder disciplinar. Os limites externos “derivam do conjunto de medidas consagradas pelo ordenamento jurídico para tutela da segurança, da personalidade e da dignidade do trabalhador. Os limites *internos* são inerentes à própria finalidade do poder, a qual deve reverenciar o interesse objetivo da empresa, com vistas ao seu normal funcionamento”. In: *O poder disciplinar do empregador*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983, p. 176.

⁵¹⁹ COUTINHO, Aldacy Rachid. *Função social do contrato individual de trabalho*. In: *Transformações do direito do trabalho. Estudos em homenagem ao Professor Doutor João Régis Fassbender Teixeira*. Coordenadores: Aldacy Rachid Coutinho, José Affonso Dallegrave Neto e Luiz Eduardo Gunther. Curitiba: Juruá, 2000, p. 46.

⁵²⁰ COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder punitivo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999, p. 202.

principal, secundária e dever anexo) e legais (*direitos de tratamento digno, de personalidade, etc.*). Logo, será espúria qualquer punição que diga respeito à vida íntima do empregado e sem correlação direta com o objeto do contrato de trabalho⁵²¹.

Se é certo que o direito disciplinar aplica-se apenas ao empregado – o que torna “incompatível com um direito do trabalho pautado pelo princípio democrático”⁵²² – de outro lado, quando vista como forma de “correção técnica do objeto”, a punição será capaz de evitar a resolução do contrato e o conseqüente desemprego do trabalhador⁵²³.

É importante não desprezar a idéia de que o reverso do *jus variandi* do empregador é o *jus resistentie* do empregado. Assim, cada vez que o empregador utilizar irregularmente o seu poder de comando, o empregado terá, em tese, o legítimo direito de resisti-lo⁵²⁴.

Na prática, o direito de resistência dificilmente é utilizado pelo empregado que teme a perda do emprego. Melhor dizendo: o seu potencial contestador e reivindicador amaina-se “diante da insegurança cruel de um mercado de trabalho”⁵²⁵. Ademais, dificilmente o empregador tolera qualquer resistência do trabalhador e, quando isso acontece, acaba exercitando, de imediato, o seu “direito potestativo de rescisão do contrato de trabalho”. Daí a importância de

⁵²¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Rescisão do contrato de trabalho: doutrina e prática*. São Paulo: LTr, 2001, p. 44.

⁵²² COUTINHO, Aldacy Rachid. A jurista paranaense refuta o poder punitivo também sob o argumento de ser prejudicial ao empregado hipossuficiente. *Op. cit.*, p. 236.

⁵²³ Sobre a razão aduzida, VIANA, Márcio Túlio observa que “por paradoxal que pareça, o poder disciplinar passa a ser um *mal menor*, na medida em que ajuda a evitar a solução *civilista* da resolução pura e simples do contrato, por mais leve que seja a falta praticada”. In: *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996, p. 173.

⁵²⁴ Márcio Túlio Viana observa que “o *ius resistentiae* não significa contra-ataque, retaliação ou revide, mas *proteção*. A resistência deve ser idônea para alcançar os seus fins. Assim, não pode o empregado deixar de cumprir a sua jornada normal, em *protesto* à exigência patronal para fazer horas extras... O que pode, simplesmente, é recusar-se às horas extras, se ilegais”. *Op. cit.*, p. 101.

⁵²⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade ...* p. 171.

propugnarmos pela identificação dos direitos e deveres das partes, seu alcance e principalmente seus limites à luz do solidarismo constitucional.

Octavio Bueno Magano pondera que a empresa moderna “não pode ser concebida como instrumento de realização de interesses unilaterais de proprietários, antes busca corresponder a decisões de compromisso entre as diversas forças que atuam na sua conformação”⁵²⁶. Dessa maneira, o poder diretivo passa a ser a capacidade atribuída ao empregador de dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando a realização das finalidades sociais da empresa.

Não há dúvida que todas essas limitações ao poder diretivo do empregador traduzem o solidarismo, a função social da empresa e a funcionalização do conceito de *jus variandi* que, nas palavras de Cabanellas, “consiste en estructurar y dirigir técnicamente los factores de la producción, causa por la cual no es admisible que se desenvuelva de modo arbitrario”⁵²⁷.

5. Solidarismo e responsabilidade civil

Ao mesmo tempo que o solidarismo constitucional é capaz de funcionalizar os conceitos, repersonalizar os sujeitos e inspirar cláusulas gerais que propugnam pela função social do contrato e pela boa-fé na execução das obrigações, também o é para inspirar uma teoria da responsabilidade civil que esteja apta a examinar os danos do trabalhador em razão da inexecução contratual do empregador, abusos de direito ou danos oriundos da simples execução do contrato de trabalho, independente de culpa.

É que, na observação de Perlingieri, o instrumento do ressarcimento dos danos, embora adaptado às exigências da vida moderna,

⁵²⁶ MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 239/245.

⁵²⁷ CABANELLAS, Guillermo. *Tratado de derecho laboral. Tomo II. Derecho individual del trabajo*. v. I, Contrato de trabajo. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 3ª. ed, 1988, p. 175.

demonstra-se, freqüentemente, inidôneo. Assim, “a jurisprudência dos valores tem necessidade de afinar as técnicas da prevenção do dano, da execução específica, da restituição *in integro* e de ter à disposição uma legislação de seguros obrigatória e de prevenção social”⁵²⁸.

Na apurada versão de Maria Francisca Carneiro, o atual estágio do pensamento, em responsabilidade civil, “tende a ampliar-se em dimensões, que podem advir de novos modelos de apreensão do real, que não comporta mais direitos estanques de um sujeito solitário, mas sim de pessoas em acepções mais amplas, nas diferentes esferas da personalidade humana, tuteladas juridicamente”⁵²⁹.

Diante de tudo que foi dito até aqui, depreende-se que a responsabilidade civil na seara do contrato de trabalho pode se manifestar de forma *subjetiva*, quando pautada na inexecução contratual ou com base na teoria *objetiva*, quando o dano do empregado decorrer do mero cumprimento do contrato de trabalho, independe de culpa do empregador. Nesta hipótese, a responsabilidade da empresa resulta da assunção do risco da atividade econômica (art. 2º, *caput*, da CLT) e do quadro axiológico oriundo do solidarismo constitucional, mormente a função social da empresa e a tutela da dignidade do trabalhador (arts. 1º, III e 170, III, da CF).

Some-se ainda o fato de na relação de emprego ser ínsito o poder de direção do empregador. Desse modo, eventual dano ocorrido em razão do contrato de trabalho, ainda que não tenha havido culpa do empregador, será da responsabilidade da empresa, haja vista o estado de sujeição que se encontra o empregado devido à subordinação jurídica. É, pois, o mesmo silogismo da responsabilidade objetiva da empresa em relação ao acidente do trabalho, examinado anteriormente.

⁵²⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 32.

⁵²⁹ CARNEIRO, Maria Francisca. *Anotações sobre a responsabilidade civil no projeto do código de 1998*. Maringá: Revista do Mestrado da UEM. Agosto/98.

Os artigos 933 e parágrafo único do art. 927, ambos do NCCB, também reforçam tal ilação. O primeiro, ao contemplar a responsabilidade do empregador por ato lesivo contra terceiro praticado pelo empregado “ainda que não haja culpa de sua parte”. O segundo dispositivo amplia os casos de responsabilidade objetiva, estabelecendo que haverá obrigação de reparar o dano, “independente de culpa”, nas situações especificadas em lei “ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Cumprе acrescentar que a responsabilidade objetiva do empregador em face do risco contratual não exime o empregado (vítima) do ônus da prova acerca do *dano* e do *nexo causal*, ou seja, “que o dano decorreu da execução do contrato de trabalho”. Sem dano não há indenização! Da mesma forma, sem a relação de causalidade do prejuízo em relação à atividade empresarial não há responsabilidade para o empregador. Logo, o que vai ser irrelevante é apenas a investigação do ato culposo do empregador, ou seja que o dano tinha sido provocado por sua negligência ou não.

De bom alvitre ter mentalizado que, em face do caráter protetivo que circunscreve a relação de emprego, especialmente se considerarmos ser esse um contrato dirigido e de adesão, eventual cláusula de “não indenizar” estará inquinada de vício presumido e, portanto, será considerada nula e ineficaz.

Quanto à *força maior*, tida como fator excludente da indenização em relação aos contratos civis (art. 1058 do CCB), quando diante dos contratos de trabalho não retira a responsabilidade da empresa, sendo-lhe apenas mitigada em situações especiais conforme aplicação analógica do § 2º. do art. 501 da CLT.

A cláusula geral da restituição integral do dano (*restitutio in integrum*), esculpida no art. 5º, V, da CF e agora no art. 944 do NCCB, é, pois, uma nova postura para os dias correntes:

É uma tendência contemporânea a libertação dos conceitos fechados, ou a submissão da justiça do caso concreto a limites conceituais rígidos, de modo que novos mecanismos vêm sendo buscados como forma de alcançar a realidade concreta, como no caso dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais. No caso da responsabilidade civil, em particular, cujo dinamismo é bastante acentuado, há um movimento no sentido da *reparação efetiva dos danos*⁵³⁰.

Em função do princípio de proteção à dignidade da pessoa humana e da sensível ampliação dos danos morais (art. 5º, X), ambos advindos da Carta de 1988, o julgador, quando do exame do caso concreto, deve relevar tais princípios constitucionais e fixar uma indenização que seja capaz, não só de reparar integralmente o prejuízo, ou compensar a dor, mas, sobretudo, que sirva de ação didática desestimulando a empresa-agente a repetir tal situação danosa.

Mais que isso: em face do *direito geral de personalidade* plasmado e guindado pelo constituinte, “o não respeito à personalidade acabará por significar um desvio no fundamento de toda ordem legal. Esse o ponto de partida sobre o que se assenta a repersonalização do direito”⁵³¹.

A cláusula geral de *boa-fé objetiva*, introduzida pelo art. 422 do NCCB e de inspiração nitidamente constitucional, proporciona uma visão exata de relação jurídica complexa, donde emergem deveres de conduta às partes pautados em valores metajurídicos: lealdade, probidade, proteção, informação e colaboração.

Assim, além das obrigações principais e secundárias, o cumprimento das partes na relação obrigacional envolve a necessidade de observar

⁵³⁰ SEVERO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 41.

⁵³¹ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Op. cit.*, p. 45.

múltiplos deveres acessórios de conduta⁵³². Nesse sentido o art. 493, da CLT, conceitua falta grave como a prática de atos que, por sua repetição ou natureza representem séria violação dos “*deveres e obrigações do empregado*”⁵³³. Tais deveres, quando inobservados, embora não possam, pela sua natureza, ser objeto de ação judicial, caracterizarão *cumprimento defeituoso*, dando ensejo a resolução contratual⁵³⁴, além de obrigar o devedor a *reparar os danos dele resultantes*⁵³⁵:

É passível de indenização pecuniária o ato cometido pelo empregador que, contrariando os princípios de respeito mútuo norteadores do contrato de trabalho, atinge os bens subjetivos inerentes à pessoa humana, tais quais a reputação, a honra, a liberdade, o decoro, a imagem e a dignidade, acarretando evidente prejuízo ao empregado no âmbito de suas relações sociais. (TRT, 12ª. Região, 1ª. Turma, Ac. N. 1139/98, Relator José Francisco de Oliveira, DJSC, 13/02/98, p. 152)

Com a funcionalização dos conceitos, é possível ao empregado postular até mesmo os danos oriundos de atos abusivos do empregador, considerados como tais, aqueles que refugirem à função social da empresa. Aqui, a pertinente anotação de Silvio Rodrigues:

⁵³² Logo, conforme já demonstramos anteriormente, além das obrigações principais, há as obrigações secundárias e os deveres anexos ao contrato. Neste sentido, é a lição de Délio Maranhão: “A principal obrigação do empregador é pagar salário ajustado. As obrigações acessórias do empregador, e que estão previstas na lei, referem-se, de um modo geral, à prevenção dos danos que o empregado possa sofrer tanto física como moralmente pela execução do contrato”. SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 18ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 264.

⁵³³ Há parcela doutrinária que não admite a resolução contratual como consequência de punição máxima. Neste sentido Aldacy Rachid Coutinho assevera: “é necessário superar a absorção da resolução dos contratos por um sistema *punitivo trabalhista*. A justa causa se apresentou como liberadora do pagamento da indenização pela rescisão contratual, de tal forma que se pode incluir tanto as cláusulas contratuais propriamente ditas quanto as outras obrigações, que gravitam em torno e que afetam dois elementos, a boa-fé e a confiança”. In: *Poder punitivo do empregador*. São Paulo: LTr, 1999, p. 233/234.

⁵³⁴ Sobre o cabimento de resolução, Araken de Assis escreveu: “o chamado *dever de colaboração* do credor, sem o qual a prestação do parceiro jamais poderá realizar-se a contento, também ilustra incumprimento gravíssimo”. In: *Resolução do contrato por inadimplemento*. São Paulo: RT, 1991, p. 94.

⁵³⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. II. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 11. Na versão original o autor cita os artigos 817 e n. 2 do art. 762 do Código Civil Português.

O ato do agente causador do dano impõe-lhe o dever de reparar não só quando há, de sua parte, infringência a um dever legal, portanto ato praticado contra direito, como também quando seu ato, embora sem infringir a lei, foge da finalidade social a que ela se destina. Realmente atos há que não colidem diretamente com a norma jurídica, mas com o fim social por ela almejado. São atos praticados com abuso de direito, e, se o comportamento abusivo do agente causa dano a outrem, a obrigação de reparar, imposta àquele, apresenta-se inescusável.⁵³⁶

Poder-se-ia imaginar ser temerário sustentar a posição de que na esfera contratual trabalhista o empregador encontra-se autorizado a se intrometer no âmbito dos deveres comportamentais de seus empregados, fato que poderia legitimar abuso patronal ante manifesta invasão de privacidade. Entendemos, contudo, de forma inversa, ou seja, os deveres de conduta anexos, quando corretamente interpretados à luz do solidarismo constitucional, servirão para limitar o *jus variandi* do empregador e, por conseguinte, coibir abusos e proteger os direitos patrimoniais e extrapatrimoniais do empregado:

Os poderes diretivo e fiscalizatório do empregador não podem ser exercidos a despeito dos direitos individuais assegurados constitucionalmente, sobretudo quando a Magna Carta erigiu a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigos 1º, III, e 5º, X, da Constituição da República). Restando provado nos autos que os empregados, nas quais já tiveram de permanecer até mesmo completamente despidos, patente a violação à intimidade, autorizando a reparação por danos morais. (TRT, 3ª. Região, RO n. 4947/2000, Relatora Rosemary de O. Pires, DJMG: 07/10/2000)

⁵³⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Responsabilidade civil*. v. 4. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15.

CONCLUSÃO

Examinou-se, *prima facie*, embora sob lentes críticas, o contrato de trabalho em sua dimensão dogmática e estrutural, visto como relação obrigacional, construído a partir da autonomia privada, emancipado do Direito Civil em face da necessidade de tutelar o contratante débil economicamente.

Ao se constatar, ainda, que o contrato de trabalho é uma relação jurídica complexa que dimana não só obrigações principais, mas secundárias e, também, deveres anexos de conduta, inferiu-se que a subordinação jurídica legaliza uma dominação do trabalhador pelo empregador e que, em tempos de globalização econômica e volta do liberalismo econômico, o poder de comando do empregador assume manifestações desproporcionais e abusivas, fortes na atual proposta de Estado Neoliberal.

O contrato de trabalho por ser de trato sucessivo, sinalagmático e personalíssimo em relação à figura do empregado subordinado, torna-se terreno fértil para irradiar danos, especialmente em tempos de reestruturação produtiva e busca obsessiva pela produtividade, fortes na atual proposta de Estado Neoliberal.

Em face desse cenário, buscou-se nos valores e princípios constitucionais suportes para a formulação de uma teoria, a qual informe e vincule o operador jurídico diante dos casos de danos causados ao empregado pelo empregador em razão da (in)execução do contrato.

A partir de um sistema jurídico aberto e com proeminência dos valores e princípios constitucionais alcança-se o *solidarismo constitucional* que serve como base para a proposta de uma nova teoria que seja capaz de identificar com rigor as obrigações e deveres de cada parte, sobretudo os

seus limites de atuação, calcados nas cláusulas gerais de função social do contrato (art. 421 do NCCB) e de boa-fé objetiva (art. 422 do NCCB) e na funcionalização dos conceitos.

No campo da responsabilidade civil defendemos o alargamento da responsabilidade civil da *empresa* independente de culpa sobretudo m face da funcionalização de seu conceito: assunção do risco (art. 2º, da CLT) e função social da propriedade (art. 170, III, da CF).

Quanto à indenização devida ao empregado, deve ser a mais ampla possível imbuída do caráter reparatorio-sancionatório, vendo na vítima não apenas um sujeito de direito da relação jurídica obrigacional, mas como gente que merece dignidade, à luz do princípio que assegura um direito geral de personalidade (art. 1º, III, da CF), manifestado numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO, P. S. G. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ALSINA, J. B. *Teoria general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979.
- ALCÂNTARA, J. E. *A disciplina legal da jornada de trabalho no Brasil: utilidade e limites da flexibilização*. Monografia defendida em Curso de Especialização em Direito do Trabalho. Biblioteca da Faculdade de Direito de Curitiba, 2000, p. 24.
- ALVES, J. C. M. *Direito romano*. v. 2, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- ALVIM, A. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- AMARAL, F. *Direito civil. Introdução*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.
- _____. *A descodificação do direito civil brasileiro*. v. 08, n. 4, out-dez.. Brasília: Revista do TRF da 1ª Região, 1996.
- ANDRADE, M. A. D. de. *Teoria geral da relação jurídica*. v. 1, Coimbra: Editora Almedina, 1992.
- ARAÚJO, F. R. de. *O direito do trabalho e o ser humano*. São Paulo: Revista LTr n. 62, 1998.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Introdução à sociologia jurídica alternativa*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.
- ASSIS, A. de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. São Paulo: RT, 1991.
- AZEVEDO, Á. V. *Curso de direito civil. Teoria geral das obrigações*. 6ª ed., São Paulo: RT, 1997.
- _____. *Temas atuais de direito*. Coordenação Milton Paulo de Carvalho. São Paulo: LTr, 1998.
- BACHOF, O. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução: José Manuel M. Cardoso da Costa. Título do original alemão: *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* Coimbra: Editora Almedina, 1994.

- BARCELLONA, P. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995.
- BARROS, A. M. de. *O assédio sexual no direito do trabalho comparado*. In: *Gênesis – Revista de Direito do Trabalho*, n. 70. Curitiba: Gênesis, 10/98.
- BARROSO, L. R. *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo*. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.
- BETTI, E. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando Miranda, Coimbra Editora, Coimbra, 1969
- BERGEL, J. L. *Teoria geral do direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- BITTAR, C. A. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- BONAVIDES, P. *Reflexões: Política e Direito*. 3ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.
- CABANELLAS, G. *Tratado de derecho laboral*. Tomo II. *Derecho individual del trabajo*. v.1, Contrato de trabajo, 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1988.
- CAHALI, Y. S. *Responsabilidade civil do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1996.
- CALAMANDREI, P. *Direito Processual Civil*. v. 3. Tradução: Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barbery. Campinas: Bookseller Editora, 1999.
- CANARIS, C.W. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Tradução: António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Título Original: *Systemdenken und systembegriff in der jurisprudence*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1989.
- _____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- _____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- _____. *Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo*. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 15, 1996

CARNEIRO, M. F. *Avaliação do dano moral e discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. *Anotações sobre a responsabilidade civil no projeto do código de 1998*. Revista do Mestrado da UEM, Londrina: 1998.

CARNELUTTI, F. *Studi sulle energie como oggetto di rapporti giuridici. Natura Del contratto di lavoro*, v. 1. Revista di Diritto Com., 1913.

_____. *Teoria geral do direito*. Coimbra: Editora Coimbra, 1942.

CARVALHO, O. de. *A teoria geral da relação jurídica*. 2ª ed. Coimbra: Editora Centelha, 1981.

CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

CERQUEIRA, M. *Revisão, reforma constitucional e plebiscito*. In: *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Org: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo: Malheiros, 2001.

CLÈVE, C. M. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade do direito brasileiro*. São Paulo: Editora RT, 1995.

COMPARATO, F. K. *A democratização dos meios de comunicação de massa*. In: *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. (Org): Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo: Malheiros, 2001.

CORDEIRO, A. M. da R. M. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

CORREA, J. M. *Fundamentos de derecho del trabajo*. Madrid: Editora Civitas, 1975.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. In: *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Coordenação Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COSTA, J. M. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000.

_____. BRANCO, G. L. C. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA JUNIOR, O. *A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigações em direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

COUTINHO, A. R. *Poder punitivo do empregador*. São Paulo: Editora LTr, 1999.

_____. *Função social do contrato individual de trabalho*. In: *Estudos em homenagem ao prof. João Régis Fassbender Teixeira*. Curitiba: Editora Juruá, 2000.

CUEVA, M. D. L. *Derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa, 1960.

DALAZEN, J. O. *Competência material trabalhista*. São Paulo: LTr, 1994.

_____. *Indenização civil de empregado e empregador*. Revista de Direito do Trabalho n.º 77 Brasília: Consulex, 1992.

DALLARI, D. A. *Estado de direito e cidadania*. In: *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Org: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

DALLEGRAVE NETO, J. A. *Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural*, São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Análise de conjuntura sócio-econômica e o impacto no direito do trabalho*. Revista do TRT, 9ª região. v. 26, n. 1, Curitiba, jan/jun/2001, p. 133.

_____. *Motivação do ato que dispensa servidor público celetista*. In: *Inovações na legislação trabalhista. Reforma trabalhista ponto a ponto*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Inovações na legislação trabalhista. Reforma trabalhista ponto a ponto*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *O sistema jurídico herdado do positivismo científico e os códigos civis novecentistas*. In: Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, n. 26, Curitiba, 1996.

_____. VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Rescisão do contrato de trabalho: doutrina e prática*. São Paulo: LTr, 2001.

DIAS, J. A. *Da responsabilidade civil*. v. 1, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

DINIZ, M. H.. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1. In: *Teoria geral do direito civil*. 10ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

- DUSSEL, E. *Fora do mercado não há salvação*. Novos estudos Cebrap, n. 45, julho/1996.
- DYPEYROU, J.J. *Droit civil et droit du travail: l'impasse.*, Droit Social, 1988.
- ENGISCH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. 5ª ed. Tradução: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.
- FACHIN, L. E. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *O código da indiferença*. Folha de São Paulo, 16/maio/1998.
- _____. *Estatuto jurídico do patrimonio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERNANDES, A. M. *Sobre o objecto do direito do trabalho*. In: *Temas laborais*. Coimbra, 1984.
- FERRAZ JÚNIOR, T. S. *A ciência do direito*. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1991.
- FERREIRA, R. e FERREIRA, D. *Guia prático de previdência social*. v. 1. Benefícios. 3ª. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Do processo legislativo*. 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1984.
- FISCHER, H. A. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução: António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva Editores, 1938.
- FLORINDO, V. *Dano moral e o direito do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1999.
- FONSECA, R. M. *A constituição federal e o trabalho: um exercício de aproximação*. In: *Direito do trabalho: estudos*. Coordenação José Affonso Dallegre Neto. São Paulo: LTr, 1997.
- _____. *Modernidade e contrato de trabalho. Do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002, p. 178
- FREITAS, J. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GENRO, T. *Introdução à crítica do direito do trabalho*. Porto Alegre: L&PM Editores Ltda., 1979.
- GIGLIO, W. D. *Direito processual do trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr, 1994.
- GOMES, L. R. F. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

- GOMES, O. *Obrigações*. 12ª ed. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. *Introdução ao direito civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- _____. *Novos rumos do direito civil*. In: Ensaio de direito civil e de direito do trabalho. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1986.
- _____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo, RT, 1980.
- GRAU, E. R. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GUSMÃO, P. D. *Introdução ao estudo do direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HAMMER, M. e CHAMPY, J. *Reengenharia. Revolucionando a empresa*. Título original: "Reengineering the corporation, a manifesto for business revolution". Rio de Janeiro: Campus, 1994.
- HASSON, R. *Acidente do trabalho & Competência*. Curitiba: Juruá, 2002.
- HAYECK, F. V., *O caminho da servidão*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.
- HESSE, K. *A força normativa da constituição*. Título do original: *Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1991
- HIRIGOYEN, M. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. Tradução: Maria Helena Kühner. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001
- IANNI, O. *A era do globalismo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.
- IRTI, N. *L'età della decodificazione*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 1989.
- IVO, J. *O genoma humano e o direito do trabalho*. Revista LTr n. 65, Julho/2001,
- JUCÁ, F. P. *A constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais*. São Paulo: LTr, 1997

- LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- _____. *Derecho de obligaciones*. Tomo 1, Tradução: Jaime Santos Briz. Madri: Editorial. Revista de Derecho Privado, 1958.
- LEITE, J. A. G. P. *Reparação devida ao acidentado*. São Paulo: Revista LTr, 1985.
- LIEBMAN, E. T. *Manual de direito processual civil*. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.
- LIMA, A. L. C. *Globalização econômica política e direito. Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- LIMA, A. *A responsabilidade civil por fato de outrem*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.
- _____. *Culpa e risco*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999.
- LIMA, F. M. M. *Princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência*. São Paulo: LTr, 1994.
- LOBO, P. L. N. *Danos morais e direitos da personalidade*. In: Grandes temas da atualidade: dano moral. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LOPES, M. M. S. *Curso de direito civil. Obrigações em geral*. v. II, 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000.
- LUHMANN, N. *Inovações na legislação trabalhista*. São Paulo: LTr, 2000.
- MAGANO, O. B. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- _____. *A previdência social em face da constituição*. In: Revista de Previdência Social, n. 93. São Paulo: LTR, 1988.
- _____. *Perspectivas do contrato individual do trabalho*. In: *Temas atuais de direito*. Coordenação: Milton Paulo de Carvalho. São Paulo: LTr, 1998.
- MAIOR, J. L. S. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.
- MALLET, E. *Procedimento monitorio no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

- MANDALOZZO, S. S. N. *Vínculo de emprego em face de policial militar estadual*. In: *Transformações do direito do trabalho. Estudos em homenagem ao Professor Doutor João Régis Fassbender Teixeira*. Curitiba: Juruá, 2000.
- MANNRICH, N. *A transição do direito do trabalho no Brasil*. Coordenação: Amauri Mascaro Nascimento. São Paulo: LTr, 1999.
- MARINO, S. B. *Responsabilidade civil do empregador decorrente do acidente do trabalho*. Curitiba: Biblioteca da Faculdade de Direito de Curitiba, 2001. Monografia apresentada para obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho.
- MARQUES, C. L. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. Biblioteca de Direito do Consumidor, v.1, 3ª ed. São Paulo: RT, 1998.
- MAZEAUD, H. e MAZEUD, L. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. 5ª ed. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJE, 1961.
- MAZURKEVIC, A. *Autonomia privada: a tentativa de reaproximação do direito do trabalho ao direito civil*. Fonte: www.internet-lex.com.br. Seção: Doutrinas selecionadas. Junho/2002.
- MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro* 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- MELHADO, R. *Mundialização, neoliberalismo e novos marcos conceituais da subordinação*. In: *Transformações do Direito do Trabalho. Estudos em homenagem ao Professor João Régis Fassbender Teixeira*. Curitiba: Juruá, 2000.
- MELLO, Prudente José Silveira. *Globalização e reestruturação produtiva do fordismo ao toyotismo*. In: *Globalização, Neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba, Edibej, 1998
- MELO, R. S. *Meio ambiente do trabalho: prevenção e reparação – Juízo competente*. In: *Repertório IOB de jurisprudência*, São Paulo: IOB, caderno 2, n. 13/97.
- MIRANDA, F. C. P. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- _____. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Tomo LIII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.
- _____. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Tomo LIV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

- _____. *Tratado de direito privado*. v. 27, 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- MODESTO, P. E. G. *Inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista de Direito Público, n.º 97, 1991.
- MONREAL, E. N. *O direito como obstáculo à transformação social*. Tradução: Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- MORAES, M. C. B. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé* de Teresa Negreiros, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- _____. *A caminho de um direito civil constitucional*. São Paulo: Revista de Direito Civil, v. 65, 1990.
- MORAES FILHO, E. e MORAES, A. C. F. *Introdução ao direito do trabalho*, 6ª ed. São Paulo: LTr, 1993.
- NALIN, P. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.
- NASCIMENTO, A. M. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.
- NASCIMENTO, T. M. C. do. *Curso de direito infortunistico*. 3ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.
- NORONHA, F. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NORRIS, R. *Responsabilidade civil do fabricante pelo fato do produto*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- NOVAIS, A. A. L. *Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente*. In: Problemas de direito civil-constitucional. Coordenador: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao direito do trabalho*. Tradução de C. A. Barata Silva, 4ª ed., São Paulo, LTr, 1984.
- OLIVEIRA, A. C. de. *Responsabilidade civil do empregador pelo acidente do trabalho*. In: *Responsabilidade civil*. Coordenadores: Adroaldo Leão e Rodolfo Mário Veiga Pamplona. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- OLIVEIRA, J. C. de. *Factum principis, força maior e temas correlatos*. In: *Curso de direito do trabalho*, 2ª. ed., Coordenação: Alice Monteiro de Barros, São Paulo: LTr, 1994, vol. II.

- OLIVEIRA, S. G. de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2001.
- PAMPLONA FILHO, R. *Responsabilidade civil do empregador por ato do empregado*. In: *Responsabilidade civil*. Coordenadores: Adroaldo Leão e Rodolfo Pamplona Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. *O assédio sexual na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2001.
- PASTORE, J. *Agonia do emprego*. São Paulo, LTr, 1997,
- _____. ROBORTELLA, L. C. *Assédio sexual no trabalho. O que fazer?* São Paulo: Makron Books, 1998
- PEREIRA, C. M. da S. *Responsabilidade civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PERLINGIERI, P. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PINTO, C. A da M. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- _____. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1996.
- PINTO, J. A. R. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.
- _____. *Processo trabalhista de conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1994.
- PINTO, R. F. *A assistência jurídica aos hipossuficientes na constituição*. São Paulo: LTr, 1997, p. 24.
- POCHMANN, M. *Um estudo sobre as experiências da França, da Inglaterra, da Itália e do Brasil desde o segundo pós-guerra aos dias de hoje*. São Paulo: LTr, 1995.
- POPP, C. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002.
- RAMOS, C. L. S. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In: *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Coordenação Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

- RÁO, V. *O direito e a vida dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Editora RT, 1999.
- REALE, M. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Bushatsky Editor, 1973.
- REDINHA, M. R. G. *A relação laboral fragmentada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- REIS, C. *O verdadeiro sentido da indenização dos danos morais*. In: Grandes temas da atualidade: dano moral. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.
- RODRIGUES, S. *Direito civil*. v. 1. Parte geral, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- RODRÍGUEZ, A. P. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1993.
- ROMITA, A. S. *O poder disciplinar do empregador*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.
- ROPPO, E. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- ROSSI, J. M. L. de. *O estado democrático de direito e às restrições à legislação de urgência pelo poder executivo*. Trabalho em Revista. Curitiba: Editor Silvonei Sérgio Piovesan, n. 202, 05/1999.
- RUGGIERO, R. *Instituições de direito civil*. v. 1. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller Editora, 1999.
- RUPRECHT, A. J. *Os princípios do direito do trabalho*. Tradução: Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.
- SAAD, T. L. P. *Responsabilidade civil da empresa nos acidentes do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1995.
- SALAMA, P. *Para uma nova compreensão da crise*. In: *Pós-neoliberalismo*. Organizadores: Emir Sader e Pablo Gentili. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1995.
- SALVADOR, L. *Enunciado 363. TST reedita ato e perde chance de corrigir injustiça*. fonte: www.internet-lex.com.br. Seção: doutrinas. Maio, 2002.

- SALVOLDI, V. *O evangelho da solidariedade*. Tradução de João Paixão Netto da obra original “Il Vangelo della solidarietà”. SP: Paulinas, 1997.
- SANTORO-PASSARELLI, F. *Noções de direito do trabalho*. Tradução Mozart Victor Russomano e Carlos Alberto G. Chiarelli. São Paulo: RT, 1973,
- SEVERO, S. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.
- SILVA, C. V. do C. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- SILVA, L. R. F. da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SILVA, W. M. da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974.
- SILVA FILHO, J. C. M. da: *Filosofia jurídica da alteridade. Por uma aproximação entre o pluralismo jurídico e a filosofia da libertação Latino-Americana*. Curitiba: Juruá, 1998.
- SOUZA, M. A. S. de. *O dano moral nas relações entre empregados e empregadores*. Erechim: Edelbra, 1998
- SOUZA, M. C. M. de. *Responsabilidade civil decorrente de acidente do trabalho – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Agá Júris, 2000.
- STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.
- _____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002
- SUSSEKIND, A. . *Previdência Social Brasileira* Rio de Janeiro: Editora Livraria Freitas Bastos, 1955.
- _____. MARANHÃO, D., VIANNA, S. e TEIXEIRA FILHO, J. de L. *Instituições de direito do trabalho*. 18ª ed. São Paulo: LTr, 1999.
- TEIXEIRA FILHO, M. A. *A prova no processo do trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 1997.
- TELLES, I. G. *Direito das Obrigações*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1997.
- TEPEDINO, G. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

- _____. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In: *Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito*. Organizador: Carlos Alberto Menezes Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- _____. *Código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In: *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- THUR, A. V. *Tratado de las obligaciones*. v. 1. Tradução: W. Roces. Madrid: Reus, 1999.
- TUNC, A. *La responsabilité civile*. 2^a ed. Paris: Economica, 1989.
- VARELA, J. de M. A. *Das obrigações em geral*. v.II, 7^a ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999.
- VERRÍSSIMO, L. F. *Jornal do Brasil*, coluna Opinião, setembro/96, Rio de Janeiro
- VIALARD, A. V. *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Tomo 1. 4^a ed. Buenos Aires: Astrea, 1991.
- VIANA, M. T. *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996.
- VIEWEG, T. *Tópica e jurisprudência*. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- VILHENA, P. E. R. de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: LTr, 1999.
- WALD, A. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979.
- WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.
- ZANCANER, W. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- ZANNONI, E. A. *El daño en la responsabilidad civil*. 2^a ed. Buenos Aires: Astrea, 1993.