

MOISÉS DE OLIVEIRA WANGHON

**A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA PERSONALIDADE:
ANÁLISE QUALITATIVA DE PRECEDENTES DO TRIBUNAL SUPERIOR DO
TRABALHO SOBRE RESPONSABILIDADE OBJETIVA**

Dissertação apresentada à Universidade Federal do Pará perante o Instituto de Ciência Jurídica do Programa de Pós-Graduação em Direito para obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos, na linha de pesquisa Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos – Direitos Humanos e Relações Privadas – sob orientação da Professora Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal.

Belém

2013

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA

Wanghon, Moisés de Oliveira

A Concretização do direito fundamental da personalidade: análise qualitativa de precedentes do Tribunal Superior do Trabalho sobre personalidade objetiva / Moisés de Oliveira Wanghon; orientadora, Pastora do Socorro Teixeira Leal. Belém, 2013.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belém, 2013.

1. Direitos fundamentais.- 2. Responsabilidade civil.- 3. Argumentação jurídica.- 4. Personalidade (Direito).- I. Leal, Pastora do Socorro Teixeira.- II. Universidade Federal do Pará. Instituto de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDDir: 341.27

MOISÉS DE OLIVEIRA WANGHON

**A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA PERSONALIDADE:
ANÁLISE QUALITATIVA DE PRECEDENTES DO TRIBUNAL SUPERIOR DO
TRABALHO SOBRE RESPONSABILIDADE OBJETIVA**

Dissertação de Mestrado em Direitos Humanos e
Relações Privadas para obtenção do título de Mestre
em Direitos Humanos pela Universidade Federal do
Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de
Pós Graduação em Direito.

Conceito:.....

Banca Examinadora

.....
Profa Dra Pastora do Socorro Teixeira Leal – UFPA PPGD

.....
Prof(a) Dr (a)

.....
Prof(a) Dr (a)

Belém,.....de.....de.....

DEDICATÓRIA

Ao teu amor benigno, paciente, caridoso,
Que folga com a verdade,
Que tudo crê, espera e suporta,
Ao amor que nunca falha
À você minha mãe

AGRADECIMENTOS

Sem dúvida o Mestrado representa meu resurgimento acadêmico, reencontro com o amor pelo estudo aprofundado da Ciência Jurídica, e resgate de sonhos que alguns anos na militância advocatícia tornavam-se turvos, uma vez que a prática e a teoria devem sempre andar em comunhão.

Em toda esta trajetória, Deus se fez mais uma vez derradeiro mestre. Desde o processo de seleção, mesmo com o indeferimento inicial do meu projeto de pesquisa, ensinou-me a paciência e a determinação, e se fez presente em minha vida por inúmeros amigos que não me deixaram desanimar. À família escritório Ademar Kato e associados meu agradecimento por todo incentivo no meu reingresso a vida acadêmica.

Passado o susto inicial e já ingresso nesta pós-graduação, deparo-me surpreendentemente com colegas de sala que se tornam verdadeiros amigos, peças fundamentais nessa transformação intelectual e pessoal, companheiros de jornadas de estudo e de partes da minha vida. À minha gratidão, a melhor turma da história da PPGD pela união e laços que transcendem o ambiente acadêmico.

Mais ainda, me foi concedido à oportunidade de aprender, refletir, crescer com Professores, tão caros ao ensino, tão dedicados a docência que impossível não ter me entregar totalmente em dedicação aos estudos. Em especial, ao Professor Dr. Antônio Maués por ter me propiciado grandes reflexões em sala de aula e principalmente por me mostrar o quanto eu precisava superar minhas próprias barreiras para ter rendimento adequado nas disciplinas; à Professora Dra. Gisele Góes por acreditar em meu potencial desde a graduação, por todas palavras de incentivo, por todo auxílio. E principalmente a minha orientadora Professora Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal, que foi imprescindível para construção desta dissertação pelo conhecimento transmitido, pela paciência, pela abnegação.

À melhor família do mundo, o meu agradecimento pelo amor, pela compreensão em minhas ausências, pelo apoio incondicional, por não titubear em nenhum instante do quanto eu sou capaz. Em especial, à minha avó e a minha mãe pela imensidão de amor e de dedicação que permitem meu estudo diário.

Aos meus amigos, por dividirem comigo um pouco do fardo desta jornada, por me ouvirem no momento de desespero, pelo apoio em momentos cruciais, pelos afagos, pelas risadas, e simplesmente por serem únicos e especiais por diferentes

razões e por circunstâncias distintas, mas não menos importantes. Especialmente à Fabiola Costa, à Ana Carolina Monteiro, à Roberta Nilsson, ao Alexandre Guimarães, à Larissa Bichara, à Kamille Guerreiro.

A ti meu Deus por todo dia me é oportunizado aprender, pelo teu amor imensurável, por cada escolha que me auxiliou e me trouxe até este momento e por cada palavra que me inspiraste para escrever esta dissertação.

EPÍGRAFE

Escuta: eu te deixo ser, deixa-me ser
então.
Clarice Lispector

RESUMO

A Constituição Federal no Estado Democrático de Direito permeia atividade interpretativa que alie coerência e adequação às decisões judiciais por intermédio da concretização dos direitos fundamentais, como mecanismo de legitimidade dos atos judiciais. Destaca-se a teoria da integridade de Ronald Dworkin como ferramenta hermenêutica de compreensão do sistema jurídico em compasso com pressupostos morais trazidos pelos princípios por meio da metáfora do juiz Hércules na busca da resposta. Nessa dinâmica, o princípio da dignidade da pessoa humana é vetor interpretativo que representa a essência constitucional e irradia para todo o sistema jurídico, inclusive para as relações privadas. Logo, os direitos da personalidade como dimensões da dignidade da pessoa humana são aplicáveis às relações trabalhistas. É a responsabilidade civil como solidariedade social instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade por uso do sistema subjetivo e objetivo de responsabilização. Assim, as decisões do Tribunal Superior do Trabalho são analisadas qualitativamente, a fim de situar como os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana são efetivados pela responsabilidade civil.

Palavras-chave: Constituição, Estado Democrático de Direito, Responsabilidade Civil, Argumentação, Direito da Personalidade e jurisprudência

ABSTRACT

The Federal Constitution in the Democratic State of Law permeates the interpretative activity that combines consistency and appropriateness to the judicial decisions through the implementation of fundamental rights, as a mechanism of legitimacy of the judicial acts. The theory of the integrity of Ronald Dworkin has emphasis as a tool of hermeneutic understanding of the legal system in tandem with moral assumptions brought by the principles addressed in metaphor of judge Hercules in search of the answer. In this dynamic, the principle of human dignity is an interpretative vector that represents the essence constitutional and radiates to the whole legal system, including the private relationships. Consequently, the rights of the personality as dimensions of human dignity are applicable to labor relations. It is the civil liability as social solidarity, an instrument for the substantiation of human dignity and of the rights of personality by using the system subjective and objective of accountability. Thus, the decisions of the Superior Labor Court (Tribunal Superior do Trabalho) are qualitatively analyzed, in order to recognize as rights of the personality and the dignity of the human person are confirmed by civil liability.

KEY-WORDS: Constitution, Democratic State of Law, Civil Liability, argumentation, rights of the personality and jurisprudence

SUMÁRIO

Introdução.....	11
Capítulo I - A interpretação, a pré-estrutura e a (pré) compreensão das proposições jurídicas na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana	15
1. Das razões para a escolha da teoria da argumentativa da integridade em sede do Estado Democrático de Direito e do Neoconstitucionalismo.....	15
2 . A teoria argumentativa da integridade do direito e a busca da melhor interpretação.....	23
3. Nossa proposta	44
Capítulo II – Os direitos da personalidade como dimensão da dignidade da pessoa humana	47
1. A importância da dignidade da pessoa humana para o Estado Democrático de Direito	47
2. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais da personalidade nas relações privadas	57
2.1 Os direitos fundamentais da personalidade	65
2.2 Os Direitos da Personalidade nas relações de trabalho	74
Capítulo III - A responsabilidade civil objetiva nos viés da tutela da pessoa humana na Justiça do Trabalho	84
1. Responsabilidade como solidariedade: a compreensão da responsabilidade na sociedade de risco	84
2. A liberdade e a igualdade substancial como princípios instauradores da responsabilidade objetiva	92
3. Elementos da responsabilidade civil objetiva na relação de trabalho	97
4. Cláusula geral de responsabilidade e a teoria do risco	108
5. Excludentes de responsabilidade civil objetiva	113
Capítulo IV – Análise qualitativa de precedentes do Tribunal Superior do Trabalho sobre responsabilidade civil na concretização da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade.....	116
1. Direito de intimidade: ambiente virtual de trabalho	117
1.1 – Sérgio Auster x Mony Participações Ltda. (TST-RR 183240-61.2003.5.05.2001)	117

1.2 – Fábio Marcelo Pedroso x Kraft Lacta Suchard (TST-RR-1304300-75.2005.5.09.2009)	120
2. Responsabilidade civil objetiva: atividade de risco como perigosa.....	123
2.1 - Khivia Wanderley Cordeiro x In Foco Trabalho Temporário Ltda (TST-RR-48400-43.2011.5.21.0004)	123
3. Assédio moral e responsabilidade civil	125
3.1 - Elcio Milczwski x Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV (TST-RR-3253900-09.2007.5.09.0011)	125
4 – Das lesões múltiplas à tutela da pessoa humana	128
4.1 – Isabel Cristina de Oliveira x Banco Santander (Brasil) S.A.(TST-RR 277700-48.2007.5.12.0007)	128
Conclusões	133
Bibliografia	143

INTRODUÇÃO

A dissertação “A concretização dos direitos fundamentais da personalidade: análise qualitativa dos precedentes do Tribunal Superior do Trabalho sobre Responsabilidade Objetiva” almeja possibilitar uma melhor compreensão sobre a concretização dos direitos da personalidade por intermédio da responsabilidade civil na recente dinâmica harmonizadora entre sociedade de risco e paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

Nosso propósito é analisar a maneira como o Tribunal Superior do Trabalho (TST) aplica a responsabilidade civil na concretização dos direitos da personalidade como dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana, face às dificuldades de implementação de um sentido único e dos limites de abrangência para o conceito de dignidade nas relações do trabalho.

Além disso, interessa saber de que forma a dignidade da pessoa humana está sendo utilizado em sede de responsabilidade civil, haja vista que o problema aqui posto é responsável por severos atrasos na implementação da tutela da vítima, uma vez que a complexização das relações interpessoais na contemporaneidade constituiu inúmeras demandas que não eram tuteladas adequadamente pelo sistema de responsabilidade pautada em culpa, na qual, o conceito restrito de responsabilidade refere-se à obrigação de reparar o dano por descumprimento do sistema jurídico.

A partir desse pressuposto, tem-se como finalidade principal demonstrar que a responsabilidade civil objetiva é uma das formas de concreção do princípio da dignidade da pessoa humana no viés dos direitos da personalidade, e assim situar o panorama de efetivação desses direitos fundamentais no TST.

Hoje, cumpre-nos verificar se o Estado-juiz atua diligentemente nos conflitos de interesses contemporâneos e se a atividade interpretativa é legítima quando utiliza apenas argumentação formal pautada na responsabilidade civil subjetiva como regra geral em nosso sistema jurídico, assim como, se ela por si só consegue implementar os direitos fundamentais da personalidade decorrentes das dimensões da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, pretende-se contribuir para a discussão acerca da interpretação e da aplicação da dignidade da pessoa humana, em especial, aos direitos da personalidade nas relações de trabalho em ações processadas e julgadas no TST e

também consolidar informações sobre a atuação do Estado, observando, para isso, a interpretação e os métodos de argumentação utilizados na aplicação e na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, realizamos uma análise qualitativa dos precedentes do TST, que foram destaques em seu endereço eletrônico (www.tst.jus.br) no período compreendido de fevereiro de 2012 a fevereiro de 2013, em que evidenciamos casos emblemáticos que cuidaram da argumentação e da hermenêutica jurídica, em conformidade (e em alguns casos, em desconformidade) com o referencial teórico, que ora selecionamos como fundamento para esta pesquisa: a teoria da integridade de Ronald Dworkin. Isso foi feito a fim de verificar se sua teoria está sendo adotada ou adaptada por esse órgão judicial superior da Justiça do Trabalho.

Esses casos tornaram-se emblemáticos e foram selecionados em virtude de sua complexidade e relevância para a análise dos direitos da personalidade e/ou da responsabilidade civil como conteúdo substantivo do princípio da dignidade da pessoa.

Ressalta-se que o enfoque dado nesta pesquisa é hermenêutico-jurídico, orientado pelo marco referencial teórico do corolário da responsabilidade civil objetiva, como instrumento de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

No que diz respeito ao tratamento predominantemente jurídico adotado para a questão, o direito não é um sistema suficiente, por si só (autopoiético), para responder a questionamentos mais profundos e institucionalizados que interferem de forma nefasta no âmbito da interpretação judicial, por isso necessita de maiores complementos, inclusive para sua resolução mais satisfatória.

Justifica-se a escolha dos pensamentos de Ronald Dworkin como norteadores deste trabalho, em virtude da importância que a teoria da integridade desenvolvida por ele possui para a hermenêutica jurídica, bem como pelo destaque que o Direito como integridade ganha para a solução das demandas complexas atuais. Sua obra é considerada atualmente um marco no que diz respeito à matéria aqui abordada.

A partir do material coletado, pretendeu-se inicialmente analisar com detalhes os mecanismos de interpretação da teoria da integridade, que podem contribuir para a construção casuística do conteúdo substantivo da dignidade da pessoa humana, se consideradas a pré-estrutura, a pré-compreensão e a compreensão.

Feito isto, situamos o interlocutor no contexto da dignidade da pessoa humana, cerne dos direitos fundamentais, bem como destacamos sua relação com os direitos da personalidade, que devem ser respeitados nas relações privadas, aqui analisados a partir da aplicação do sistema da responsabilidade civil nas relações de trabalho.

Nosso texto se apresenta estruturado em quatro capítulos com os seguintes títulos: “A interpretação, a pré-estrutura e a (pré) compreensão das proposições jurídicas na concretização dos direitos da personalidade”, “Os direitos fundamentais da personalidade como dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana”, “A responsabilidade civil objetiva no viés da tutela da pessoa humana nas relações de trabalho” e “Análise qualitativa de precedentes do Tribunal Superior do Trabalho sobre responsabilidade civil na concretização da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade”.

No primeiro capítulo, evidenciam-se as premissas necessárias para compreender, na atualidade, o tema apresentado, proposições iniciais, tais como: Estado Democrático de Direito, Neoconstitucionalismo, argumentação e legitimidade dos atos decisórios jurisdicionais, entre outras.

Nesse diapasão, apresentam-se as razões para a escolha da teoria argumentativa da integridade como parâmetro de análise para os julgados em sede de Estado Democrático de Direito e do Neoconstitucionalismo. Logo, evidenciamos aspectos relevantes da teoria argumentativa da integridade do direito, a fim de que seja facilitada a busca pela melhor interpretação nas circunstâncias do caso concreto, por investigação de critérios de adequação e de coerência na construção do romance em cadeia.

No segundo capítulo, pelo o uso do método dedutivo, são estabelecidas as correlações entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade nas relações de trabalho, o que ensejou um diálogo entre as fontes de direito civil e de direito do trabalho sobre o prisma da constitucionalização do direito e da eficácia irradiante dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Em destaque, foi colocada a importância da dignidade da pessoa humana para o Estado Democrático de Direito, assim como, ressaltou-se a necessidade de uma atitude interpretativa que permita a derradeira construção de seu conteúdo substantivo nas demandas apresentadas ao Poder Judiciário.

No terceiro capítulo, apresentamos a responsabilidade civil como mecanismo de efetivação da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho, compreendida como solidariedade social. Nesse momento, a responsabilidade civil é apontada não apenas como um ato de caridade, mas sim, como a solidariedade social que encontrou sua forma na Constituição Federal de 1988 e na perspectiva humanista do direito, isto é, constituiu uma maneira de compatibilizar anseios individuais dissonantes e permitiu uma melhor convivência entre os seres humanos, além de trazer um aspecto ético à responsabilidade civil.

A partir dessa reflexão, observar-se-á a responsabilidade como solidariedade a fim de compreender a responsabilidade civil na sociedade de risco. Para isso investigaremos os escopos da responsabilidade civil e procuraremos identificar a liberdade e a igualdade substantiva como princípios instauradores da responsabilidade civil objetiva.

Tamanha expansão do conceito de responsabilidade irá trazer consequências para todo o sistema de responsabilidade civil, o que justifica o estudo dos elementos da responsabilidade civil objetiva na relação de trabalho, bem como suas excludentes, e mais ainda, da cláusula geral da responsabilidade objetiva e da teoria do risco.

Finalmente, no quarto capítulo, comentaremos sobre julgados relevantes ao objeto de estudo na atividade interpretativa de aplicação dos direitos da personalidade na esfera trabalhista por intermédio da responsabilidade objetiva, trataremos do direito à intimidade no ambiente virtual de trabalho, do direito à honra e à imagem, bem como, exemplificaremos situações de assédio moral e situaremos o conceito atual de risco na visão do TST.

CAPÍTULO I

1. A INTERPRETAÇÃO, A PRÉ-ESTRUTURA E A (PRÉ) COMPREENSÃO DAS PROPOSIÇÕES JURÍDICAS NA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1.1 DAS RAZÕES PARA A ESCOLHA DA TEORIA ARGUMENTATIVA DA INTEGRIDADE EM SEDE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DO NEOCONSTITUCIONALISMO

A Constituição possui diferentes significados que variam de tempos em tempos e de sociedade para a sociedade. A isso chamamos de caráter constitucional axiológico. Assim, em busca de encontrar uma teoria que possa nos auxiliar a melhor interpretar o direito nos tempos atuais marcados pelo Estado Democrático de Direito e pelo Neoconstitucionalismo¹, cumpre recordar a teoria formal e material da Constituição para compreendermos o fenômeno de constitucionalização do direito², o qual estamos presenciando.

De início é imprescindível estabelecer uma distinção entre a Constituição no sentido material e no sentido formal, a fim entender o real significado de Constituição.

A teoria formal da Constituição pretende a preservação da juridicidade constitucional, por intermédio da seguinte fórmula: conferem-se poderes ilimitados ao legislador, o que reduz a Constituição à mera classificação legalista. O período áureo desse modelo ocorreu na época do Estado Liberal no século XIX, em que a Constituição serviu de instrumento para a concretização do modelo burguês de Estado.

¹ O conceito de Neoconstitucionalismo utilizado nesta dissertação é aplicado em sua acepção ampla, refere-se ao paradigma constitucional emergido após a Segunda Guerra Mundial que proclama a força normativa da Constituição e a adequada tutela dos direitos fundamentais por meio da primazia do princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, dentre a multiplicidade de conceitos de neoconstitucionalismo iremos focar em uma acepção ampla com intuito de estabelecer diálogo entre os Professores Luís Alberto Barroso e Lênio Streck, pois ambos são atentos à importância do neoconstitucionalismo ao nosso Estado Democrático de Direito.

² “A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”. (BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Edição 851. Revista Jusnavegandi [on-line]. Teresina: UOL, 2005, novembro 2005. Disponível na internet:<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>).

Todavia, as ações das Constituições formais resultaram em grande descompasso com as transformações sociais, sobretudo com o advento do Estado Social. Nessa perspectiva, o Positivismo, nascido do Estado Liberal, gerou ruptura entre sociedade e Estado e, assim, a separação entre fato e norma³.

Não obstante, o declínio do Estado Liberal minou o modelo positivista de concepção constitucional, em razão de este sistema de juridicidade não responder ao caso concreto e às indagações do Direito justo. Assim, a teoria material da Constituição almeja que a Constituição-realidade e a Constituição-lei comuniquem-se, promovendo a adequação da autoridade e da força imperativa da lei sobre o constitucionalismo real.⁴

Nessa ordem de ideias, não podemos apenas observar a Constituição sob a ótica formal-positivista. Até porque vivemos em uma sociedade em que os processos de transformações são cada vez mais acelerados e o Direito não pode ficar em descompasso com as constantes mudanças em nossa sociedade, sob o contexto do formalismo, daí a importância da teoria material da Constituição, pois uma nova sociedade requer uma nova concepção de Direito e de Constituição.

A partir desse pensamento torna-se importante analisarmos a relação entre constituição, Estado e sociedade, uma vez que tal relação certamente irá influenciar na concepção de Constituição a ser adotada em dado momento histórico por determinada sociedade, bem como porque os institutos jurídicos deverão ser interpretados de acordo com os parâmetros de constitucionalidade fixados.

Verdadeiro Estado Constitucional é, portanto, o Estado Democrático de Direito, devendo ser conjugada a liberdade negativa do Estado do Direito, com a

³ “A Constituição do positivismo é, em primeiro lugar, conceito formal, mais hermética que aberta em presença da realidade circunjacente. O positivista como intérprete da Constituição é conservador por excelência. Quem muda a Constituição é o legislador, ou seja, o constituinte, e não o intérprete. A aplicação do direito é operação lógica, ato de subsunção e não ato criador ou sequer aperfeiçoador”. (BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.172-173).

⁴ “Se as leis pouco valem *sine moribus*, sem estarem assentadas na realidade social e no direito histórico, isto também é verdade em se tratando da lei fundamental do Estado, mesmo na hipótese de um novo regime político a estruturar, quando importa ajustar instituições a um determinado meio, levando em conta os hábitos sociais, as tradições sociais e regionais, o caráter do povo, enfim todo o *background* psicosociológico, político e econômico. Nesta subestrutura se acha o que há de mais fundamental ou constitucional numa nação, a sua constituição social, o suporte da constituição política. Essa última não deve ser um produto concebido aprioristicamente ou fabricado como um artefato, pois não é obra de engenho mecânico mas de prudência legislativa, se o legislador prudente sabe auscultar os condicionamentos sociais”. (DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição - Do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p.17)

liberdade positiva do Estado Democrático. Nesse contexto, surgiu a concepção de constituição moderna.⁵

O Estado de Direito pode ser concebido por diferentes formas de expressão. Uma delas é o *Rules Law*, caracterizado pela preocupação com o processo justo; pela prevalência das leis e dos costumes perante a discricionariedade do poder real; e pelo sentido de acesso à justiça. Outro modo de expressão é a ideia de *always under law*, que vê a Constituição como esquema essencial do governo e dos direitos e liberdades dos cidadãos, vindo a ser justificado, então, todo ato governamental por razões de ordem pública, a fim de terem o consentimento popular. E, finalmente, o modo francês de ordem jurídica hierarquizada, *L'État legal*, que coloca a Declaração de 26 de agosto de 1789 em uma ordem supra-constitucional, encontrando-se a Constituição em um patamar inferior.⁶

Já o Estado democrático tem em sua base a soberania popular como fonte legitimadora de toda atividade estatal, portanto, o elemento democrático reclama a necessidade de legitimação do poder em duas ordens: legitimidade do direito - de direitos fundamentais e do processo de legislação - e a legitimidade da ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político.⁷

Outro aspecto importante a salientar é a ampliação do conceito material de Constituição em sede do Estado Democrático de Direito, haja vista que este modelo de constitucionalismo vai além da proteção dos direitos individuais e da divisão dos poderes, além de abranger também os direitos econômicos sociais.⁸

Eis que o positivismo jurídico, apesar de trazer operabilidade ao sistema jurídico, atualmente passa por uma análise crítica de seus pressupostos e características, tendo em vista que a sociedade cosmopolita e multicultural enseja maior dinamicidade dos institutos jurídicos e crescente fortalecimento do intercâmbio do Direito com as demais ciências, sobretudo as Ciências Sociais.

⁵ Por Constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado. (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999, p.48)

⁶ *Idem, ibidem*. p.54.

⁷ *Idem, ibidem*. p.55

⁸ DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição – Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 20

Há muito que a autossuficiência do Direito não mais prospera sobre o cotidiano do processo, em que “verdades” impostas são insuficientes para demonstrarem-se nas diferentes perspectivas trazidas pelas partes.

Avançou-se para os meandros da substância da ação e da omissão, questiona-se se cada ação ou omissão, individualmente imposta pelo sistema jurídico, encontra-se em harmonia com o sistema e, sobretudo, com os parâmetros de constitucionalidade.

Nesse sentido, o Neoconstitucionalismo demonstra a necessidade de readaptar os institutos processuais e a forma de compreender o processo, a fim de que os valores basilares trazidos pela Constituição de 1988 possam ter máxima aplicabilidade.⁹

O fenômeno de constitucionalização do direito permite que garantias e direitos fundamentais previstos em sede constitucional estejam intimamente relacionados com a aplicação das normas de direito, tendo em vista as nuances da cidadania, do devido processo constitucional e da compreensão do Direito para além de um sistema de leis, presente na dinâmica principiológica no Estado Democrático de Direito.

O estudo da argumentação na fundamentação das decisões judiciais serve como mecanismo de legitimidade adequado aos ditames pós-positivistas.¹⁰ Afinal, não basta o juiz simplesmente negar a lei em face do direito fundamental, mas lhe

⁹ “O neoconstitucionalismo exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, para ao final fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada, que também pode ser entendida como ‘conformação da lei’. Essa transformação da ciência jurídica, ao dar ao jurista uma tarefa de construção – e não mais de simples revelação – confere-lhe maior dignidade e responsabilidade, já que dele se espera uma atividade essencial para dar efetividade aos planos da Constituição, ou seja, aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade”. (MARINONI, Luis Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2008, p.48)

¹⁰ “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito”. (BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Edição 851. Revista Jusnavegandi [on-line]. Teresina: UOL, 2005, novembro 2005. Disponível na internet:<
<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>).

cabe demonstrar, mediante argumentação adequada e capaz de convencer, que a decisão legislativa viola, ou não, o direito fundamental¹¹.

A necessidade de argumentação como instrumento de legitimidade não obsta a efetivação do conteúdo dos direitos fundamentais, pois os direitos fundamentais sociais possuem dificuldades de efetivação¹². É no desenvolvimento da argumentação que se verifica se tarefa de subsunção foi realizada de acordo com dos ideais constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Logo, a finalidade precípua da norma jurídica é cumprir os valores constitucionais (culturais) consagrados na égide do Estado Democrático de Direito, como mecanismo de realização de justiça e de pacificação social, uma vez que o referencial cultural influencia a construção dos institutos jurídicos.

No intuito de ultrapassar o formalismo, o Direito preocupa-se agora em tornar-se instrumento de ética justamente pela aplicação da adequada interpretação à natureza do direito subjetivo em voga, bem como, pela compreensão dos princípios como concepções e valores que estão associados ao ambiente cultural do caso concreto.

Lênio Streck introduz em *Verdade e Consenso* (2009) que, em tempos de pós-positivismo, existe uma grande necessidade do direito compreender os mecanismos de interpretação e de aplicação, ou mesmo se existe uma resposta correta para a referida atividade hermenêutica¹³.

Torna-se o direito preponderantemente hermenêutico, uma vez que o Legislativo é incapaz de antever todas as formas de aplicação da norma; entretanto a tutela dos direitos fundamentais ganha destaque na seara legitimadora da atividade hermenêutica, não obstante se encontre prevista de forma extenuante no texto constitucional.

¹¹ “A lei, pois, perdeu seu posto de supremacia, passando a se subordinar à Constituição. De tudo isso, é natural a conclusão de que o juiz hodierno não mais se limita apenas a revelar a letra da lei. Ela, a lei, deve ser compreendida à luz dos princípios constitucionais, notadamente dos direitos fundamentais, circunstância que certamente autoriza o juiz a construir (criar) a norma jurídica concreta, vista não como o texto legal, mas decorrente do significado obtido de sua interpretação”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição do Estado Contemporâneo**. Estudos de direitos processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.66).

¹² “Ao se dizer que a lei encontra limite e contorno nos princípios constitucionais, admite-se que ela deixa de ter apenas uma legitimação formal, ficando amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição. A lei não vale mais por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais”. (MARINONI, Luis Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2010, p.46)

¹³ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 01.

Ora, o Estado Democrático de Direito nos meandros do Neoconstitucionalismo clama pela concretização de direitos, uma vez que se torna o direito instrumento de transformação social por meio da atividade judicial contra-majoritária.

Nessa dinâmica interpretativa, surge o duelo entre o modelo procedimental, que pretende justificar o discurso, ou o modelo substancialista, que almeja a compreensão do texto. Trabalharemos nesta dissertação a perspectiva preponderantemente substancialista de Ronald Dworkin, mas refletindo sobre esse modelo teórico mediante nossa realidade constitucional e estrutural, tendo em vista que Dworkin não pretendeu criar uma teoria universal, mas sim em conformidade com seus parâmetros de realidade.

É certo, portanto, que a reaproximação do direito e da moral alterou os parâmetros de legitimação para as condições interpretativas que visam efetivar os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, mediante árdua tarefa de buscar o sentido do texto normativo, descartando qualquer discurso positivista que limite a atividade judicial pela justificativa do medo ao decisionismo ou da discricionariedade¹⁴.

A partir da Constituição de 1988 e da implementação do Estado Democrático de Direito, inaugurou-se uma crise paradigmática sobre o modelo de Direito adotado em nosso sistema jurídico, o que perpassa questionamento sobre interpretações extremamente formalistas, bem como, críticas ao subjetivismo. É certo, entretanto, que a forma de conceber o direito traz reflexos na forma de interpretar a Constituição, uma vez que a visão positivista afasta a teoria material da Constituição e a perspectiva principiológica constitucional, o que resulta na perda da força de constitucionalidade em nosso sistema jurídico.¹⁵

¹⁴“Em face disso, no presente livro procuro abordar toda a problemática exposta à luz da hermenêutica da faticidade, retrabalhada a partir do que denomino Crítica Hermenêutica de Direito (Nova Crítica do Direito), recolocando a discussão do enfrentamento do positivismo e da indeterminabilidade do direito no contexto não da simples dicotomia texto e norma, mas, sim a partir da filosófica diferença – que é ontológica – entre texto e sentido do texto (aqui denominado de “norma”, que é o texto em forma de enunciados em que o conteúdo veritativo não é nada mais do que a dimensão predicativa, isto é, aquilo que diz sobre o texto) abrindo espaço para a construção de respostas adequadas hermeneuticamente à Constituição, insistindo na perspectiva de verdades conteudísticas entendidas a partir da perspectiva fenomenológica, isto é, de que esta se afere com correção que tem por base um texto constitucional que resgata o ideal de vida boa, que também pode ser compreendido, aqui, como no mundo prático que fora deixada de fora do mundo das regras do positivismo”. (STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p14.)

¹⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.191-192.

Alerta Lênio Streck, que a superação do modelo de regras enseja profunda alteração no direito, uma vez que os princípios da Constituição proporcionam maior conexão com o mundo prático, o que não significa a implementação do casuismo interpretativo.¹⁶

Nessa ordem, a integridade na teoria argumentativa proposta por Ronald Dworkin, que iremos adotar, ao atuar tanto no âmbito legislativo, quanto no jurisdicional, imputa coerência e adequação à interpretação. Conforme verificaremos na gama de possibilidades interpretativas, deve prevalecer a interpretação, que se torne a correta para o caso, mediante análise do romance em cadeia e da moralidade política. Conceitos que veremos com maiores detalhes, a seguir.

Além do mais, Streck evidencia que a cisão entre casos difíceis e casos fáceis não se adequa à interpretação substancial, tendo em vista vir a prejudicar o sentido do texto por restringir as condições de interpretação. Afinal, os casos tornam-se fáceis ou difíceis de acordo com o referencial interpretativo, não sendo a divisão estanque e notória.¹⁷

Assim, Dworkin não se utiliza dessa classificação para estabelecer cisão entre discurso e aplicação, até porque tal divisão não ocorre apenas para fins didáticos, e sim, para a partir dela potencializar a compreensão do uso dos princípios e promover a coerência do sistema jurídico¹⁸.

O Estado Liberal-individualista está assentado em um modelo de regras, enquanto o Estado Democrático de Direito e o Neoconstitucionalismo estruturam-se a partir de uma interpretação pautada em princípios. Poderíamos questionar: o que isso interfere na classificação dos casos fáceis e dos casos difíceis na perspectiva hermenêutica? Nos casos fáceis, a regra apenas encobre o princípio instituidor que fornece sentido à regra, e se ocorrer a insuficiência de tal objetivação pela interpretação da regra, surge a necessidade de utilizar o princípio.¹⁹ Enquanto nos

¹⁶ *Idem, ibidem.* p.226.

¹⁷ “Ocorre que, desse modo, deixou-se de lado a dupla estrutura da linguagem, confundindo-se com a cisão entre casos fáceis e difíceis, em que os primeiros seriam produtos de “meras” deduções (subsunções, enquanto os segundos exigiriam a construção de uma racionalidade discursiva que assegurasse condições para uma universalização do processo de atribuição de sentido”. (*Idem, ibidem.* p.245).

¹⁸ *Idem, ibidem.* p.248

¹⁹ “Distinguir regra e princípio não pode significar que as regras sejam uma espécie de renegação do passado – e de seus fracassos – e nem que os princípios traduzam o ideal da “boa forma”. Regra e princípio são textos, d’onde – de modos distintos – se extraem normas. Regras (se se quiser, preceitos) produzidas democraticamente podem/devem, igualmente, traduzir a institucionalização da moral no direito. A distinção regra-princípio não pode significar, assim, maior ou menor grau de

casos difíceis, não existe ingerência direta da regra na atividade interpretativa, é a aplicação do princípio ao caso concreto a tarefa do intérprete.

Lênio Streck alerta para a importância de compreender a relação entre regra e princípio, proposta por Ronald Dworkin, como instrumento de superação da discricionariedade positivista, para ele inexistente qualquer cisão entre tais normas, tendo em vista que tal relação permite melhor aplicação do direito. O diálogo entre regra e princípio é primordial, a fim de o intérprete alcance o escopo de encontrar a resposta correta.

Portanto, para Streck (2009), a resposta correta proposta pelo modelo de Estado Democrático de Direito é necessariamente adequar a interpretação à essência constitucional e conferir à Constituição plena eficácia. Desse modo, todo ato interpretativo torna-se ato de jurisdição constitucional. É o sentido verdadeiro construído pelo processo de compreensão hermenêutica em plena movimentação histórica (passado e futuro).²⁰

Nessa dinâmica, os conceitos trabalhados pelo intérprete devem estar de acordo com as tradições, com a compreensão dos seus pré-juízos e com a promoção da reconstrução do Direito pela verificação do modo em que um caso similar fora decidido; em nada deve estar pautada pela opinião pessoal do intérprete.

Em busca da resposta certa²¹, Dworkin combate o convencionalismo (interpretação pautada apenas no passado) e pragmatismo (interpretação construídas em pretensões futuras) e cria o juiz Hércules como modelo metafórico capaz de demonstrar a resposta correta. Para além da discussão sobre se o juiz descobre (jusnaturalismo) ou inventa (positivismo) o Direito, Dworkin defende o direito como integridade, sendo a integridade valor importante ao sistema jurídico juntamente com a justiça, a equidade e o devido processo legal.²²

subjetividade. Isso é equivocado e proporciona mal entendidos. Se assim o fosse, os princípios não representariam uma ruptura com o mundo de regras. Mas regras não são “boas” nem “más”; carregam, inegavelmente, um capital simbólico que denuncia um modelo de direito que fracassou: o modelo-formal burguês, com suas derivações que cresceram à sobra do positivismo jurídico. E isso não pode ser olvidado”. (STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.254).

²⁰ *Idem, ibidem*. p. 264.

²¹ “Na medida em que o caso concreto é irrepetível, a resposta é, simplesmente, uma (correta ou não) para aquele caso. A única resposta acarretaria uma totalidade, em que aquilo que sempre fica de fora de nossa compreensão seria eliminado. O que sobra, o não dito, o ainda não-compreendido, é o que pode gerar, na próxima resposta a um caso idêntico, uma resposta diferente da anterior. Portanto, não será a única resposta, sim a resposta”. (*Idem, ibidem*. p. 313)

²² “É por isso que a dificuldade na tradução apofântica da integridade se deve ao fato de que o fenômeno chamado por Dworkin de integridade é um fundamento não-metafísico, portanto para

Lênio Streck defende que a ideia de Direito como prática social contida na teoria da integridade de Ronald Dworkin é compatível com a “civil law”, uma vez que a integridade transcende a análise de precedentes norteamericanos. Entretanto, nossa realidade enseja algumas adaptações à teoria da integridade, uma delas é a previsão do intérprete buscar normas fora do Direito Positivo, quando o modelo de regras se encontrar insuficiente, bem como, a existência de princípios instituidores previstos expressamente e de forma extensa em nossa Constituição Federal.²³

1.2 A TEORIA ARGUMENTATIVA DA INTEGRIDADE DO DIREITO E A BUSCA DA MELHOR INTERPRETAÇÃO

A atividade interpretativa é promovida a partir da compreensão de várias sensações que reunimos de fatores internos ou externos da realidade, mediante interposição de relações individuais e de nossa vivência social e histórica²⁴.

Portanto, quando nos referirmos à interpretação no processo judicial, certamente cada agente processual trará sua percepção de realidade construída a partir da lide ou do fato jurídico em perspectiva individual, em consonância com a percepção histórica e em sociedade e, sobretudo, por meio dos propósitos contidos na conduta²⁵.

No momento histórico em que a sociedade contemporânea está inserida, marcado pela constante troca de informações (praticamente em tempo real nos grandes centros urbanos do mundo, por conta das redes sociais e do fenômeno da

longe de um “princípio epocal” (*inconcussum veritatis*). A integridade pode ser traduzida como um existencial, portanto. Eis, assim, a relação de Dworkin com o substancialismo [...] No fundo, a virtude não é ela, porque a rigor, não há nada entre o acontecer e o acontecido, mas sim o estar-aberto- a ela. O existencial seria, portanto, o que ele tenta explicar com a virtude da integridade, e não a integridade em si”. (STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.304)

²³ *Idem, ibidem*. p.305

²⁴ “Primeiro, interpretar quer dizer tentar entender algo – uma afirmação, um gesto, um texto, um poema ou uma pintura, por exemplo – de maneira particular e especial. Significa tentar descobrir os motivos ou as intenções do autor ao falar, representar, escrever ou pintar como o fez. [...] Em segundo lugar, a interpretação tenta mostrar o objeto da interpretação – o comportamento, o poema, a pintura ou o texto em questão – com exatidão, exatamente como ele é, e não como você sugere, visto através de uma lente cor-de-rosa ou em sua melhor luz”. (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.66).

²⁵ “Quero dizer que uma interpretação é por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado – uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura – como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra. Essa estrutura é necessária a uma interpretação mesmo quando o material a ser interpretado é uma prática social, mesmo quando não existe nenhum autor real cuja mente possa ser investigada”. (*Idem, ibidem*. p.71)

Globalização), vivenciamos um tempo em que as ideias e informações circulam cada vez mais aceleradas, ao passo que são introduzidas em nossas vidas alterando nossa maneira de interpretar os fatos, essa é a conhecida “correria” do mundo urbano contemporâneo.

Como veremos adiante, é a pré-compreensão²⁶ que justamente irá verificar a conformidade da consciência histórica com a maneira como são interpretados os signos, portanto, a consciência histórica precede a consciência hermenêutica, uma vez que o texto é lido como parte de um todo²⁷.

E mais, vale destacar que a própria compreensão parte de outro lugar: a pré-interpretação. Portanto, antes de compreender, nós pré-compreendemos. Assim, caminhamos da pré-compreensão para a compreensão.

Nesse sentido, é a pessoa o elemento principal do ato de interpretação. A presença e a condição do observador sempre modificam o resultado da interpretação sobre o fato.

Nessa ordem de ideias, a construção de um texto é confeccionada não apenas pela sua interpretação, antes, pela sua compreensão. Conceito este mais amplo e pretérito à interpretação, uma vez que o texto sempre é compreendido como parte de um contexto. Ademais, a própria compreensão parte de um outro lugar, a pré-compreensão. Logo, antes de compreender, nós pré-compreendemos.

Ressalta-se, portanto, que compreensão, interpretação e aplicação são indissociáveis, pois o intérprete, enquanto ser histórico, ao realizar sua tarefa está compreendendo, interpretando e aplicando simultaneamente. As distinções entre

²⁶ “Quem quer que tenha que resolver um problema, fá-lo a partir da hipótese que ele mesmo formula. No procedimento interpretativo, acontece alguma coisa semelhante, todavia mais complexa. Registram-se assunções originárias de sentido, ou seja, uma disposição inicial do intérprete a entender o texto de um certo modo: percebe-se o sentido que o texto nos deverá comunicar em um determinado horizonte de expectativa o qual influi no ato da interpretação e no seu resultado”. (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. Editora Renovar: São Paulo, 2007, p. 143.

²⁷ “Daí a importância da pré-compreensão, que passa à condição de condição de possibilidade nesse novo modo de olhar a hermenêutica jurídica. Nossos pré-juízos, que conformam a nossa pré-compreensão, não são jamais arbitrários. Pré-juízos não são inventados; eles nos orientam no emaranhado da tradição, que pode ser autêntica ou inautêntica. Mas isso não depende da discricionariedade do intérprete e tampouco de um ‘controle metodológico’. O intérprete não “domina” a tradição. Os sentidos que atribuirá ao texto não dependem de suas vontades, por mais que assim queiram os adeptos do (metafísico) esquema sujeito-objeto. O processo unitário da compreensão, pelo qual interpretar é aplicar (*applicatio*) - que desmitifica a tese de que primeiro conheço, depois interpreto e só então eu aplico - transforma-se em uma espécie de blindagem contra as arbitrariedades”. (STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p. 237)

compreensão, interpretação e aplicação são realizadas apenas para fins didáticos e para o melhor entendimento do fenômeno da hermenêutica construtivista²⁸.

Assim, escolhemos Ronald Dworkin e sua teoria argumentativa²⁹ da integridade para auxiliar em nossas reflexões sobre o fenômeno da hermenêutica, e tentar tornar mais claro o mecanismo de interpretação judicial, uma vez que estabelece uma teoria que aproxima conteúdo moral ao sistema de interpretação, o que restringe a gama de interpretação adequada, dentre as possíveis interpretações a serem conjecturadas, a apenas uma escolha correta de interpretação, tal como veremos adiante.

Nesse sentido, para Dworkin (2007), a hermenêutica jurídica irá nos auxiliar para um entendimento mais apurado dessa sistemática. E de pronto, destaca que a historicidade do objeto é elemento vital na interpretação, apesar de não poder voltar ao passado, interpreta-se de acordo com os casos que se tem como aplicar. E mais, mesmo ao ler um texto legal, é possível pensar no que aquilo se aplica, tendo em vista que é diante do caso concreto que um texto precisa ser aplicado, interpretado e compreendido.

A obra desse conceituado filósofo do direito norteamericano, parte do conceito de interpretação construtiva, que significa interpretar o mundo iniciando de si mesmo para depois movimentar a sociedade. Tal atividade interpretativa somente será possível na teoria dworkiana a partir da integridade do Direito como virtude política independente, ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal, na qual garante decisões judiciais sob a melhor luz do direito e em conformidade com o modelo de regras e princípios.

A interpretação construtivista³⁰ pauta-se na observância das decisões dos juízes em razão do peso e das consequências sociais e econômicas de suas decisões. A construção do raciocínio jurídico depende dos argumentos jurídicos apresentados.

²⁸ “Assim, nenhuma linha claramente delineada separa a doutrina da deliberação judicial, ou de qualquer outro aspecto da aplicação do direito”. (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.112)

²⁹ “Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições”. (*Idem, ibidem*. p.17).

³⁰ “Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”. (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.63-64).

Enfatiza Dworkin a importância de observar o Direito a partir das decisões dos tribunais e verificar como os atores do processo se comportam em relação ao entendimento do direito aplicado ao caso³¹. Nesse diapasão, é importante analisar as divergências nos processos judiciais.

Tais divergências ocorrem em três tipos de questões: questões de fato, quando os juízes divergem a respeito de fatos concretos e históricos envolvidos na controvérsia; questões de direito, nas quais advogados e juízes divergem quanto à lei que rege o caso e quanto às formas de verificação que devem ser usadas nos casos; e questões interligadas de moralidade, política e fidelidade, que referem-se a divergências quanto ao que acreditam ser certo ou errado na perspectiva da moral, e esse problema não suscita nenhum outro aparente quando se manifesta no Tribunal³².

As divergências de Direito são chamadas de proposições jurídicas³³ e podem ser: gerais, menos gerais ou específicas. Gerais, para abranger todas as pessoas de um determinado local; menos gerais, para referir-se à determinada situação ligada a um dos ramos do direito; e específica, quando se reportam a uma decisão sobre o caso concreto.

As proposições jurídicas podem ser verdadeiras ou falsas, razão pela qual o questionamento adequado está em saber quais são os fundamentos do Direito. Esses fundamentos são encontrados na legitimidade concedida pelo apoio à lei por parte dos legisladores.

³¹ “Uma vez que é importante, como se vê nesses diferentes casos, o modo como os juízes decidem as causas, também é importante saber o que eles pensam sobre o que é direito, e, quando divergem sobre esse assunto, o tipo de divergência que estão tendo também importa”. (*Idem, ibidem*. p.05)

³² “Os processos judiciais sempre suscitam, pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões: questões de fato, questões de direito e as questões interligadas de moralidade política e fidelidade. [...] A primeira dessas questões, a questão de fato, parece bastante direta. Se os juízes divergem quanto aos fatos concretos e históricos envolvidos na controvérsia, sabemos sobre o que estão divergindo e que tipo de evidência decidiria a questão caso ela estivesse disponível. A terceira questão, da moralidade e fidelidade, é muito diferente, apesar de igualmente conhecida. As pessoas muitas vezes divergem quanto ao que é certo e errado em termos morais, e esse tipo de divergência não suscita nenhum problema especial quando se manifesta no tribunal. Quer dizer, porém, da segunda questão, a do direito? Advogados e juízes parecem divergir com muita frequência sobre a lei que rege um caso; parecem divergir, inclusive, quanto às formas de verificação a serem usadas”. (*Idem, ibidem*. p.05-06)

³³ “Chamemos de ‘proposições jurídicas’ todas as diversas afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhes permite, proíbe ou autoriza [...] Todos pensam que as proposições jurídicas são verdadeiras ou falsas (ou nem uma coisa nem outra) em virtude de outros tipos mais conhecidos de proposições, das quais as proposições jurídicas são parasitárias, como poderíamos dizer. Essas proposições mais conhecidas oferecem aquilo que chamarei de ‘fundamentos’ do direito”. (*Idem, ibidem*. p.06)

No que diz respeito às questões de direito, essas surgem a partir de divergências empíricas e divergências teóricas. O primeiro tipo de divergência, ocorre quando duas pessoas divergem no que concerne às palavras usadas na legislação e na construção do convencimento judicial; já o segundo tipo de divergência acontece quando não há consenso apenas com relação aos fundamentos da interpretação aplicada.³⁴

Ressalta-se que as teorias semânticas defendem que as questões de fato são as únicas que divergem sobre a validade em nosso sistema jurídico, e têm o positivismo jurídico como principal representante, não obstante não conseguem entrar em um consenso sobre que fatos são importantes para a construção da interpretação ao caso concreto.³⁵

Ademais, Dworkin evidencia na construção de sua teoria hermenêutica, que a verdadeira discordância entre operadores do Direito está nas questões de moralidade, política e fidelidade^{36 37}.

Por estar adstrito aos parâmetros legislativos, o magistrado pode, em casos que não existam precedentes ou legislação específica, criar uma nova norma e desse modo, preencher as lacunas onde o direito silencia, o que traz aperfeiçoamento ao sistema jurídico.

O autor atribui ao positivismo o caráter de teoria semântica, pois o pensamento positivista afasta-se de qualquer discussão sobre moral no direito, pautando-se apenas em debater se as proposições jurídicas são falsas ou

³⁴ “A divergência empírica sobre o direito quase nada tem de misteriosa. As pessoas podem divergir a propósito de quais palavras estão nos códigos da mesma maneira que divergem sobre quaisquer outras questões de fato. Mas as divergências teóricas no direito, a divergência quanto aos fundamentos do direito, é mais problemática”. (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.08).

³⁵ “Essas teorias positivistas, como são chamadas, sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato, aquele segundo o qual a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas. As teorias positivistas, contudo, diferem entre si sobre quais fatos históricos são cruciais, e duas versões têm sido particularmente importante na doutrina britânica”. (*Idem, ibidem*. p.41)

³⁶ “Políticos, editorialistas e cidadãos comuns discutem, às vezes acaloradamente, a questão de saber se os juízes dos grandes processos que atraem a atenção pública ‘descobrem’ ou ‘inventam’ o direito que anunciam, e se ‘inventar’ o direito é estadística ou tirania”. (*Idem, ibidem*.p.08).

³⁷ “Em outras palavras, o direito existe como simples fato, e o que o direito é não depende, de modo algum, daquilo que ele deveria ser. Por que, então, advogados e juízes às vezes parecem ter uma divergência teórica sobre o direito? Porque, quando eles parecem estar divergindo teoricamente sobre o que é o direito, estão na verdade divergindo sobre aquilo que ele deveria ser. Divergem, de fato, quanto às questões de moralidade e fidelidade, não de direito”. (*Idem, ibidem*. p.10-11).

verdadeiras. Mas as teorias positivistas diferem entre si quanto à escolha de quais fatores históricos são cruciais.³⁸

Outra observação realizada por ele refere-se ao ponto de vista interno do intérprete, uma vez que temos mais condições de descrever do que de interpretar, quando não se compartilha a cultura, pois somente quem a compartilha é capaz de apontar o sentido adequado.³⁹

No mais, o próprio conceito de Direito é um conceito interpretativo, pois qualquer concepção do Direito deve assentar-se sobre uma noção de interpretação.

Se por um lado o Direito é prática social argumentativa, o discurso só possui valor a partir da melhor compreensão dos seus significados⁴⁰. Eis que o agulhão semântico - distinção da compreensão de significados sobre o mesmo signo - afasta o melhor entendimento do argumento jurídico e do papel do direito na cultura. Assim, é primordial implementar critérios de reconhecimento do Direito.

Afinal, a construção da identidade nasce a partir de práticas sociais e culturais, sobretudo por intermédio da linguagem. Logo, o consenso mínimo sobre o uso das palavras restringe o risco do subjetivismo interpretativo.

Avançando um pouco mais nos pensamentos de Dworkin é importante evidenciarmos a sua descrição de três formas de interpretação: a interpretação da conversação (como aquela pela qual interpretamos o que a outra pessoa disse); a interpretação artística (como a interpretação dos poemas, peças, pinturas e outras obras e artes); e a interpretação científica (que ocorre após a coleta de dados por parte do cientista)⁴¹.

Agora, a interpretação construtiva constitui a mais importante contribuição de Dworkin. Esse conceito refere-se ao avanço da interpretação no caso concreto do

³⁸ “Eles divergiram sobre aquilo que torna uma proposição jurídica verdadeira, não somente na superfície, mas em sua essência também”. (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.52).

³⁹ “Este livro adota o ponto de vista interno, aquele do participante; tenta apreender a natureza argumentativa de nossa prática jurídica ao associar-se a essa prática e debruçar-se sobre as questões de acerto e verdade com as quais os participantes deparam” (*Idem, ibidem*. p.19).

⁴⁰ “Devem, todos, “falar a mesma língua” em ambos os sentidos da expressão. Mas essa semelhança de interesses e convicções só deve manter-se até um certo ponto: deve ser suficientemente densa para permitir a verdadeira divergência, mas não tão densa que a divergência não possa manifestar-se”. (*Idem, ibidem*.p.77)

⁴¹ “A forma de interpretação que estamos estudando - a interpretação de uma prática social - é semelhante à interpretação artística no seguinte sentido: ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação da conversação, ou fatos não criados pelas pessoas, como na interpretação científica. Vou concentrar-me nessa semelhança entre a interpretação artística e a interpretação de uma prática social; atribuirei a ambas a designação de formas de interpretação ‘criativa’”. (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.61).

juiz, observada a moral como valor político. Nesse modelo de interpretação, o Direito é interpretado de maneira integral e a resposta dessa interpretação é a melhor possível, visto que observa a intenção do intérprete⁴².

Na tentativa de reforçar sua tese de interpretação construtiva, Dworkin apresenta críticas aos seguintes parâmetros existentes, quais sejam: “interpretar” como sendo o ato de tentar descobrir os motivos ou as intenções do autor ao falar; e representar, escrever ou pintar, como sendo uma tentativa de conhecer “como” o autor fez sua obra. A interpretação tinha, no interior desses parâmetros vigentes, o intuito de mostrar seu objeto com exatidão.

Para Dworkin, a fim de recuperar a intenção do autor de uma obra, por exemplo, é preciso que existam critérios para o processo de interpretação, caso consideremos que o objetivo da interpretação é a descoberta do autor, isso deve ser consequência da aplicação à obra dos métodos da interpretação construtiva.

A interpretação de uma prática social deve ser avaliada a partir de dois pontos de vista: daquilo que pensam os praticantes da prática social e a partir do que significa aquela prática social para um observador externo.

Nesse contexto, o autor classifica as etapas de interpretação em: pré-interpretativa, em que são identificadas as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática; interpretativa, em que o intérprete se concentra em uma justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa; e pós-interpretativa, que se constitui em um ajuste da ideia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa.⁴³

⁴² “O ponto de vista de Hércules não exige tal estrutura. Ele não entende a ideia de propósito ou da intenção de uma lei não com uma combinação dos propósitos ou intenções de legisladores particulares, mas como resultado da integridade, de adotar uma atitude interpretativa com relação aos eventos políticos que incluem a aprovação da lei. Ele anota as declarações que os legisladores fizeram no processo de aprová-la, mas trata-as como eventos políticos importantes em si próprios, não evidência de qualquer estado de espírito por detrás delas”. (*Idem, ibidem*. p.380).

⁴³ “Precisamos começar a refinar a interpretação construtiva, transformando-a em um instrumento apropriado ao estudo do direito enquanto prática social. [...] Primeiro, deve haver uma etapa ‘pré-interpretativa’ na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática. [...] Coloque ‘pré-interpretativo’ entre aspas porque, mesmo nessa etapa, algum tipo de interpretação se faz necessário. As regras sociais não têm rótulos que as identifiquem. Mas é preciso haver um alto grau de consenso. [...] Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa ‘pré-interpretativa’. Isso vai consistir numa argumentação sobre a conveniência ou não de buscar uma prática com essa forma geral [...] Por último, deve haver uma etapa pós-interpretativa ou reformulada à qual ele ajuste sua ideia daquilo que a prática ‘realmente’ requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa”. (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.81-82)

No que diz respeito ao momento pós-interpretativo, o intérprete propõe a reforma da interpretação e revê os elementos à luz da justificativa, sendo que alguns elementos serão mantidos, outros serão mantidos com modificação e alguns serão retirados.

No que diz respeito à ideia de procedimentos na interpretação, é preciso elaborar hipóteses acerca de crenças e de convicções para que uma pessoa possa interpretar algo. A pessoa precisará definir as hipóteses válidas, escolher as justificativas que baseiam as práticas sociais e, por último, deverá analisar criticamente a prática social levantando alternativas de solução, se houver constatação de que é injustificada a situação da hierarquia social com o contexto histórico. Com a etapa de pós-interpretação, as convicções substanciais se submetem às de adequação, ocorre, então, a reformulação da prática social, se ela não for condizente historicamente.

Assim, o jurista deve apresentar a melhor interpretação, mediante um confronto entre as várias interpretações possíveis, atitude que contribui para o aperfeiçoamento da prática social e, por conseqüência, do Direito.

A melhor interpretação sempre irá depender dos pressupostos utilizados na pré-compreensão, ou seja, a melhor interpretação não existe em abstrato. Se algo é positivo dentro da pré-compreensão do intérprete, está de acordo com seus pontos de partida e com a teoria jurídica que ele comunga, logo para saber se uma proposição é melhor que outra, deve-se conhecer a pré-compreensão da qual o intérprete está partindo.

Juízes interpretam considerando os precedentes e podem, na interpretação, inserir aspectos de outras interpretações de sua época. Também consideram o âmbito da sociedade, o meio de um modo geral, assim como a linguagem comum que reflete e protege esse meio e exerce restrições práticas sobre o pensamento desses juízes.

E mais, os magistrados têm tradições políticas antagônicas, há muitas diferenças ideológicas entre eles e são justamente as diferenças entre os juízes que fortalecem ainda mais o Direito.

A visão de melhor interpretação de Dworkin combate o ceticismo interno⁴⁴, no qual todas as percepções e interpretações são válidas sobre determinado fato.

⁴⁴ “O ceticismo interior, portanto, apóia-se na solidez de uma atitude interpretativa geral para pôr em dúvida todas as possíveis interpretações de um objeto de interpretação específico. Pode-se ser

Assim, o ceticismo em relação a uma determinada interpretação ocorre por um erro filosófico que supõe que as interpretações podem estar certas ou erradas, verdadeiras ou falsas.

Antes disso, nos cabe diferenciar o ceticismo externo do ceticismo interno. O ceticismo externo pretende que algo seja verdadeiro ou falso de acordo com os fundamentos dos fenômenos naturais, ou seja, de acordo com uma base metafísica que transcenda a realidade. Já o ceticismo interno afirma que há vários pontos de vista válidos sobre determinado fato ou interpretação.

Nessa ordem de ideias, o ceticismo interno serve como teste da teoria da integridade, à medida que questiona a existência da melhor interpretação. Ela encontra vários adeptos na teoria da argumentação, que acreditam que a simples argumentação e apresentação de motivos são suficientes para tornar a interpretação legítima. Mas não é essa a proposta de Dworkin com a teoria da integridade.

Para ele, a justiça possui uma dimensão substantiva, ou seja, para uma ação ser justa, suas consequências também devem ser justas. Não cabendo, então, apenas um procedimento formal para caracterizar a ação como justa, tal como o ceticismo defende.

Se uma ação teve apenas um procedimento correto, mas dissociado de qualquer caráter substantivo, Dworkin atribui tal conduta à equidade. Logo, nem sempre uma instituição equitativa é justa.

A teoria da integridade proposta por Ronald Dworkin visa harmonizar a equidade e a justiça. Não se encontra a integridade acima da justiça, tanto que em situações excepcionais deve-se utilizar a justiça ao invés da integridade.

Nessa perspectiva, decisões por procedimentos democráticos nem sempre são justas. Algumas vezes será o Poder Judiciário que irá tomar decisões justas, mesmo não estando embasado na regra de equidade da maioria.

Dworkin trata sobre as conciliações internas e a integridade, questiona por meio de exemplo situações que são conciliatórias, coloca em discussão a equidade e a justiça, de forma que aborda questões reais e coloca em conflito dois dos princípios políticos: a equidade e a justiça⁴⁵.

cético assim não apenas com relação a uma peça em particular, mas também, em termos mais genéricos, a propósito de um empreendimento". (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.97)

⁴⁵ "[...] se as soluções conciliatórias têm um defeito, este deve estar na característica que as distingue das outras, no fato de tratarem as pessoas diferentemente quando nenhum princípio pode justificar

Assim, uma lei conciliatória é aquela que permite uma acomodação de interesses, um acordo onde há ganhos, mas também perdas. Para a justiça e para a equidade isso seria impensável, são soluções conciliatórias quando *a priori* dois princípios estão em conflito, mas busca-se estabelecer o compromisso de integridade entre eles, que não é fundado em uma mera dinâmica de ponderação com outro princípio ou entre os princípios.

Nesse diapasão, as leis conciliatórias geram violações ao ideal de integridade, uma vez que a obrigação política não pode ser vista como uma questão de obediência, mas sim como uma ideia impregnada da noção de fidelidade a um sistema de princípios em que cada cidadão tem responsabilidade de identificar para si mesmo, em última instância, como sistema da comunidade à qual pertence.

No entanto a teoria da integridade acredita que essa solução é equivocada, até porque é difícil em nossa atual sociedade não encontrarmos argumentos com base em direitos fundamentais, ou seja, colocam-se em contraposição dois argumentos sobre direitos fundamentais.

A integridade significa coerência de princípios. A coerência que a integridade prega reflete que todos os princípios orgânicos devem ser coerentes entre si, garantindo igualdade de tratamento por parte dos julgadores intérpretes.

Trata-se de um princípio para lidar com outros princípios. Podemos desenvolver a equidade sem a justiça, mas não podemos desenvolver argumentos de integridade sem envolver outros princípios, pois a sua finalidade é lidar com outros princípios existentes no sistema jurídico.

Na visão de Dworkin, princípios são exigências de moralidade, parâmetros, *standard*, elementos do sistema jurídico que têm conteúdo moral⁴⁶.

O direito como integridade apresenta as proposições jurídicas como verdadeiras se elas constam ou se derivam dos princípios de justiça, de equidade e devido processo legal material que oferece a melhor interpretação construtiva para uma prática jurídica da comunidade⁴⁷.

a distinção". (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 219)

⁴⁶ "Hércules elabora uma interpretação com base em princípios comparativos mas contraditórios, ou seja, a partir de princípios que podem conviver em uma teoria moral ou política geral ainda que às vezes possam tomar rumos diferentes". (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.289)

⁴⁷ "Em política, a equidade é uma questão de encontrar os procedimentos políticos – métodos para eleger dirigentes e tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado – que distribuem o poder político da maneira adequada [...] A justiça, pelo contrário, se preocupa com decisões que as instituições

Ademais, se os princípios estão presentes, seja fácil ou difícil o caso, as regras passam a ser muito importantes, pois se le as regras com base nos princípios.

A proposição jurídica em si não é falsa ou verdadeira, pois não é fundada em critérios formais. O fundamento são os princípios que sempre possuem aspecto moral. Logo, isso vale para qualquer proposição jurídica e, portanto, sempre as regras seguem os princípios.

Outrossim, Dworkin analisa se a imprecisão ou abertura do texto de linguagem jurídica pode tornar impossível a verificação se a proposição jurídica é verdadeira ou falsa, uma vez que é comum o pensamento entre os juristas de que a imprecisão na linguagem impede a existência de respostas corretas para determinadas perguntas jurídicas⁴⁸.

Não obstante, Dworkin refuta tal pensamento e realiza distinção entre os fatos e as consequências da imprecisão na linguagem jurídica. Quando uma lei é aprovada pelo legislador, o efeito dessa lei sobre o Direito é determinado exclusivamente pelo significado das palavras que usou, de modo que, se as palavras são imprecisas, deve decorrer daí o impacto da lei sobre o Direito pela atividade interpretativa. O que não é correto afirmar, pois os critérios utilizados por um jurista para estabelecer o impacto de uma lei sobre o Direito podem incluir um conjunto de regras de interpretação ou explicação legal que determinam que força deve ser considerada que uma palavra imprecisa tem em uma ocasião particular.

Portanto, a imprecisão consagrada da linguagem jurídica não produz necessariamente a indeterminação nas proposições de Direito, embora o uso de uma linguagem precisa reduza bastante as indeterminações nas proposições de Direito.

políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas, com equidade. Se aceitamos a justiça como virtude política, queremos que nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável. O devido processo legal adjetivo diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos; se o aceitarmos como virtude, queremos que os tribunais e instituições análogas usem procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violação como devem ser tratadas as pessoas em tal situação". (*Idem, ibidem*. p.200-201)

⁴⁸ "Hércules considerará uma lei problemática devido à ambiguidade, imprecisão ou abstração de alguma palavra apenas se houver, pelo menos, uma dúvida sobre se a lei representaria um melhor desempenho da função legislativa se interpretada de um modo e não de outro. Quando não houver dúvida, a lei é clara, não porque Hércules tenha alguma forma, fora de seu método geral, de distinguir entre os usos claro e obscuro de uma palavra, mas porque o método que ele sempre utiliza é de tão fácil aplicação que se aplica por si próprio". (*Idem, ibidem*. p.422)

Dworkin apresenta três concepções do direito, que resultam em interpretar a partir de diferentes perspectivas as seguintes práticas sociais: convencionalismo, pragmatismo e integridade.⁴⁹

Para o convencionalismo, o Direito está preso às convenções jurídicas, sobretudo às leis e aos precedentes submetidos por procedimento especificado no intuito de se transformar nessas convenções. Entretanto, são passíveis de críticas por Dworkin, pois não atentam à coerência de princípios, encontrando-se excessivamente restritos ao passado que pode ter perdido sua razão de ser, ou mesmo já tendo seu conteúdo esvaziado, tornando-se mera praxe sem finalidade.⁵⁰

Em contrapartida, o pragmatismo⁵¹ nega a influência das decisões políticas do passado sobre a atitude coercitiva do Estado-juiz, apesar de, na maioria das vezes, adotar a estratégia do “como se” as decisões atuais fossem declaradas por juízes em decisões anteriores, não se preocupando verdadeiramente com o fundamento da decisão judicial. Assim, a interpretação pragmática defende que as decisões judiciais devam-se pautar na justiça ou em qualquer outra virtude contemporânea, posicionando-se contra a pré-existência de direitos previstos em lei, caso prejudiquem a comunidade na atualidade. Segundo Dworkin, o pragmatismo jurídico

⁴⁹ “Chamarei essas três concepções de ‘convencionalismo’, ‘pragmatismo jurídico’ e o ‘direito como integridade’. Sustentarei que a primeira delas, ainda que a princípio pareça refletir o entendimento que tem do direito o cidadão comum, é mais vulnerável; que a segunda é a mais poderosa, e só pode ser vencida quando nossa esfera de debates se amplie para incluir também a filosofia política; e que a terceira é a melhor interpretação daquilo que fazem – e de grande porte do que dizem – advogados, professores de direito e juízes (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.118.)

⁵⁰ “Mas o convencionalismo difere do direito como integridade exatamente porque o primeiro rejeita a coerência de princípio como uma fonte de direitos. O segundo a aceita: o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Isso é negado pelo convencionalismo: um juiz convencionalista não tem razões para reconhecer a coerência de princípio como virtude judicial, ou para examinar minuciosamente leis ambíguas ou precedentes inexatos para tentar alcançá-la”. (*Idem, ibidem*. p.164)

⁵¹ “O pragmatismo é uma concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas. Não rejeita a moral, nem mesmo as pretensões morais e políticas. Afirma que, para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura, e ainda que alguns juristas pragmáticos pudessem pensar que isso significa uma comunidade mais rica, mais feliz ou mais poderosa, outros escolheriam uma comunidade com menos injustiças, com uma melhor tradição cultural e com aquilo que chamamos de alta qualidade de vida”. (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.195)

também se afasta da coerência de princípios, uma vez que os juízes são desobrigados a cumprir a ordem legal ou os precedentes.⁵²

A integridade é a proposta de Dworkin como concepção do direito. Não é uma visão universalista de direito, leva em consideração, sobretudo, a moralidade política (qual seja), critérios morais que regulam a relação do Estado e seus cidadãos. Portanto, quanto mais protetor dos direitos humanos for o Estado, mais próximo estará da moralidade política.

Além do mais, a consistência de princípio exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos sejam coerentes, no sentido de expressarem uma visão única e abrangente de justiça. O importante é saber que para o reconhecimento do Direito deve ter um princípio que justifique.

No campo do Direito, o foco é a figura do juiz, o principal responsável em manter a integridade no Direito. Os inúmeros conflitos em uma sociedade pluralista e democrática chegam muito mais ao Judiciário do que no Legislativo.

A partir do conceito de romance em cadeia⁵³, Dworkin acredita que um juiz que segue a abordagem da integridade tem o dever de: compreender que um romance é feito por vários autores, cada autor deve conhecer o que foi escrito antes dele, interpretar e não apenas deve repetir o anterior, mas deve saber como a história continuará a ser escrita de maneira que valha a pena ser escrita e contada.

Na hermenêutica jurídica, é possível identificar a importância da historicidade como elemento de construção interpretativa, uma vez que, na aplicação da norma jurídica, jamais começamos do “zero”, sempre existem os elementos da pré-estrutura e da pré-compreensão para limitar a atividade interpretativa.

Ao mesmo tempo, o juiz é autor e crítico dessa história, tem a responsabilidade de escrever uma parte dela, mas para que possa fazer bem, deve

⁵² “O pragmático dará ao passado toda atenção exigida por uma boa estratégia. Ele aceita os direitos ‘como se’ com esse espírito, e por razões de estratégia tomará basicamente as mesmas decisões que um convencionalista tomaria quando as leis são claras ou os precedentes bem definidos e decisivos. Rejeitará aquilo que um convencionalista aceita como direito apenas em casos especiais, quando uma lei for velha e ultrapassada, por exemplo, ou quando um conjunto de precedentes for considerado injusto ou ineficiente, e é difícil ver o que então se perde em termos de valor. Ele rejeita, é verdade, a própria ideia de coerência de princípio como algo importante em si mesmo”. (*Idem, ibidem*.p.197)

⁵³ “[...] um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade”. (*Idem, ibidem*. p.276)

ser suficiente a reflexão crítica. Alguns elementos não podem passar despercebidos, pois personagens já existem e possuem características específicas.

Para não haver contradições no processo de interpretação construtiva, Dworkin sugere que a integridade passe por dois testes: de adequação e de justificativa.

Nesse sentido, quando é desenvolvido o raciocínio de integridade, também é desenvolvido o raciocínio de adequação e de justificativa. O autor do romance em cadeia tem que dar sequência à história, mas precisa analisá-la criticamente, isto é, saber se está sendo bem ou mal encaminhada, o que faz utilizando o teste da adequação que olha pra trás e o teste da justificativa, que olha para o presente e para o futuro.⁵⁴

Nessa ordem, a estrutura criada por Dworkin apresenta duas dimensões: a primeira é a dimensão da adequação em que, no caso concreto, deve ser verificada a doutrina, os precedentes e as regras existentes adequadas ao caso; a segunda dimensão é a da escolha, na qual existe mais de uma solução jurídica para o caso e o juiz deve escolher a que melhor se ajuste a ele, depois de considerados todos os aspectos da questão.

Portanto, o primeiro teste da integridade é o ajuste, que busca dar sentido coerente à história em que somos chamados a colaborar criativamente. O segundo teste é o da justificativa, no qual, verifica-se que um argumento sempre condiciona outro argumento. Assim, uma interpretação que não se ajusta a outra, dificilmente irá sobreviver até o final do raciocínio.

A interpretação do Direito representa para cada intérprete um delicado equilíbrio entre convicções políticas e outras convicções. Para exercer essa interpretação, o autor cria um juiz imaginário, sobre-humano, que aceita o direito como integridade, é o chamado juiz Hércules.⁵⁵

⁵⁴ “O direito como integridade, portanto, começa no presente e só volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado”. (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.274)

⁵⁵ “Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade. Vamos chamá-lo de Hércules”. (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.287).

Sob o prisma da integridade, a interpretação do direito destina-se a buscar a melhor resposta possível, sempre respeitando o conteúdo das decisões anteriores na maneira em que foram tomadas, bem como identificando as autoridades e as circunstâncias⁵⁶.

Na avaliação da atuação de Hércules, é possível realizar duas objeções: a subjetividade⁵⁷ e o absurdo de admitir que exista uma única interpretação correta sobre os casos de dano moral. Dworkin nos ensina que as decisões dos juízes que obedecem aos princípios, como: justiça, equidade e o devido processo legal não são decisões subjetivas⁵⁸. E no caso do dano moral, existe a melhor resposta possível como consequência da construção interpretativa naquele momento.

O convencimento judicial é a tarefa interpretativa em que o magistrado com suas pré-compreensões e compreensões interpreta e aplica o direito, decidindo demanda trazida ao Poder Judiciário. Assim, a decisão judicial ultrapassa o seu dever de aplicar a lei ao caso concreto, sendo atividade de interpretação, que reflete a concepção de Direito que o juiz possui.

Na perspectiva dos precedentes judiciais norte-americanos, Ronald Dworkin analisa a melhor postura dos juízes na interpretação da Constituição e realiza os contornos de diálogo com os Poderes Legislativo e Executivo na seara democrática e na efetivação dos princípios e dos direitos fundamentais.⁵⁹

⁵⁶ “Uma interpretação tem por finalidade mostrar o que é interpretado em sua melhor luz possível, e uma interpretação de qualquer parte de nosso direito deve, portanto, levar em consideração não somente a substância das decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas: por quais autoridades e em que circunstâncias”. (*Idem, ibidem*. p.292)

⁵⁷ “Não há um Hércules no modelo da hermenêutica aqui trabalhado (não podemos esquecer que o Hércules de Dworkin instala-se na teoria do direito para demonstrar que a discricionariedade é antidemocrática e que, ao rejeitar qualquer posição pessoal do juiz e colocar ênfase na sua responsabilidade política, superou o esquema sujeito-objeto). Na hermenêutica, o círculo hermenêutico “atravessa” a compreensão antes que o sujeito pense eu se assenhora da interpretação e dos sentidos. Por isso, a resposta correta que sempre pode e deve ser encontrada não reside no juiz/intérprete enquanto sujeito do “esquema sujeito-objeto”, mas sim, no juiz/intérprete da relação de compreensão baseada na intersubjetividade (sujeito-sujeito). Assim, o ponto fulcral não é quem dá a resposta correta, mas como esta se dá”. (STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.338).

⁵⁸ “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que o apliquem nos novos casos que se apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios”. (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. *Op.cit.*, p.291)

⁵⁹ “Começamos com um relato desalentador sobre a situação do debate popular sobre o modo como os juízes devem decidir seus casos. Nos Estados Unidos, o debate é mais acalorado e mais confuso quando os juízes em questão pertencem à Suprema Corte, e os casos em pauta são eventos constitucionais que questionam o Congresso, algum estado ou o presidente têm o poder

Nesse sentido, ele se preocupa, inicialmente, com o modo dos juízes decidirem seus casos. Assim, analisa quais os limites de atuação da jurisdição constitucional e da atuação do Congresso e do Poder Executivo.

Em seu texto, o autor traz o debate popular sobre o modo que os juízes, notadamente, os ministros da Suprema Corte devem decidir, bem como sobre a maneira de realizar a interpretação da Constituição na atual teoria constitucional dos Estados Unidos e os limites da jurisdição constitucional.

Assim, o autor realiza inúmeros questionamentos no intuito de verificar o conteúdo constitucional, traçar a máxima efetividade dos princípios constitucionais e vislumbrar parâmetros de atuação legítima mais capaz de concretizar a Constituição por meio de um juízo interpretativo adequado, vislumbrando a conduta dos fundadores da Constituição, das instituições majoritárias e da atuação judicial.

Descartando que a atuação do Legislativo⁶⁰ possa suprir todas as nuances do sentido democrático constitucional, notadamente da preservação dos interesses das minorias e da compreensão do direito como integridade, bem como, que seja capaz de atualizar no sentido constitucional as constantes mudanças sociais, idealiza a figura do Juiz Hércules, como magistrado paradigmático capaz de realizar a atividade jurisdicional em sua complexidade e plenitude no âmbito de aplicação dos princípios constitucionais.

Há distinção entre juízes que obedecem à Constituição, denominados conservadores, e os que tentam reformá-la, segundo seu próprio juízo, chamados de liberais. Ronald Dworkin esclarece que os juízes são incentivados a serem conservadores, entretanto tal divisão não considera o caráter interpretativo do direito. Em verdade, nos dois casos não há interpretação da Constituição, e sim, cada um interpreta com base em suas convicções e entende que a outra postura judicial fere o verdadeiro significado constitucional.⁶¹

legal de fazer algo que um ou outro tentou fazer”. (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.423)

⁶⁰ “Os legisladores que foram eleitos, e precisam ser reeleitos, por uma maioria política tendem mais a tomar partido de tal minoria em qualquer discussão séria sobre os direitos de uma minoria contrária; se se opuserem com excessiva firmeza aos desejos da maioria, está irremediavelmente substituídos por aqueles que não se opõem. Por esse motivo, os legisladores parecem menos inclinados a tomar decisões bem fundadas sobre os direitos das minorias do que as autoridades que são menos vulneráveis nesse sentido. Disso não decorre que os juízes, à margem da censura da maioria, sejam as pessoas ideais para decidir sobre esses direitos”. (*Idem, ibidem*. p.449)

⁶¹ “A imaginação popular situa os juízes em campos opostos de acordo com as respostas que pressupõe que dariam a perguntas desse tipo. Considera alguns juízes “liberais” e outros “conservadores”, e em geral parece preferir estes últimos. A base dessa distinção, contudo, é de

O autor realiza divisão das dimensões de interpretação, em compartimentos: primeira dimensão as convicções estritas (conservadores) e flexíveis (liberais) e segunda dimensão os conservadores podem se associar ao conservadorismo político, e será liberal se pode ser ligado às políticas liberais.

Note que as divisões não são exatas, tendo em vista que um juiz pode misturar as dimensões durante sua atuação, referindo-se em uma divisão mais útil, mas que o próprio Dworkin declara enganosa, entre juízes interpretativos e não interpretativos.

Não há parâmetro adequado para distinguir os juízes entre liberais e conservadores, nem mesmo o critério de distinção como juízes interpretativos e não interpretativos (alguns juízes acreditam que decisões constitucionais devem adotar apenas a Constituição como norte, por outro lado, os não interpretativos pautam-se em bases extra-constitucionais), tendo em vista que o próprio caráter filosófico acusa a essencialidade da atividade interpretativa do direito⁶². Nesse sentido, remete-nos à concepção de agulhão semântico aduzindo que não existe debate no direito sem discussão filosófica dos pressupostos do direito. Logo, a divergência entre os juízes ocorre no parâmetro analítico de buscar a melhor interpretação, ou seja, são divergências interpretativas.

Desse modo, Dworkin imputa serem historicistas os juízes interpretativistas, haja vista que eles adotam como critério de interpretação a Constituição referente aos princípios que exprimem as intenções históricas dos fundadores, ou seja, é a vontade dos fundadores da Constituição que serve como critério de interpretação da própria Constituição (*mens legis*).

Preliminarmente, Dworkin argumenta que o historicismo poderia ser compreendido como uma espécie rudimentar de intenção do locutor, em que as leis devem ser interpretadas segundo as intenções de seus autores. Assim, o critério

difícil definição [...] As pessoas dizem que os juízes conservadores obedecem à Constituição, ao passo que os liberais tentam reformá-la segundo suas próprias convicções. Reconhecemos a falácia contida em tal descrição. Ela ignora o caráter interpretativo do direito. Os juízes considerados liberais e os chamados conservadores estão de acordo quanto às palavras que formam a Constituição enquanto texto pré-interpretativo. Divergem sobre o que é a Constituição enquanto direito pós-interpretativo sobre as normas que mobiliza para avaliar os atos públicos". (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 428)

⁶² "A distinção entre juízes liberais e conservadores é, portanto, inexata e é improvável que contribua de maneira significativa para qualquer análise séria do julgamento da constitucionalidade. A erudição acadêmica explorou, recentemente, uma distinção diferente que divide os juízes em dois campos: o interpretativo e o não interpretativo. Esses rótulos são também extremamente enganosos". (*Idem, ibidem*. p. 431).

interpretativo adotado pelos historicistas é o espírito de vontade dos fundadores da Constituição.⁶³

No entanto, Dworkin critica a teoria da intenção legislativa, pois ela fica presa às convicções inaugurais do Constituinte Originário. Nesse raciocínio, o jusfilósofo norte-americano remete-se à busca de Hermes⁶⁴ na tentativa de identificar e reconciliar os conflitos dentro das convicções de cada legislador. Percebeu-se a dissonância dos motivos pelos quais cada legislador optou por votar a favor daquele referido dispositivo, assim optou por referendar-se no conjunto de convicções⁶⁵.

Assim, o historicista em algum momento iria perceber que a vontade do Poder Constituinte Originário é constituída de diferentes opiniões políticas para justificar seus votos. Desse modo, o historicista prende-se a uma convicção abstrata que no transcorrer do tempo pode transformar-se em materialmente inconstitucional, a exemplo da segregação que originariamente era considerada constitucional, todavia com a alteração dos anseios da sociedade, o sentido constitucional transformou a segregação em inconstitucional, advindo emenda constitucional para retificar a Constituição e a própria base interpretativa utilizada pela Suprema Corte.⁶⁶

Dworkin combate o pensamento historicista afirmando que a tarefa historicista requer identificar se cada legislador individualmente é fiel às suas convicções, tal como no caso da segregação em que foi analisada qual a concepção de igualdade que cada legislador possuía e, se no momento de voto, ele foi fiel a sua convicção.

⁶³ “Podemos utilizar o termo ‘historicista’ para nos referir ao que ela chama de interpretativista. Um historicista, dizemos agora, decidiu-se por um tipo de prestação jurisdicional em matéria constitucional que limita as interpretações aceitáveis da Constituição aos princípios que exprimem as intenções históricas dos fundadores”. (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 432)

⁶⁴ “Vou agora imaginar um novo juiz, Hermes, que é quase tão arguto quanto Hércules e igualmente tão paciente, e também aceita o direito como integridade assim como aceita a teoria da intenção do locutor na legislação. Acredita que a legislação é comunicação, que deve aplicar as leis descobrindo a vontade comunicativa dos legisladores”. (*Idem, ibidem*. p. 382)

⁶⁵ “Um historicista convicto de que a interpretação da Constituição deve coincidir com as intenções dos fundadores irá deparar com as mesmas dificuldades encontradas por Hermes, e, se for criterioso, acabará tendo o mesmo ponto de vista”. (*Idem, ibidem*. p. 433)

⁶⁶ “Assim, o problema interpretativo do historicista não está resolvido, mas tão-somente colocado, ao se observar que os fundadores não pensavam que sua cláusula condenava a segregação racial entre as escolas. Ele precisa ainda recuperar suas convicções mais abstratas perguntando-se que concepção de igualdade se deve entender que elas estabeleceram. Poderia tentar fazer isso para cada um dos fundadores, estudando seus escritos e declarações pertinentes, se algo assim existe, e seus votos em outras questões. Mais uma vez, porém, seria melhor que olhasse diretamente para a estrutura geral das emendas que criaram em conjunto após a Guerra Civil, vistas como parte do sistema constitucional mais geral que instituíram, e perguntar que princípios de igualdade são necessários para justificar tal estrutura”. (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 434-435).

Nosso estudioso diferencia o historicismo de outra prática constitucional denominada passivismo. A partir desse novo conceito, elucida que juízes passivistas pautam-se nas decisões de outros Poderes do Estado, não declarando inconstitucionais normas que o desagradem, o que geraria uma provável tirania dos juízes para a perspectiva passivista.⁶⁷

Nesse sentido, o passivismo acredita que a teoria democrática imputa às próprias pessoas o dever de decidir sobre o conteúdo material da Constituição, somente em último caso o Poder do Estado atuaria determinando o que a Constituição dispunha sobre aquele assunto, na medida em que coroa a eleição como o momento em que o povo pode modificar o Legislativo e, por consequência, a Constituição.

Nessa confluência de pensamentos, Dworkin descarta o historicismo e passivismo enquanto interpretação geral da prática constitucional norte-americana. E destaca que as constatações realizadas focam-se naquela realidade sobre constituição escrita com disposições abstratas aos direitos individuais, e da atuação de uma Suprema Corte constituída por ministros e demais peculiares, aduzindo ser possível existirem arranjos pertinentes à realização de outra nação e, até mesmo, melhor do ponto de vista da teoria ideal.

Nessa ordem de ideias, Hércules não é historicista, não é adepto do Direito natural, não considera a Constituição como frágil sistema da teoria de justiça e da equidade abstrata; não é passivista, rejeita a idéia rígida de que os juízes subordinam-se às autoridades eleitas; não é ativista, pois se recusa a substituir seu julgamento pelo do legislador quando a questão for eminentemente política e não de princípio.⁶⁸

⁶⁷ “É preciso distinguir o historicismo de uma teoria ainda mais influente da prática constitucional que chamarei de passivismo. Seus partidários distinguem entre os que chamam de abordagem ativa e passiva da Constituição. Os juízes ‘passivistas’, dizem eles, mostram grande deferência para com as decisões de outros poderes do Estado, o que é uma qualidade do estadista, enquanto os “ativos” declaram essas decisões inconstitucionais sempre que as desaprovam, o que é tirania”. (*Idem, ibidem*. p. 442).

⁶⁸ “Hércules não é historicista, tampouco tem o estilo aventureiro às vezes satirizado sob o epíteto de ‘direito natural’. Ele não acha que a Constituição é apenas o que de melhor produziria a teoria de justiça e da equidade abstratas à guisa de teoria ideal. É guiado, em vez disso por um senso de integridade constitucional [...] Ele não é passivista, pois rejeita a ideia rígida de que os juízes devem subordinar-se às autoridades eleitas, independentemente da parte do sistema constitucional em questão. [...] Ele também não é ativista. Vai recusar substituir seu julgamento por aquele do legislador quando acreditar que a questão em jogo é fundamentalmente política, e não de princípio, quando o argumento for sobre as melhores estratégias para satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de metas”. (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 474-475)

Hércules é guiado pelo senso de integridade constitucional e acredita que a Constituição norte-americana é a melhor interpretação possível da prática e do texto constitucional como um todo. Os argumentos de tal modelo de juiz ideal são voltados às convicções populares e à tradição nacional quando pertinentes à soberania nacional, bem como adota como principais escopos a proteção da democracia e dos indivíduos e de minorias contra a vontade da maioria. Portanto, o juiz ideal para Dworkin foge da classificação tradicional dos juízes.

Não é um tirano que almeja usurpar o poder do povo, transgredindo o poder democrático, ele intervém no processo de governo para declarar inconstitucional a lei ou outro ato de governo e o faz a serviço do seu julgamento mais consciencioso sobre o que é democracia e Constituição.

Em síntese, o autor acusa que o passivismo não atende aos anseios interpretativos, quando permite que os juízes devam impor sua vontade às maiorias políticas. No entanto, a interpretação deve pautar-se no que a Constituição é, enquanto direito fundamental, portanto, a interpretação constitucional deve ganhar contornos amplos, o que destoa do impedimento interpretativo passivista que não se preocupa em resguardar direitos dos indivíduos em detrimento das maiorias políticas.⁶⁹

Além do mais, a tese de Dworkin encara o direito como integridade, constituindo-se os argumentos jurídicos como opiniões interpretativas, que são aplicadas à prática política como processo em constante desenvolvimento constituindo o Direito de elementos de justiça, equidade e de integridade.

Ademais, o ativismo judicial pode impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige, permitindo que o julgamento englobe questões de moral política, justiça, equidade e demais virtudes políticas,

⁶⁹ “O passivismo parece, à primeira vista, uma teoria atraente sobre a medida em que os juízes devem impor sua vontade às maiorias políticas. Mas, quando tomamos o cuidado de desemaranhar os diferentes problemas que mistura, seus fundamentos intelectuais tornam-se invariavelmente mais frágeis. Deve ser ou conter uma teoria sobre o que a Constituição é enquanto direito fundamental, o que significa que deve ser uma interpretação da prática constitucional entendida em sentido amplo. O passivismo apenas precariamente se ajusta a essa prática, e só mostra em sua melhor perspectiva se admitirmos que, como questão de justiça, os indivíduos não têm direitos contra as maiorias políticas - o que é estranho à nossa cultura constitucional - ou que a equidade, definida de um modo especial que zomba da própria ideia de direitos constitucionais, é a virtude constitucional mais importante. Se rejeitarmos essas ideias nada atraentes, rejeitaremos o passivismo”. (*Idem, ibidem*.p. 451)

constituindo-se como julgamento mais apurado e minucioso, voltado ao caso concreto, não constituindo uma tirania⁷⁰.

Assim, a interpretação do juiz se fundamenta em suas próprias convicções sobre o sentido e nas práticas jurídicas e sociais. No entanto, a teoria da integridade, vem nos mostrar que existe limite nas interpretações dos juízes, bem como, que a verdade e a falsidade não dependem apenas da percepção argumentativa.

Entre o caminho de inúmeros fatores que auxiliam na construção do entendimento interpretativo, Dworkin busca combater o subjetivismo e garantir que existe uma melhor resposta ao caso concreto dentro dos sistemas de regras e princípios do direito, e respeitada a prioridade local das áreas do Direito⁷¹, exceto quando os limites desta prioridade local tornam o Direito arbitrário ou mecânico⁷².

Tal percurso não é o mais fácil, até porque no mundo prático, inúmeras dificuldades relativas ao tempo, ao espaço e ao entendimento nos afastam de Hércules. Não obstante, é imprescindível que tenhamos o comprometimento de coerência e de interpretação harmônica do sistema jurídico pela prática da hermenêutica.

Ora, se o Direito integra o fenômeno cultural, toda a complexa teia da diversidades culturais das múltiplas interpretações das relações entre significante e significado não obsta em acreditar que nem tudo é possível na atividade

⁷⁰ “O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la”. (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.452)

⁷¹ “Devo enfatizar particularmente uma característica da prática de Hércules que até o momento, não se mostrou com bastante clareza. Suas opiniões sobre a adequação se irradiam a partir do caso que tem diante de si em uma série de círculos concêntricos. Ele pergunta quais interpretações de sua lista inicial se ajustam aos casos de dano acidental à pessoa em termos gerais, e, em seguida, quais se ajustam aos prejuízos a interesses econômicos, e assim por diante, até entrar em áreas cada vez mais distante do caso [...] Esse procedimento confere uma espécie de prioridade local àquilo que poderíamos chamar “áreas” do direito. Se Hércules achar que nenhum dos dois princípios se mostra em contradição frontal com os casos de danos causados por acidentes em sua jurisdição, expandirá seu estudo de modo a incluir digamos, os casos contratuais, para ver qual desses princípios se ajusta melhor às decisões de contrato, se é que algum deles o faz. Do ponto de vista de Hércules, porém, se um princípio não se ajusta de modo algum ao direito sobre acidentes – se for contestado por quase todas as decisões na área que poderia tê-lo confirmado -, isso o desqualifica seriamente enquanto interpretação aceitável dessa área do direito, mesmo quando se ajusta perfeitamente a outras esferas legais”. (*Idem, ibidem*. p.300).

⁷² “Hércules, porém, não se mostrará tão disposto a acatar a prioridade local quando o resultado de sua prova não for bem sucedido, quando os limites tradicionais entre as áreas do direito se tornarem mecânicos e arbitrários”. (*Idem, ibidem*. p.302).

interpretativa naquilo que concerne às nuances do caso concreto, para além de um procedimento argumentativo.

1.3 NOSSA PROPOSTA

A proposta lançada almeja primeiramente contextualizar a escolha da teoria argumentativa da integridade de Ronald Dworkin como instrumento para investigar a concretização dos direitos fundamentais da personalidade nas decisões judiciais colegiadas do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

A partir desse objetivo, criamos conexões entre fenômenos que são importantíssimos para melhor compreensão dos direitos fundamentais nas relações privadas, área sobre a qual nos debruçamos nesta linha de pesquisa do programa de mestrado.

Assim, o fenômeno da constitucionalização do direito, em nosso caso do Direito Civil, trouxe a necessidade de adaptar diversos conceitos civilistas ao paradigma do Estado Democrático de Direito, inaugurado em nosso sistema jurídico pela Constituição Federal de 1988.

E mais ainda, o patrimônio deixou de ser o ponto central no Código Civil, tornando-se a pessoa humana o núcleo interpretativo também na área privada. Tal fenômeno demonstra a importância atual do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana nas relações privadas, bem como, o destaque do Direito da Personalidade nas relações privadas.

Analisar a relação entre a dignidade humana e dos direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito e as relações privadas será nosso alvo no próximo capítulo, em que nos habilitaremos a demonstrar que a democracia deve ser implementada também pela atividade jurisdicional, notadamente com sua necessidade de efetivar pretensões contra-majoritárias. Eis que se apresenta no Estado Democrático de Direito o juiz, intérprete, missionário da concretização do núcleo interpretativo civilista e a dignidade da pessoa humana, que emana para os demais direitos fundamentais.

Ganha destaque a teoria proposta por Dworkin, uma vez que reclama a reaproximação do Direito e da moral⁷³ por intermédio dos princípios, a fim de imputar

⁷³ Segundo Ronald Dworkin, a moral é critério utilizado pelo julgador no intuito de se chegar à verdade da proposição jurídica e, assim, atingir a correta aplicação do direito por meio de princípios

carga valorativa à ação interpretativa. A partir de situações metafóricas, Dworkin demonstra que, em nosso emaranhado semântico, em um mundo de diferentes perspectivas cognitivas, uma teoria argumentativa meramente procedimental é insuficiente diante da complexidade da atividade de compreensão, interpretação e aplicação do Direito.

Assim, utilizando-se de precedentes judiciais, investiga Dworkin as posturas dos juízes (convencionalista, pragmático ou construtivista) na aplicação do Direito a fim de alcançar mecanismos para melhor interpretar a lide. Portanto, as decisões judiciais merecem ser objeto de estudo para a compreensão do fenômeno jurídico, tal como pretendemos realizar.

Como importante teoria argumentativa, cremos que a adequação e a coerência promovidas por Hércules em suas decisões devem ser instrumentos de reflexão para o intérprete, uma vez que, mesmo em parâmetros de realidade, o juiz, ainda mais o brasileiro, não possui condições ideais de tempo e de infraestrutura para a promoção da construção interpretativa de um semideus. Todavia a apresentação do simples argumento não é suficiente para satisfazer os parâmetros do livre convencimento motivado em searas neoconstitucionalistas. O argumento não é posto, e sim, compreendido dentro das práticas sociais observadas pelo intérprete à perspectiva histórica e à projeção futura, tal como nos remete o romance em cadeia.

É missão do intérprete combater o subjetivismo, foi por intermédio da aplicação do Direito em conformidade com a compreensão histórica que o instituto do Direito foi sendo utilizado, bem como foi observado que a sua aplicação deste continuará a ser utilizada por outros intérpretes, o que permeia uma estabilidade interpretativa.

A estabilidade interpretativa fortalece o sentido de justiça, tendo em vista que casos idênticos serão processados e julgados de maneira similar e em compasso com a compreensão do fenômeno social, entretanto nuances relevantes entre demandas podem ocasionar diferenças interpretativas.

São as virtudes políticas conteúdo que se agrega a interpretação judicial, a fim de que a legitimidade democrática seja efetivada ao Estado-juiz.

que indicam como as pessoas devem tratar as outras pessoas. Portanto, a concepção de direito como integridade está diretamente envolvida com moral, esta desempenha a função de atribuir valor à prática jurídica.

Portanto, o Direito como integridade será a concepção de Direito adotada nesta dissertação. E mais, buscaremos investigar quais os princípios que podem nos auxiliar na aplicação da responsabilidade objetiva como instrumento de concretização dos direitos da personalidade e como dimensão da dignidade da pessoa humana.

CAPÍTULO II

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE COMO DIMENSÕES DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1 A IMPORTÂNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A temática abordada no presente tópico implica o desenvolvimento de uma digressão histórica, bem como requer uma introdução de pontos relevantes sobre a

dignidade da pessoa humana no contexto da contemporaneidade. Isto permitirá situarmos nossa temática no contexto histórico atual, o que favorecerá uma melhor compreensão dos debates que aqui serão desenvolvidos.

Para iniciar a contextualização, remonta-se ao pensamento clássico, no qual a dignidade era modulada de acordo com a posição social que o indivíduo ocupava na sociedade. Em contrapartida, os estoicos⁷⁴ já consideravam todos os seres humanos livres e responsáveis por seus atos, por isso iguais em dignidade.⁷⁵

Em um raciocínio semelhante, o pensamento cristão presente no Novo e no Velho Testamentos, relacionava a dignidade da pessoa humana como valor intrínseco, ao passo que possui uma relação com a noção de liberdade e de igualdade. Tratava-se do ser humano criado à imagem e semelhança de Deus, portanto, não poderia se tornar um objeto.⁷⁶

Durante os séculos XVII e XVIII, o jus naturalismo teve forte influência sobre a concepção de dignidade da pessoa humana, como consequência, trouxe ao seu processo de racionalização a laicização e imprimiu à condição humana um rol de direitos, que deviam ser respeitados e reconhecidos pelos seus semelhantes e pelo Estado. Naquele momento histórico, a dignidade era tida como uma perspectiva de valor fundamental da ordem jurídica⁷⁷.

A partir desse momento, surgiu a concepção de Immanuel Kant de dignidade da pessoa humana⁷⁸, considerada como fim e não como meio ao repudiar toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano. A dignidade passou a ser tida como um atributo daquilo que é insubstituível acima de qualquer preço, um atributo da vida humana. Nesse período foi introduzida a autonomia ética do ser humano, faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis.

No século XX, tratados internacionais e legislações nacionais proliferaram no mundo ocidental vislumbrando a necessidade do respeito aos seres humanos, como condição para a própria sobrevivência da humanidade. Paradoxalmente, violações a

⁷⁴ Estoicismo é escola filosófica que floresceu na Grécia Antiga e foi levado ao Império Romano por volta do ano 155 antes de Cristo.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.31.

⁷⁶ *Idem, ibidem*.p.101.

⁷⁷ *Idem, ibidem*.. p.102.

⁷⁸ Para Immanuel Kant, o conceito de dignidade da pessoa humana é abordado em “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” (1785) a partir da indagação de como devo agir para que minha ação seja boa.

essas condições foram realizadas durante as duas Grandes Guerras Mundiais, guerras civis e regimes despóticos. Assim, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecido expressamente nas Constituições⁷⁹.

E, após a Segunda Guerra Mundial, desintegrou-se o desequilíbrio internacional que dominou o cenário político anterior, isso possibilitou uma fluidez político-institucional que clamava por uma ordem internacional baseada nos princípios da constitucionalidade e da democracia devido à necessidade emergente de construção do conceito de direitos humanos por intermédio de documentos internacionais.

Na tentativa de sistematizar as fases de elaboração do conceito de pessoa e por consequência, da dignidade da pessoa humana, Fábio Konder Comparato⁸⁰ as enumerou deste modo:

- 1ª fase: Fase clássica em que a visão greco-romana utilizada pelos estóicos imputava a personalidade como unidade substancial do ser humano, distinta da aparência corporal e das atividades desenvolvidas;
- 2ª fase: Por intermédio do pensamento medieval, o conceito de pessoa ganhou o atributo da racionalidade;
- 3ª fase: O pensamento kantiano trouxe a ideia de ser humano como sujeito de direitos universais anteriores e superiores à ordem estatal⁸¹. Portanto, a dignidade passou a ter um fim em si mesma, sendo resultado da vontade racional, uma vez que a pessoa vive em condições de autonomia;
- 4ª fase: Pautou-se na liberdade das preferências valorativas, tendo em vista que a pessoa humana é o único ser vivo que dirige sua vida em função de preferências valorativas, portanto, o ser humano é o legislador universal e um sujeito que se submete voluntariamente às normas valorativas;

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.99

⁸⁰ COMPARATO, Fábio. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 23-46.

⁸¹ “O primeiro postulado ético de Kant é o de que só o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios; só um ser racional tem vontade, que é uma espécie de razão denominada razão prática. A representação de um princípio objetivo, enquanto obrigatório para uma vontade, chama-se ordem ou comando (*Gebot*) e se formula por meio de um imperativo. Segundo o filósofo, há duas espécies de imperativo. De um lado, os hipotéticos, que representam a necessidade prática de uma ação possível, considerada como meio de se conseguir algo desejado. De outro lado, o imperativo categórico, que representa uma ação como sendo necessário por si mesma, sem relação com finalidade alguma, exterior a ela”. (COMPARATO, Fábio. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.33)

- 5ª fase: Instalou-se no período do vigor da corrente Existencialista, tornando-se o conceito de pessoa pautado no pensamento existencialista que enfatizou o caráter único e insubstituível de cada ser humano.

Diante desse contexto histórico e da introdução de novas realidades sociais e econômicas, o cerne dos direitos humanos foi constituído pelo princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que, um sistema positivo do direito, dissociado de valores morais, que procure unicamente na lei nacional a previsibilidade e a solução para todos os conflitos sociais, não seria suficiente para protegê-los diante das diversas violações cometidas.

Vale mencionar o processo de internacionalização da economia e da globalização como estágio importante para o tema apresentado, tendo em vista que a globalização financeira promoveu uma verdadeira cultura (pessoal e institucional) do risco ao realizar a busca do lucro fácil e do investimento não produtivo, deixando de lado o território normativo e dogmático dos ordenamentos nacionais⁸².

Dentro do quadro de múltiplas possibilidades interpretativas, questiona-se a existência de um conteúdo substantivo para a dignidade da pessoa humana, ou se esse termo é utilizado em diferentes perspectivas em conformidade com as peculiaridades do caso concreto. Afinal, seria possível traçar um conceito racional e/ou substantivo para a dignidade da pessoa humana? Elaborar uma resposta-ensaio a este questionamento poderá nos auxiliar na compreensão do alcance da dignidade da pessoa humana e na tentativa de esboçar limites em sua aplicação, tendo em vista que a amplitude obsta uma adequada concretização. Considerar a extensão do conceito de dignidade humana será tarefa da doutrina, e principalmente das decisões judiciais, mas também trataremos desse conceito em nosso quarto capítulo, como desdobramento dos direitos da personalidade.

A importância da dignidade da pessoa humana revela-se no fato de ela ser hoje considerada o princípio-chave do constitucionalismo contemporâneo, derradeiro limite e condutor de ações do Estado. Assim, o Direito imprime ao valor supremo da pessoa humana maior destaque, como elemento fundamental da ordem constitucional, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, como base de

⁸² ALENCAR, Maria Luiza P. **Globalização Financeira: mudanças que afetam o campo jurídico-econômico dos contratos e os modos de lidar com o risco** In: Aldacy, Coutinho et. al. (Org.) LIBER AMICORIUM - Homenagem ao Prof. Dr. Antônio José Avelãs Nunes. Coimbra e São Paulo: Coimbra e RT, 2009. p.741

organização política do Estado Democrático de Direito, bem como é tutelada em inúmeras declarações internacionais de direitos humanos.

Ademais, é íntima a vinculação entre os princípios da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, uma vez que os direitos fundamentais são concretizações da dignidade humana.⁸³ E em nosso sistema jurídico mais do que um comando ético-moral, é norma constitucional disposta como fundamento do Estado Democrático brasileiro, que irradia efeitos por todo o sistema jurídico, dada a importância nuclear e legitimadora da ordem jurídica constitucional concedida pela Constituição Federal de 1988.⁸⁴

O Constituinte Originário de 1988, no artigo 170, *caput* estabeleceu que a ordem econômica possui a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, bem como expressou, na ordem social, que o planejamento familiar deve respeitar a dignidade da pessoa humana (artigo 226, § 6º) e assegurou à criança e ao adolescente o direito à dignidade. Reiteraões que não se tornavam necessárias, tendo em vista o caráter basilar da dignidade humana em nosso sistema constitucional, entretanto, demonstram a força interpretativa que a dignidade da pessoa humana possui.

Nessa ordem de ideias, a dignidade para o sujeito de direito será um rol de direitos inalienáveis e pertencentes a qualquer pessoa humana. Em contrapartida, enseja do Estado, principalmente do Democrático de Direito, que suas ações sejam pautadas na efetivação da dignidade da pessoa humana, sobretudo através de políticas públicas, que concretizem tais direitos e que emanam dessa premissa maior: a dignidade⁸⁵.

⁸³ [...] todos os direitos fundamentais encontram sua vertente no princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.98)

⁸⁴ “Neste sentido, costuma afirmar-se que o exercício do poder e a ordem estatal em seu todo apenas serão legítimas caso se pautarem pelo respeito e proteção da dignidade da pessoa humana. Assim a dignidade constitui verdadeira condição da democracia, que dela não pode livremente dispor”. (*Idem, ibidem*. p.111).

⁸⁵ “A relação entre a dignidade da pessoa humana e as demais normas de direitos fundamentais não pode, portanto, ser corretamente qualificada como sendo, num sentido técnico-jurídico, de cunho subsidiário, mas sim, caracterizada por uma substancial fundamentalidade que a dignidade assume em face dos demais direitos fundamentais [...] o princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo os direitos e garantias fundamentais concretizações daquele – diante de um caso concreto, busque-se inicialmente sondar a existência de uma ofensa a determinado direito fundamental em espécie, não apenas pelo fato de tal caminho se mostrar o mais simples, mas acima de tudo pela redução da margem de arbítrio do intérprete, tendo em conta que se tratando de um direito fundamental como tal consagrado pelo Constituinte, este já tomou uma decisão prévia - vinculativa par todos os agentes estatais e particulares - em prol da explicitação do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa naquela dimensão específica e da respectiva necessidade de sua

A dignidade da pessoa humana é norma jurídica fundamental, conceito de contorno vago e impreciso, com características polissêmicas, ambíguas e também com porosidade⁸⁶. Entretanto, no viés da democracia, é cláusula aberta que assegura o dever de respeito e de consideração entre as pessoas nos contornos do caso concreto⁸⁷.

Diversamente das outras normas jusfundamentais seu conteúdo não é específico, pois é qualidade inerente ao ser humano, logo, é melhor identificada no caso concreto, nos casos em que a dignidade não é respeitada.

Portanto, não pode ser fixado conceito preciso e aplicável a todo e qualquer caso, pois não se harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores manifestados nas sociedades democráticas contemporâneas.

A problemática da hermenêutica funda-se na administração da compreensão e da aplicação interpretativa em conexão com a compreensão, uma vez que a compreensão pressupõe relação vital do intérprete com o texto. Não obstante, somente com estudo da pré-compreensão é possível averiguar tal conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana. Ou seja, o estudo da compreensão servirá para a concreção do princípio da dignidade da pessoa humana a partir dos casos concretos elencados.

proteção, seja na condição de direitos de defesa, seja pela admissão de direitos a prestações ou normativos". (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.106)

⁸⁶ "Isto significa dizer que o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica. Eis a principal dificuldade que se enfrenta ao buscar delinear, do ponto de vista hermenêutico, os contornos e os limites do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Uma vez que a noção é ampliada pelas numerosíssimas conotações que enseja, corre-se o risco da generalização, indicando-a como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao extremo, essa postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão intenso que torna impossível a sua aplicação". (DE MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**. São Paulo: Renovar, 2003. p.84)

⁸⁷ "Portanto, o que caracteriza a democracia é exatamente a falta de fundamentos absolutos (transcendentes e religiosos) e a diversidade de valores. Se existe algum fundamento último para democracia, ele não pode ser outra coisa senão o próprio reconhecimento da dignidade humana. Mas tal dignidade é, ela própria, destituída de qualquer alicerce religioso ou metafísico. Trata-se apenas de um princípio prudencial, sem qualquer conteúdo pré-fixado, ou seja, uma cláusula aberta que assegura a todos os indivíduos o direito à mesma consideração e respeito, mas que depende, para sua concretização, dos próprios julgamentos que esses indivíduos fazem acerca da admissibilidade ou inadmissibilidade das diversas formas de manifestação da autonomia humana. Assim concebida, a dignidade humana deixa de ser um conceito descritivo para tornar-se o próprio *ethos* da moralidade democrática." (RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p.49)

Nesse sentido, o conteúdo substantivo da dignidade da pessoa humana necessita ser investigado a fim de coibir eventuais violações. Não é a dignidade apenas apelo ético, pois seu conteúdo se revela no contexto da situação concreta.

E mais, ao se considerar sua dimensão cultural e prestacional, a dignidade da pessoa humana não é apenas atributo ou valor inato e intrínseco ao ser humano, mas sim, condição conquistada pela ação concreta de cada indivíduo.

Ressalta-se que qualquer sociedade organizada possui padrões de dignidade (ambiência multicultural), entretanto, é o caso concreto e o aspecto abstrato e genérico que constituem os contornos da dignidade da pessoa humana. Portanto, a dignidade da pessoa humana deve ser considerada como fim e não como meio, repudiando toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano.

Poder-se-ia formular o seguinte questionamento: Existiria uma forma não metafísica de afirmar que o homem possui um único conteúdo, uma vez que somos biologicamente e culturalmente diversos?

Se o conceito da dignidade da pessoa humana é complexo, mais ainda se torna diante de uma sociedade cosmopolita e de novas formas de violação, tal como nos apresenta o mundo virtual. Além disso, a dignidade da pessoa humana nos ensina que além de o ser humano existir, em sua vida deve experimentar a dimensão digna.

Ora, a dignidade como princípio constitucional abrange o direito de viver com dignidade, de ter condições para experimentar em sua vida situações em conformidade com seus ideais e vocação, e mesmo, de não ter a vida atingida ou desrespeitada por comportamentos públicos ou privados, e de fazer escolhas que melhor assegurem à plena realização.

A partir do pensamento dos autores aqui mencionados, e dentro do campo argumentativo, é que iremos investigar o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que ele alcança diversos setores jurídicos, obstando os contornos e os limites.

Para os libertários, tal como Giovanni Pico (1999), a dignidade da pessoa humana perpassa a liberdade de escolher o caminho do ser, cria uma nova história a partir de si e para si. Afinal, o ser humano é o único ser que livremente pode se

transformar além do que já é por natureza, uma vez que no desempenho de suas potencialidades é um ser autônomo, livre e soberano.⁸⁸

Em relação aos igualitários, a dignidade da pessoa humana estabelece o direito de não receber qualquer tratamento discriminatório e no direito de ter direitos iguais aos todos os demais.⁸⁹

Em outra perspectiva, José Claudio Monteiro de Brito Filho evidencia que a dignidade não é apenas um valor moral, ela deve produzir efeitos no plano material, como vetor que impõe obrigações ao Estado e à sociedade⁹⁰. Ademais, a dignidade está relacionada com a materialização de condições de vida, o que propicia ao indivíduo sua compreensão como ser humano diverso, bem como propicia condições para que a pessoa humana exerça suas diferenças e se integre à vida em sociedade.

Deve ser lembrada a dimensão de solidariedade⁹¹ social que traz a dignidade da pessoa humana, tendo em vista a necessidade de coexistência humana e da constatação racional dos interesses em comum. Assim, o princípio constitucional de solidariedade identifica-se com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva livre e justa, sem pessoas excluídas ou marginalizadas⁹².

A solidariedade no Estado Democrático de Direito brasileiro supera os parâmetros do individualismo, não restringe o seu objeto ao cidadão, mas é tida como um instrumento da dignidade da pessoa humana. Ou como Perlingieri denomina “igual dignidade social”: instrumento que confere a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado

⁸⁸ PICO, Giovani. **A dignidade do homem**. Campo Grande: Solivros, 1999. p.33

⁸⁹ DE MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**. São Paulo: Renovar, 2003. p.86.

⁹⁰ “Ela, embora seja um valor moral, no plano jurídico não pode ser entendida apenas por esse prisma. É que ela deve produzir efeitos também no plano material, como vetor que impõe obrigações ao Estado e a toda sociedade. É que não se pode falar em dignidade da pessoa humana se isso não se materializa em suas próprias condições de vida. Como falar em dignidade sem direito à saúde, ao trabalho, enfim sem o direito de participar de vida em sociedade com um mínimo de condições?” (BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. *Direitos humanos e discriminação no Brasil* In: MAUÉS, Antonio G. Moreira. **Direitos Fundamentais & Relações Sociais no mundo contemporâneo**. Curitiba: Juruá: Curitiba, 2006. p. 221)

⁹¹ “A solidariedade com os fins de cada comunidade específica pode concernir o grupo menor e intermediário em relação ao maior, com o Estado, ou exaurir-se no âmbito intermediário com prejuízo de pessoas que não fazem parte dele. Ela pode significar correlação, fraternidade entre os membros da mesma comunidade, mas também, posição egoísta em relação a quem não faz parte dela ou a quem é membro de uma comunidade concorrente”. (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2007. p.36)

⁹² DE MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**. São Paulo: Renovar, 2003, p.114.

em condições idôneas a de exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes.⁹³

A igualdade substancial também é instrumento para o pleno e livre desenvolvimento da pessoa, mas não como sinônimo de intervenção nas relações privadas para distribuição de riqueza, pois distinções sociais que respeitem a dignidade humana devem ser toleradas sob pena de mitigar em excesso a autonomia privada⁹⁴.

Ademais, a dignidade da pessoa humana é a fonte de direito subjetivo para o trabalhador, invocável como supedâneo de uma pretensão jurídica. Como epicentro do constitucionalismo contemporâneo - enseja também que o sistema de responsabilidade civil adapte-se à melhor proteção do indivíduo, enquanto vítima nas relações de trabalho, até porque existe primazia constitucional da proteção do trabalho sobre a livre iniciativa em nossa Carta Magna, resguardando o pleno desenvolvimento de sua existência.

Sugere Maria Celina Bodin que o substrato material da dignidade seja composto por quatro postulados: o sujeito moral, aquele que reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais; o respeito à integridade psicofísica, de que é titular; a vontade livre, de autodeterminação; e de ser parte de um grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado⁹⁵. A mencionada concepção reúne os diferentes entendimentos sobre a dignidade da pessoa humana e faz uma correlação com os princípios da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade.

Nessa gama de entendimentos sobre a dignidade da pessoa humana, Alfredo Culleton⁹⁶ nos apresenta alguns grupos com visões distintas a respeito do assunto, os quais não podemos deixar de citar, estes são: os natalistas, que defendem a ideia de dignidade apenas em decorrência da existência da espécie humana, independentemente de qualquer condição; já para os atualistas, é necessário possuir determinadas características morais para possuir a dignidade; e em sentido contrário, o grupo dos vitalistas afirma que o ser humano independe de qualquer

⁹³ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.* p.37.

⁹⁴ *Idem, ibidem*.p.50-51.

⁹⁵ DE MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**. São Paulo: Renovar, 2003. p.85.

⁹⁶ CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos. 2002. p.62

atributo específico para ser considerado uma pessoa. Tais distinções sobre o conceito de pessoa trarão reflexos para o conceito de dignidade humana.

Para Kant, a dignidade humana não é indistinta para todos, uma vez que restringe tal valor à racionalidade dos seres humanos, ou seja, determina a autonomia racional como fundamento da dignidade humana e estabelece conexão com a moralidade⁹⁷. Portanto, a visão kantiana defende que o ser humano é um fim em si mesmo e não um meio para uso da vontade sem qualquer valor moral⁹⁸.

A partir dessa perspectiva, a dignidade humana passou a ser entendida como uma qualidade irrenunciável da condição humana, tornando-se atributo intrínseco da pessoa, portanto, assim seria inviolável independente de qualquer traço cultural específico.

No livro “Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos”, Immanuel Kant inicia a seção I “transição do conhecimento moral da razão comum para o conhecimento filosófico” afirmando que somente a boa vontade não é passível de limitação, pois é o melhor caminho para a felicidade⁹⁹. Compreendida a felicidade como dever, uma vez que sem o contentamento, o ser humano torna-se propício a infringir seus deveres¹⁰⁰.

Entretanto, a razão é o instrumento da vontade boa em si mesma, pois esta esclarece a importância do bem supremo e da condição de todo o resto. Ora, o bem deve ser realizado independente de qualquer inclinação pessoal, diferentemente do

⁹⁷ “[...] se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso denominam-se coisas, ao passo que os seres racionais denominam-se pessoas, porque sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito). Esses não são, pois, meros fins subjetivos cuja existência tenha para nós um valor como efeito da nossa ação, sendo porém fins objetivos, isto é, coisas cuja existência é em si mesma um fim, e um fim tal que em seu lugar não se pode pôr nenhum outro em seu lugar, em relação ao qual essas coisas serviriam de meios, porque sem isso não haveria possibilidade de se encontrar em parte alguma qualquer coisa que tivesse valor absoluto; mas se todo o valor fosse condicional, e portanto contingente, em parte alguma se poderia encontrar um princípio prático supremo para razão”. (KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2002. p.59).

⁹⁸ Agora eu afirmo: o homem - e, e uma maneira geral, todo o ser racional - existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso do arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente (KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2002. p.58)

⁹⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2002. p.21.

¹⁰⁰ *Idem, ibidem*. p.26.

amor que depende de propensão pessoal. Então, o bem é princípio da ação, é a necessidade de respeito à lei por vontade de determinar a si mesmo¹⁰¹.

Nesse sentido, para a teoria kantiana, são mandamentos atos que convertidos em lei universal sejam aplicados a todos, enquanto princípio, e não como imposição de uma vontade a outrem. Ensina-nos Kant que a máxima é convertida em lei universal quando é possível aplicá-la à atuação de todos, mas verificando se, ainda assim, permanecem os parâmetros de adequação¹⁰². São, portanto, promovidas pelo exercício da empatia, ou seja, as pessoas não devem esperar tratamento diverso daquele dispensado ao seu semelhante, do mesmo modo elas não devem permitir que outrem dispense tal tratamento a elas mesmas e aos demais.

Outrossim, apenas seres humanos racionais são capazes de viver com a representação das lei por intermédio de suas vontades¹⁰³.

Nesse pensamento, constituem-se imperativos categóricos as representações da ação objetivamente necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro fim, atribuída como dever de ação aos seres racionais.¹⁰⁴

E mais, os seres humanos racionais são ligados por meio de leis comuns denominadas por Kant de reinos, e que pela moralidade também se tornam fins em si mesmos. Nesse sentido, tais leis consubstanciam a dignidade como valor incondicional, bem como a autonomia da natureza humana racional torna-se o seu fundamento¹⁰⁵.

A visão da dignidade da pessoa humana trazida por Kant analisou comportamento e conduta humanas sob o prisma do direito, da ética e da moral, desse modo trouxe grandes contribuições ao igualitarismo, à autonomia humana e ao pacifismo, tendo em vista que rejeitava que o homem se tornasse instrumento ou finalidade de outro homem.

O pensamento kantiano de condicionar a dignidade humana à racionalidade, e em consequência à moralidade, tornou-se plausível, como requisito indispensável

¹⁰¹ *Idem, ibidem.* p.27.

¹⁰² *Idem, ibidem.* p.29.

¹⁰³ KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2002. p.43.

¹⁰⁴ *Idem, ibidem.*p.45.

¹⁰⁵ “A própria legislação, no entanto, que determina todo o valor, por isso mesmo deve ter uma dignidade, ou seja, um valor incondicional, incomparável, para o qual só a palavra respeito deve lhe tributar. A autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”. (*Idem, ibidem.* p.66).

ao bom convívio por intermédio da construção de ações em conformidade com mandamentos universais que estabelecem a vida em sociedade. Portanto, tornando mais fácil a implementação da dignidade, e por consequência, do dever da felicidade.

Por outro lado, é importante também mencionar a existência da perspectiva cultural na dignidade da pessoa humana, construída pelo contexto histórico e sócio-cultural de determinado povo, ou seja, o princípio é universal como enfatiza Kant, mas deve ser interpretado e aplicado conforme premissas locais. Isso justifica porque determinadas condutas para uma sociedade são atentatórias à dignidade da pessoa humana e para outras são atos legítimos¹⁰⁶.

Assim, um conceito geral e abstrato de dignidade humana torna-se praticamente inviável, tendo em vista sua grande extensão e suas diferentes nuances culturais.¹⁰⁷

2.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Os direitos fundamentais são categorias ético-jurídicas que possuem grande carga de abstração, por isso, além de saber qual o rol dos direitos fundamentais, questiona-se sobre a dimensão da cada um, tal como melhor investigaremos em relação ao direito da personalidade¹⁰⁸.

Vale ressaltar que esses direitos tornam-se fundamentais a partir de um processo de conquista histórica e não apenas pela sua positivação em texto constitucional, ou por uma perspectiva transcendental, como melhor observamos em Ronald Dworkin no primeiro capítulo. Afinal, história é permanência e mudança, não se pode voltar ao passado, mas só estamos no presente graças ao passado, bem como só podemos compreender quando inseridos em um contexto social.

¹⁰⁶ Tal como evidenciamos no primeiro capítulo com Ronald Dworkin.

¹⁰⁷ “Com base em tudo que até agora foi exposto, verifica-se que reduzir a uma fórmula abstrata e genérica aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana, em outras palavras, seu âmbito de proteção, não parece ser possível, a não ser mediante a devida análise no caso concreto”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.107).

¹⁰⁸ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e a sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 224.

Portanto, é essencial identificar o rol dos direitos fundamentais na perspectiva da teoria material da Constituição, como também pela necessidade humana emergente¹⁰⁹.

É em conformidade com o modelo de Estado, que os direitos fundamentais serão compreendidos. Se no Estado Liberal os direitos fundamentais eram limites para a atuação dos governantes, no Estado Social sua dimensão se expande para prestações positivas do ente estatal rumo à efetivação dos direitos fundamentais.

Alias, é no Estado Social que o Direito do Trabalho desmembra-se do Direito Civil, como ramo autônomo, com escopo de tutelar a proteção ao trabalhador diante de seu empregador, como parte mais fraca na relação jurídica. E mais, os direitos fundamentais também se constituem como sociais e econômicos neste Estado Social¹¹⁰.

No que diz respeito às relações privadas, a Constituição Liberal delas não trata, sendo o Código Civil o cerne. Todavia, a Constituição Social trata de diversas matérias de relações privadas, ela limita a sua autonomia por agir em detrimento do interesse social.

Assim, a Constituição Social com sua força normativa passa a abarcar a ordem civil, disciplinar a economia e o mercado, bem como consagra valores solidarísticos e traz o direito do trabalho como ramo autônomo do direito, além de promover a constitucionalização do Direito Privado e a implantação de parâmetros normativos mais justos substancialmente.¹¹¹

O Estado Democrático de Direito deve possuir os direitos fundamentais como pilares da democracia¹¹². Apesar de inexistir texto constitucional expresso em nosso paradigma constitucional atual, os direitos fundamentais também possuem eficácia

¹⁰⁹ “Isso implica cifrar a fundamentação dos direitos fundamentais no desenvolvimento das necessidades humanas que emergem da experiência concreta na vida prática. Essas necessidades, enquanto dados social e historicamente vinculados à experiência humana, possuem uma objectividade e uma universalidade que possibilitam a sua generalização através da discussão racional e do consenso e a sua concretização em postulados axiológico-materiais”. (PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do Poder Constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1994. p.145).

¹¹⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.75

¹¹¹ *Idem, ibidem*. p. 77

¹¹² “Os direitos fundamentais exigem a democracia material, pois apenas os requisitos da dignidade humana poderão ser verdadeiramente preenchidos, já que só então os indivíduos estarão subtraídos, não apenas ao poder público, mas também às coações derivadas do poder econômico e social”. (PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do Poder Constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1994. p.146)

vinculante nas relações privadas. Ingo Sarlet¹¹³ denomina como “eficácia privada ou horizontal dos direitos fundamentais”, a partir da construção doutrinária e jurisprudencial alemã, bem como, por intermédio da aplicação dos princípios constitucionais e da força da unidade do ordenamento jurídico. Portanto, são também as instituições privadas vinculadas aos direitos fundamentais¹¹⁴.

A Constituição Federal também não traz expressamente cláusula geral para a tutela da personalidade do homem, elenca alguns de seus direitos, entretanto é a dignidade da pessoa humana que irá fomentar a base da tutela da personalidade¹¹⁵.

Dentre os inúmeros direitos fundamentais que emanam da dignidade da pessoa humana e que possuem conexão com os direitos da personalidade, o direito à vida se destaca, pelo fato de a personalidade advir do nascimento, ao passo que também contempla o direito de viver dignamente¹¹⁶.

Foi a Constituição Federal de 1988 que trouxe unidade ao sistema jurídico e que passou a conduzir a interpretação, inclusive com parâmetros substantivos dos institutos privados e até mesmo do atual Código Civil.

Vale ressaltar que, até a introdução do atual Código Civil de 2002, o Código Beviláqua perdurou em nosso sistema constitucional por 14 (quatorze) anos em plena vigência. O que resultou em uma tentativa de esvaziamento do Código Civil pretérito por inúmeros “microssistemas” que tratavam de temáticas específicas, em conformidade com o atual paradigma constitucional¹¹⁷.

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p.333.

¹¹⁴ “Para nós, por outro lado, existe sempre uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, independentemente da existência, ou não, de uma manifesta desigualdade de forças entre as partes nas relações jurídicas. Não apenas os grandes grupos empresariais, empregadores, associações, sindicatos e congêneres estão atrelados àqueles direitos, mas também o cidadão comum, nas relações paritárias que mantiver com outras pessoas. A questão da desigualdade material torna-se relevante apenas no momento em que se tiver de ponderar o direito em questão com a autonomia privada, conforme explicitaremos mais adiante”. (SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p.218).

¹¹⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e a sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.135.

¹¹⁶ “O direito à qualidade de vida é construído sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo abarcada também pelo direito de autodeterminação do indivíduo, pelo direito à identidade pessoal; pelo direito à saúde, pelo direito de construir uma família e pelo direito de acesso a um patrimônio mínimo”. (*Idem, ibidem.* p.158).

¹¹⁷ “Neste contexto, a doutrina passa a tratar do processo de descodificação do Direito Privado consistente no advento de microssistemas legislativos que vicejam à margem do Código Civil, baseados sobre princípios muitas vezes contraditórios àqueles refletidos na codificação. A descodificação, neste sentido, não se resume à multiplicação de normas setoriais, fora do âmbito do Código. Ela reflete um fenômeno mais profundo, na medida em que os microssistemas são independentes do Código Civil e se inspiram em objetivos e valores muito divergentes daqueles que norteiam a codificação”. (*Idem, ibidem.* p.97)

Nesse sentido, os 11 (onze) artigos que abordam o direito da personalidade no Código Civil devem ser interpretados de acordo com os valores constitucionais¹¹⁸.

Como enfatizamos a Constituição Federal e o Estado Democrático de Direito pátrio resultaram no processo de redemocratização pautada na justiça social, no pluralismo democrático e na solidariedade.

Nesta perspectiva, são os direitos fundamentais cláusulas pétreas de eficácia imediata, elencados de maneira não exaustiva, mas extensa pelo artigo 5º, da Constituição Federal, sendo a dignidade da pessoa humana o seu valor fundamental. Portanto, os valores existenciais da pessoa humana promovem a despatrimonialização do Código Civil e sua conseqüente personalização¹¹⁹.

Por questões lógicas nem todos os direitos fundamentais são aplicáveis às relações privadas. Os direitos políticos, por exemplo, só possuem relação com órgãos estatais, mas, quanto aos direitos da personalidade, não nos resta dúvida sobre a sua eficácia.

É a perspectiva jurídica objetiva dos direitos fundamentais que promove a extensão da eficácia dos direitos fundamentais à esfera privada, o que transcende a concepção de meros direitos subjetivos do indivíduo¹²⁰.

São os direitos fundamentais da personalidade decorrências do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, portanto, constituem como patrimônio intangível e irrenunciável da pessoa humana, todavia de acordo com o caso concreto, poderão sofrer limitações como todo direito fundamental sofre¹²¹.

Logo, a tutela da personalidade projeta-se por todos os seus campos remodelando seus institutos e conformando-se aos valores sociais, não sendo restrita aos artigos 11 a 21 do Código Civil. Os direitos da personalidade são centro de imputação e pressuposto para a aquisição de outros direitos, e como objeto dos direitos da personalidade¹²².

¹¹⁸ “[...] e Constituição também projeta relevantes efeitos hermenêuticos, pois condiciona e inspira a exegese das normas privadas, que deve orientar-se para a proteção e promoção dos valores constitucionais centrados na dignidade da pessoa humana”. (*Idem, ibidem*. p.100)

¹¹⁹ “Trata-se do personalismo, que considera o ser humano um valor em si mesmo, axiologicamente superior ao Estado e a qualquer coletividade à qual se integre, mais que vê na pessoa humana um ser situado, concreto, que desenvolve a sua personalidade em sociedade, no convívio com seus semelhantes”. (SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.117)

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.335.

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem, ibidem*.. p.101.

¹²² SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p.123.

Ora, a perspectiva pluralista dos direitos da personalidade (que acredita na existência de diversos direitos da personalidade no sistema jurídico) melhor se compatibiliza com o conceito de dignidade da pessoa humana e esse é adotado pelo Código Civil como exemplo de direito de personalidade que, de acordo com a exegese constitucional, recebem o panorama geral¹²³.

O professor Pietro Perlingieri, ao debater sobre a existência, ou não, direitos da personalidade no Código Civil italiano, além do rol estipulado, defende que a cláusula geral da tutela da pessoa humana na Itália é prevista na Constituição em seu artigo 2º. Ele enfatiza a importância para o sistema desta tutela ser aberta, uma vez que sua situação subjetiva é complexa, e atesta que não há dualidade entre o sujeito e o objeto desta relação jurídica, pois ambos representam o ser (que é uma situação existencial, e não o ter, que configura uma situação patrimonial)¹²⁴.

A personalidade é um valor e está na base de uma série aberta de situações existenciais traduzidas por uma tutela mutável, pois é tutelado o valor da pessoa sem limites. Incumbe ao magistrado a tarefa de concretizá-la por atividade interpretativa e assim a entendemos, pois nos filiamos à perspectiva do direito como integridade¹²⁵.

Ao referir-se a situações existenciais no direito ao trabalho, Perlingieri afirma que o trabalho é mecanismo de realização da própria personalidade, pois permite a pessoa sentir-se útil socialmente, o que enseja ao operador do direito verificar os padrões de acesso ao trabalho. Portanto, leis que estipulam limites de idade para determinado tipo de labor, sem identificar o seu propósito, são suspeitas de inconstitucionalidade¹²⁶.

Como veremos em nosso terceiro capítulo, a cláusula geral da personalidade será a base para o uso do modelo da responsabilidade objetiva mais eficiente nas relações privadas não paritárias, como as relações de trabalho. E mais, em sede do Estado Democrático de Direito, o direito de personalidade não pode significar

¹²³ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p.125.

¹²⁴ “A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em isoladas ocasiões como nas teorias atomísticas”. (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2007. p.155)

¹²⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Idem, ibidem.* p.156.

¹²⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Idem, ibidem.* p.169.

apenas direito subjetivo de abstenção, mas também deveres comissivos aos agentes privados¹²⁷.

Reconhecida a dimensão objetiva¹²⁸ dos direitos fundamentais, eis que surge como consequência a sua eficácia irradiante, qual seja, a penetração dos valores constitucionais por todo o ordenamento jurídico, no sentido de conduzir toda atividade interpretativa do operador do direito e consolidar a humanização de nosso sistema jurídico pelo vetor da dignidade da pessoa humana, da igualdade substantiva e da justiça social. Constitui-se como objeto da eficácia irradiante, a técnica da interpretação conforme o mecanismo interpretativo de controle de constitucionalidade, principalmente em conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais.¹²⁹

A doutrina a respeito da eficácia horizontal divide-se por ser imediata ou irradiante nos direitos fundamentais perante as relações privadas. Sarlet evidencia que a eficácia imediata dos direitos fundamentais na esfera privada entre o indivíduo e os detentores do poder social é consenso doutrinário, uma vez que identificada a relação desigual de poder, semelhante aos particulares e ao poder público. No que diz respeito às relações entre iguais, seria possível a eficácia imediata nos casos de transgressão à dignidade da pessoa humana, ou de ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal¹³⁰.

Ressalta-se a existência de teorias no Direito Comparado que negam a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais, ou que defendem a eficácia indireta e imediata, ou que restringem a eficácia à doutrina dos deveres estatais de

¹²⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.128.

¹²⁸ “Reconhece a doutrina contemporânea a existência de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, porque estes constituem, simultaneamente, fonte de direitos subjetivos que podem ser reclamados em juízo e as bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem para todo o direito positivo. Abrem-se, desta feita, novos caminhos e potencialidades para a proteção e promoção dos ideais humanitários que alicerçam os direitos fundamentais, os quais serão enriquecidos com o reconhecimento da sua dimensão objetiva”. (SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.135)

¹²⁹ SARMENTO, Daniel. *Idem, ibidem*. p.155.

¹³⁰ “No âmbito da literatura jurídica destacam-se duas constelações distintas, no que tange aos destinatários da vinculação dos direitos fundamentais na esfera privada, quais sejam, as relações (manifestamente desiguais) que se estabelecem entre o indivíduo e os detentores de poder social, bem como as relações entre particulares em geral, caracterizadas por virtual igualdade já que situadas fora de poder [...] Fora das relações indivíduo-poder, isto é, quando se trata de particulares em condições de relativa igualdade, deverá, em regra, prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob a ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 338)

proteção desses direitos¹³¹. Não obstante, tais teorias não serão detalhadas, uma vez que não se ajustam ao nosso atual paradigma constitucional.

Aliás, a eficácia imediata dos direitos fundamentais é expressa no texto constitucional (artigo 5º, § 2º, CFB), inexistindo qualquer restrição às relações privadas diante das bases democráticas, humanitárias e solidarísticas. Tal aplicação não significa, como já mencionamos, que uma compatibilização não seja necessária.¹³²

É importante destacar o posicionamento de Daniel Sarmiento a respeito da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas mediante o paradigma pós-positivista, que já trabalhamos no primeiro capítulo. Para ele, a juridicidade dos princípios enseja críticas sobre a segurança jurídica, entretanto não são críticas restritas às relações privadas, mas ao novo paradigma em si.¹³³

Assim, a diferenciação da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas coaduna-se com a interpretação construtiva de Ronald Dworkin, pois foge do decisionismo e da arbitrariedade na elaboração das decisões judiciais. Além do mais, evidencia-se que quanto maior a desigualdade material, maior será a proteção dos direitos fundamentais e a mitigação da autonomia privada. Ainda mais em ramos do direito, como o trabalhista, que as relações jurídicas entre contratados são de vulnerabilidade¹³⁴.

Segundo Pietro Perlingieri, autonomia privada é o poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos livremente

¹³¹ “Na verdade, a teoria dos deveres de proteção baseia-se na ideia de que a conciliação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais deve incumbir ao legislador e não ao Judiciário, através do controle de constitucionalidade das normas do Direito Privado, quando o legislador não proteger adequadamente o direito fundamental em jogo, bem como quando ele, agindo de modo inverso, não conferir o devido peso à proteção da autonomia privada dos particulares”. (SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.261)

¹³² “Cumprido destacar, no entanto, que os adeptos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não negam a existência de especificidades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso. Não se trata, portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus opositores, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado”. (*Idem, ibidem*.p.246)

¹³³ *Idem, ibidem*.p.285.

¹³⁴ “Aqui a enorme vulnerabilidade de amplos setores da população justifica, com sobras de razão, um reforço à proteção dos seus direitos fundamentais no âmbito das relações travadas com outras particulares mais poderosas como os empregados e os fornecedores de bens e serviços. É por isso que em certos domínios normativos, como o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor, que tem como premissa a desigualdade fática entre as partes, a vinculação aos direitos fundamentais deve mostrar-se especialmente enérgica, enquanto a argumentação ligada à autonomia da vontade dos contratantes assume um peso inferior”. (SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.305)

assumidos¹³⁵. Interessante nos comentários do doutrinador italiano é que ele reconhece a influência da iniciativa econômica privada no processo de escolhas, mas o paradigma constitucional recompõe a liberdade da pessoa vinculada ao princípio humanista.

Cumpra esclarecer que os atos de autonomia privada têm fundamentos diversificados, não sendo apenas relacionados à liberdade econômica. Porém, encontram denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses, de funções que merecem tutela e de serem socialmente úteis. Trata-se de situação subjetiva existencial a liberdade atinente à autonomia privada, que é conduzida pela dignidade da pessoa humana.¹³⁶

Ainda em parâmetros do direito comparado, Perlingieri refere à autonomia coletiva, como exemplo do meio ambiente do trabalho, que pode ser estipulado por acordo ou convenção coletiva¹³⁷. Acreditamos que esta autonomia coletiva pode ser aplicada também para regular de maneira constitucional o direito da personalidade.

Outro critério utilizado é a natureza da questão examinada. Quanto mais essencial para a vida humana, o bem jurídico menor a tutela da autonomia privada, é maior a proteção do direito fundamental¹³⁸. Ou seja, mesmo em relações entre iguais é possível a eficácia imediata aos direitos fundamentais da personalidade, pois se enquadram como dimensão do princípio da dignidade humana, na medida em que englobam o respeito à intimidade pessoal.

Diferentemente da eficácia imediata, a eficácia irradiante ou mediata significa que as normas de direito privado não podem ofender o conteúdo das normas de direito fundamental, sobretudo em conceitos indeterminados e cláusulas abertas¹³⁹.

2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade são atributos inerentes à própria condição humana, imprescindíveis para o ser humano se desenvolver dignamente e são protegidos tanto pela Constituição Federal, quanto pelo Código Civil. Entretanto, não

¹³⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2007. p.36.

¹³⁶ *Idem, ibidem*.p.276.

¹³⁷ *Idem, ibidem*. p.281.

¹³⁸ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p.309.

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.339.

foram elencados de maneira exaustiva no Código de 2002, dispostos em 11 (onze) artigos por cláusulas gerais da tutela da pessoa humana. Logo, são direitos intrínsecos ao ser humano, com o fim em si próprios (tal como Kant afirmou em seu tempo) e em suas projeções ou exteriorizações, entretanto, extensivo em alguns aspectos às entidades dotadas de personalidade jurídica.

Nos estudos do Professor Pietro Perlingieri, *status personae* é situação permanente de base, originariamente adquirida, como situação unitária e complexa, os direitos “invioláveis” e os deveres “inderrogáveis” à vida do homem em sociedade, ou seja, o *status persona* representa a pessoa, titular de situações existenciais, que possui a função de cláusula geral da tutela do direito da personalidade¹⁴⁰.

Esse conceito surgiu no contexto histórico da segunda metade do século XIX, tendo sido a expressão concebida por jusnaturalistas da França e da Alemanha para designar determinados direitos inerentes ao homem. No entanto, encontrou forte resistência no Estado Liberal, uma vez que o patrimônio constituía o núcleo principal da legislação civil¹⁴¹.

A nova ordem axiológica preconizada pela Constituição Federal Brasileira vigente baseia-se na afirmação da cidadania e da dignidade da pessoa humana como valores supremos, o que ampliou o conceito de personalidade. Esse, por sua vez, não se esgota na possibilidade do titular ser sujeito de direitos, mas por igual, relaciona-se com o próprio ser humano. Não é apenas um novo reduto de poder do indivíduo, nem apenas o valor máximo modelador da autonomia privada, a dignidade da pessoa humana é capaz, sobretudo, de submeter toda atividade econômica a novos critérios de validade.

Desse modo, a personalidade jurídica é também valor ético de origem constitucional especialmente relacionada à dignidade da pessoa humana, inserida em um contexto social¹⁴². Não a honra subjetiva, mas a perspectiva objetiva da honra. Apesar do entendimento consolidado na jurisprudência de que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral, parte da doutrina entende que não é possível¹⁴³,

¹⁴⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2007. p.135.

¹⁴¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p.5.

¹⁴² Súmula 227, STJ - A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Não a honra subjetiva, mas a perspectiva objetiva da honra.

¹⁴³ “Por ora, basta reafirmar ao leitor que os direitos da personalidade aplicam-se exclusivamente à pessoa humana, não se estendendo, em que pese a linguagem do art. 52, às pessoas jurídicas, sob

tendo em vista que dano moral constitui lesão à dignidade da pessoa humana, portanto, a pessoa jurídica sofreria danos institucionais relacionados a prejuízos patrimoniais.

Os direitos da personalidade possuem algumas características específicas: são absolutos, isto é, são oponíveis *erga omnes*, devem ser respeitados por todas as pessoas, independentemente de qualquer relação jurídica anterior); são extrapatrimoniais, pois incidem sobre bens jurídicos insuscetíveis de avaliação pecuniária¹⁴⁴; são intransmissíveis, já que não podem ser destacados da pessoa que os titulariza¹⁴⁵; são indisponíveis, porque não podem ser cedidos, nem limitados pela vontade da pessoa; são vitalícios, visto que acompanham a pessoa a vida inteira; são irrenunciáveis, porque a pessoa não pode abdicar desses direitos, eventual renúncia será nula;¹⁴⁶ e são imprescritíveis, pois com o passar do tempo a sua violação não se convalida, de modo que a qualquer tempo será cabível ação judicial destinada a fazer cessar a ameaça ou lesão ao direito da personalidade)¹⁴⁷.

Como exceção à intransmissibilidade dos direitos da personalidade, podemos vislumbrar a titularidade dos sucessores em defender a imagem do *de cuius* nos termos do artigo 12, do Código Civil, pois confere legitimidade ao cônjuge sobrevivente, a qualquer parente em linha reta e aos colaterais até o quarto grau tomarem as medidas judiciais visando a cessação da ameaça ou a lesão ao direito

pena de flagrante confronto com sua definição, inspiração e propósito. A disciplina dos direitos da personalidade é repleta de características próprias. A disciplina dos direitos da personalidade é repleta de características próprias, que destoam da maior parte dos direitos e que só se justificam diante da especial necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana". (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p.23)

¹⁴⁴ "Todavia, alguns desses direitos, como por exemplo, à imagem de uma pessoa famosa, pode ser mensurados economicamente de acordo com os critérios estabelecidos por publicitários, anunciantes e meios de comunicação de massa. Assim, conquanto a regra seja a existência de direitos à personalidade extrapatrimoniais, excepcionalmente depara-se com alguns patrimoniais". (*Idem, ibidem*.p.120)

¹⁴⁵ "Como manifestações essenciais da condição humana, os direitos da personalidade não podem ser alienados ou transmitidos a outrem, quer por ato entre vivos, quer em virtude da morte do seu titular. Ao contrário do que ocorre, por exemplo, com a propriedade e com os direitos de crédito, que podem ser livremente alienados e que se transmitem aos herdeiros do falecido, os direitos à imagem, à honra, à privacidade e todos os demais direitos da personalidade são exclusivos do seu titular. Nasceram e morrem com aquela pessoa, não podendo ser cedidos, doados, emprestados, vendidos ou recebidos por herança". (*Idem, ibidem*.p.124)

¹⁴⁶ "Se a dignidade humana consiste, como se viu, no próprio "fundamento da liberdade", o exercício dessa liberdade por cada indivíduo só deve ser protegido na medida em que corresponda a tal fundamento. Em outras palavras: a autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica quando atenda genuinamente ao propósito de realização da personalidade do seu titular. Deve, ao contrário, ser repelida sempre que guiada por interesses que não estão própria ou imediatamente voltados à realização da dignidade daquela pessoa". (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 26-27)

¹⁴⁷ Todavia o direito de pedir indenização submete-se à prescrição.

da personalidade, podendo inclusive, reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções de naturezas patrimonial e penal¹⁴⁸.

No que diz respeito à irrenunciabilidade prevista no artigo 11 do Código Civil, o Enunciado n.º. 04 aprovado na I Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, interpreta de maneira mais tênue esta característica do direito da personalidade permitindo a limitação voluntária, desde que não seja permanente e nem geral¹⁴⁹.

Portanto, é possível a renúncia de direitos da personalidade em sua perspectiva patrimonial, desde que não afete a dignidade da pessoa humana¹⁵⁰. Nesse sentido, Schreiber elenca como critérios de renunciabilidade que devem guiar o controle interpretativo de tal restrição: o alcance, a duração, a intensidade e a finalidade da auto-limitação¹⁵¹.

No que diz respeito às distinções entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade, Anderson Schreiber¹⁵² explica que serão realizadas pelo plano em que a personalidade se manifesta. Portanto, direitos humanos no âmbito internacional, direitos fundamentais na tutela do direito público, e os direitos da personalidade encontrar-se-iam na seara das relações privadas.

Entretanto, o fenômeno da constitucionalização do direito civil torna cada vez mais tênue a divisão entre relações públicas e privadas, o que torna os direitos da personalidade também direitos fundamentais, inclusive com previsão no texto constitucional, tal como a previsão do artigo 5º da CF sobre proteção da imagem, honra e privacidade¹⁵³. Por isso, a tutela da dignidade da pessoa humana é concretizada em diferentes âmbitos.

¹⁴⁸ “Não se trata de uma concessão fantasmagórica, mas de norma ditada pelo interesse social. Os direitos da personalidade projetam-se para além da vida do seu titular. O atentado à honra do morto não repercute, por óbvio, sobre a pessoa já falecida, mas produz efeitos no meio social. Deixar sem consequência uma violação desse direito poderia não apenas causar conflitos com familiares e admiradores do morto, mas também contribuir para um ambiente de baixa efetividade dos direitos da personalidade. O direito quer justamente o contrário: proteção máxima para os atributos essenciais à condição humana”. (*Idem, ibidem*. p.24)

¹⁴⁹ O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral (Enunciado 04, I Jornada de Direito Civil, Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal).

¹⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade**. In TARTUCE, Flavio; CASTILHO, Ricardo (coord.). *Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006. p.638.

¹⁵¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p.29.

¹⁵² *Idem, ibidem*.p.13.

¹⁵³ “Interessante notar, nesse sentido, que a maior parte dos direitos da personalidade mencionados pelo Código Civil brasileiro (imagem, honra e privacidade) encontram previsão expressa no art. 5º

No que concerne aos ~~des~~ direitos da personalidade no Código Civil de 2002, compete enfatizar que não foram dispostos de maneira exaustiva¹⁵⁴. Caberá à atividade interpretativa verificar o conteúdo da dignidade humana¹⁵⁵ e sua provável extensão para outros institutos. Justificamos aqui a abordagem da concepção do direito como integridade no primeiro capítulo. Um exemplo disso é o direito à identidade pessoal, que não encontra previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio, entretanto, condiz com a tutela da dignidade da pessoa humana ao proteger traços distintivos da pessoa no seio social¹⁵⁶.

Ressalta-se que, nos termos do artigo 11 do Código Civil, o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente ou geral. Em suma, existe uma parte dos direitos da personalidade que é destacável ou transmissível quando envolve a questão patrimonial. Essa disponibilidade se dá por força de contrato que não pode ferir a essência dos direitos da personalidade, exemplo de eficácia interna da função social do contrato, ou seja, entre as partes contratantes pela preocupação com os direitos da personalidade.

A função social dos contratos não elimina a autonomia contratual, mas atenua ou reduz o seu alcance, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

do texto constitucional. Mesmo os que não contam com previsão explícita nesse dispositivo são sempre referidos como consectários da dignidade humana, protegida no art. 1º, III da Constituição. Os direitos da personalidade são, portanto, direitos fundamentais". (*Idem, ibidem*. p.13)

¹⁵⁴ "Na falta de explícito reconhecimento legal, é preciso definir se tais manifestações integram ou não a dignidade humana. Cumpre verificar se consistem em esferas essenciais da personalidade humana, que escaparam à atenção do legislador, ou se configuram, ao contrário, aspectos menores da existência individual que não pode ser elevados a direitos da personalidade". (*Idem, ibidem*. p.15)

¹⁵⁵ "Os direitos da personalidade desafiam as classificações e taxonomias a que tanto se apegaram os juristas em um passado recente. A história mostra o fracasso de todas as tentativas de enumerar os direitos da personalidade em um rol definitivo. Conclui-se, enfim, que não são *numerus clausus*, ou seja, de número fechado. Como atributos considerados essenciais à condição humana, sua compreensão e amplitude variam no tempo e no espaço. O caráter aberto da dignidade humana não permite o congelamento das suas múltiplas expressões. A própria distinção entre essas expressões não é rígida. Muitos conflitos concretos envolvem, a um só tempo, a violação do direito ao nome, do direito à imagem, do direito à privacidade, dentre outros. O que resta atingido, em última análise, é a dignidade humana". (*Idem, ibidem*. p.217)

¹⁵⁶ "Como se viu, o direito à identidade pessoal vai muito além da proteção ao nome. Abrange traços distintivos da mais variada ordem, como estado civil, etnia, orientação sexual, impressões digitais, ideologia política, crença religiosa e assim por diante. Não há aqui, a rigor, sobreposição com aspectos já abrangidos por outros direitos da personalidade, como o direito à imagem e o direito à privacidade. Isso porque o direito à identidade pessoal não se confunde com a tutela isolada e estática de cada um desses aspectos. A identidade pessoal deve ser vista em perspectiva funcional e dinâmica, voltada a promover e garantir uma fidedigna apresentação da pessoa humana, em sua inimitável singularidade". (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. Editora Atlas: São Paulo, 2011. p.210)

O direito à identidade pessoal, exemplo supracitado, é uma importante categoria de direito da personalidade e consiste no direito conferido à pessoa de ser conhecida como aquela que é, e não confundida com outrem, compreende: direito ao nome, direito ao pseudônimo, direito ao título¹⁵⁷ e direito ao signo facultativo¹⁵⁸.

Outra categoria de direito da personalidade que merece destaque é o direito sobre o corpo, este envolve a tutela sobre transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo¹⁵⁹. E dentro desse direito, temos a esterilização e a disposição sobre do corpo. A notar que a disposição sobre o corpo relaciona-se à vida, pois ela se desenvolve no corpo, logo, a agressão ao corpo implica em ofensa à vida, tornando-se a integridade física indisponível.

Schreiber critica a abordagem restrita do tratamento do Código Civil para a integridade psicofísica da pessoa humana, uma vez que a restringiu apenas aos atos de disposição do corpo¹⁶⁰. Com efeito, dispõe o artigo 13 do Código Civil que, salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar em diminuição permanente da integridade física ou em negação dos bons costumes.

Anote-se que, ainda que a disposição do próprio corpo não importe diminuição permanente da integridade física, o ato será vedado quando contrariar os bons costumes. Em contrapartida, as pequenas lesões são admitidas, desde que de acordo com os costumes¹⁶¹.

Outra categoria de direito da personalidade é o direito à privacidade, previsto expressamente no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, que compreende o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. No que diz respeito à

¹⁵⁷ Consiste na faculdade que tem a pessoa de, em lugares próprios, ser identificada através de seus títulos científicos, honoríficos ou militares como complemento de seu nome civil.

¹⁵⁸ Consiste no uso de brasões e insígnias correspondentes aos títulos que detém como forma de identificação pessoal.

¹⁵⁹ Pelo princípio da beneficência ou da não maleficência, ninguém pode ser constrangido a submeter-se com risco de vida a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Todavia o disposto no artigo 15 do Código Civil não pode ser lido literalmente, pois a integridade físico-psíquica são direitos fundamentais.

¹⁶⁰ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 33.

¹⁶¹ “Como já destacado, compete ao jurista examinar, com particular cuidado, a finalidade do ato de disposição, ou seja, os interesses ou propósitos que pretende atender. Nas hipóteses em que o ato de disposição exprima realização de interesse altruísta da própria pessoa, considerada em sua individualidade (ex.: doação de sangue a um ente querido), conta com o beneplácito da ordem jurídica. Se, todavia, o ato de disposição é praticado sem representar o livre exercício de uma opção existencial da pessoa, mas com o fim de atender, ainda que indiretamente, a interesse patrimonial próprio ou de terceiro, não se deve supor, ao contrário do que sugere o art. 13 do Código Civil, que o caráter meramente temporário da diminuição física seja capaz de afastar a absoluta vedação que decorre em boa hora do texto constitucional”. (*Idem, ibidem*. p.43)

intimidade e à vida privada, existe uma corrente doutrinária que defende a diversidade de conceitos. Para esta corrente a vida privada é constituída de atividades de cunho pessoal, proibição de sofrer investigações ou observações indesejadas e possibilidade de proibir o acesso real e físico à pessoa¹⁶².

Em sentido contrário, existe uma corrente doutrinária que aduz a uniformidade conceitual entre intimidade e vida privada¹⁶³ que não será abordagem defendida nesta dissertação, pois acreditamos que a intimidade integra a vida privada, mas como projeção no âmbito das informações pessoais, ou seja, de uma autodeterminação informacional¹⁶⁴.

O conceito de direito à intimidade envolve o controle de *inputs*, controle sobre impressões sensíveis advindas do exterior; e de *outputs*, controle da saída de informação que partem do próprio indivíduo, o qual decide sobre a extensão e as finalidades em que tais informações serão concedidas¹⁶⁵. Portanto, o direito à intimidade está na esfera secreta do indivíduo, na qual ele tem o poder legal de evitar os demais, o que engloba: inviolabilidade de domicílio, sigilo das correspondências e comunicações, e segredo profissional.

O conteúdo do direito à vida privada engloba a liberdade sexual, qual seja, liberdade de cada um viver a sua própria sexualidade. Nessa perspectiva, o assédio sexual deve ser combatido, inclusive no meio ambiente do trabalho, pois enseja rescisão contratual aliada à responsabilidade civil¹⁶⁶.

Na seara trabalhista, encontramos defensores de que o assédio sexual decorre tanto de superior hierárquico quanto de trabalhador de mesmo nível hierárquico ou de subordinado¹⁶⁷. Portanto, se o assédio sexual é praticado por colega de trabalho ou cliente, a responsabilidade do empregador é subsidiária. Se é

¹⁶² SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.229.

¹⁶³ “No Brasil há uma tendência nesse mesmo sentido. Usam-se intimidade e vida privada indistintamente, embora alguns ressaltem ser aquele um extrato mais restrito desta. Sem embargo, de seus respeitáveis defensores há que se fazer radical distinção a partir das lições do direito comparado e mesmo da matriz etimológica das duas expressões, sem olvidar ainda o discrimen feito pela disposição constitucional consagradora de um geral direito à vida privada e à intimidade: são invioláveis a intimidade, a vida privada”. (art. 5º, X, CRFB) (*Idem, ibidem..* p.273)

¹⁶⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.351.

¹⁶⁵ *Idem, ibidem*.p. 364-368.

¹⁶⁶ “O inciso X do art. 5º reconheceu como direito fundamental o respeito à vida privada, que sob o prisma amplo ao que aderimos, faz incluir a proteção do trabalhador contra as condutas de assédio sexual, independente da existência de disposições específicas sobre o tema, dando-lhe inclusive direito à indenização pelo dano material e moral delas decorrentes”. (*Idem, ibidem*.p. 305)

¹⁶⁷ VALIO, Marcelo Roberto Bruno. **Os direitos da personalidade nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. p. 66.

praticada pelo empregador ou outro superior hierárquico, é causa de rescisão indireta aliada à indenização por danos morais e materiais¹⁶⁸.

Perpassa a liberdade da vida familiar o direito à vida privada, possibilita a autonomia dos membros de uma comunidade familiar de conviver, assim, caberá ao Estado respeitar tal autonomia¹⁶⁹. Igualmente, o direito de morrer ou organizar a própria morte e a liberdade de domicílio também integram o direito à vida privada.

A vida privada compreende as relações da pessoa com sua família e seus amigos, que não podem ser investigadas e muito menos ameaçadas, tornando-se vedada a interceptação telefônica, exceto na seara penal dentro dos limites legais.

Finalmente, a vida exterior, relações do indivíduo na sociedade e suas atividades públicas, pode ser objeto de pesquisa e de divulgações, pois a tutela constitucional é restrita à vida privada.

É certo que tanto a intimidade, quanto a vida privada são intrinsecamente ligadas aos aspectos culturais, aos aspectos pessoais e à evolução tecnológica, por isso, devem ser conceitos jurídicos indeterminados, flexíveis às constantes transformações.¹⁷⁰

No tocante à honra, refere-se ao conjunto de atributos que faz com que a pessoa goze de estima própria e reputação na sociedade e na família. A partir da distinção ocorrida pela doutrina penalista, a honra passou a ter duas perspectivas: honra objetiva, reputação no meio social; e a honra subjetiva, consubstanciada no sentimento que a própria pessoa ostenta em relação à sua integridade moral.¹⁷¹

No que diz respeito ao direito de imagem, o artigo 20 do Código Civil tutela a imagem em termos amplos protegendo tanto a imagem-retrato, quanto a imagem-atributo. Imagem é o aspecto da pessoa perceptível visivelmente pelos sentidos. Em sentido estrito, a imagem consiste apenas imagem retrato, qual seja o corpo da pessoa no todo ou em parte. E em sentido amplo, a imagem abrange também as ideias da pessoa (imagem atributo), exteriorizada por meio da divulgação de escritos e da transmissão da palavra¹⁷².

¹⁶⁸ DE BARROS, Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: Ltr, 2009. p.161.

¹⁶⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.* p. 320.

¹⁷⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 229.

¹⁷¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p.70.

¹⁷² "A imagem de uma pessoa se compõe de seu traço físico, de suas feições, de sua aparência *in natura* ou representada gráfica, plástica ou fotograficamente. Nesse sentido, poder-se-ia falar em um direito a uma certa aparência e representação; ou um controle do signo físico distintivo, em

Nesse sentido, o artigo 20 do Código Civil restringe a autorização à administração da justiça ou manutenção da ordem pública: a divulgação de escritos, a transmissão da palavra e a exposição ou utilização da imagem de uma pessoa, todavia esquece interesses também constitucionalmente protegidos como a liberdade de informação.

E mais, abrange até o já falecido, havendo legitimidade processual dos lesados indiretos, uma vez que a lesão ao direito da personalidade alcança não só o morto como os seus parentes.

Vê-se, portanto, que a proibição da veiculação da imagem pode ser motivada por aspectos extra-patrimoniais e patrimoniais. Aludida proibição de veiculação da imagem é possível quando atingir a honra, a boa-fama, ou a respeitabilidade, ou então, quando se destinar a fins comerciais. Note que não necessariamente deve ser a honra transgredida para que o direito de imagem também o seja.

Tal direito da personalidade, como todo direito fundamental, sofre limitações. Assim, não pode ser invocado quando a própria pessoa autorizou a divulgação, transmissão, publicação, exposição ou utilização da imagem; ou então, quando isso for necessário à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública; ou é invocada para proteger atividades ilícitas.

Vale advertir que o Código Civil é insuficiente quanto à proteção da imagem, devendo a legislação civilista ser interpretada frente ao direito de informação e de liberdade de expressão. Assim, a proteção à imagem deve ser vislumbrada em harmonia com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito ao amplo acesso à informação e à liberdade de imprensa. Nesse caso, deve-se considerar a notoriedade do retrato e dos fatos afirmados, bem como a veracidade e ainda as características de suas utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam divulgação de informações¹⁷³.

todas as suas etapas, inclusivamente de sua captação e reprodução". (SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.* p. 376)

¹⁷³ "Primeiro, ao tentar delimitar as situações em que a imagem de uma pessoa pode ser veiculada sem sua autorização, o legislador menciona apenas duas situações: a necessidade de 'administração da justiça' ou 'de manutenção da ordem pública'. A limitação é excessiva. De um lado, não é sempre que a administração da justiça e a manutenção da ordem pública autorizam a veiculação da imagem alheia. De outro lado, o dispositivo ignora numerosos interesses constitucionalmente protegidos que podem, em certas circunstâncias, justificar a divulgação desautorizada da imagem alheia. É o caso da liberdade de informação". (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p.103)

Portanto, a imagem torna-se direito disponível, quando o sujeito de direitos consentir sua utilização com fins específicos. Assim, é possível que ocorra a transgressão ao direito à imagem, quando após a concessão do direito de uso verificar foi utilizada de maneira diversa do esperado no momento da autorização¹⁷⁴.

2.4 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Como já vimos, a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental em nosso Estado Democrático de Direito e considerado um vetor interpretativo que emana para todos os direitos fundamentais, inclusive nas relações privadas. Aliado a isso, os direitos fundamentais, por disposição expressa em texto constitucional, possuem eficácia imediata, conforme o que já tratamos sobre a eficácia horizontal e irradiante desses direitos, mesmo em relações jurídicas de caráter privado.

É o trabalho um direito fundamental social previsto no artigo 6º da Constituição Cidadã. Logo, emanado da dignidade da pessoa humana, é instrumento de valorização da pessoa. Tratando-se de partes desiguais contratantes o Estado Democrático de Direito deve regular os ditames contratuais e a vulnerabilidade em parâmetros permitidos na ordem constitucional.

Nesse contexto, defendemos a existência de uma cláusula geral da tutela da pessoa humana, a partir da força normativa da Constituição Federal e de seu núcleo interpretativo da dignidade da pessoa humana. Essa cláusula será aplicada na exegese não apenas do Direito Civil, mas também do Direito do Trabalho, como mecanismo para fortalecer o humanismo nas relações trabalhistas e concretizar a supremacia constitucional.

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) não dedicou atenção devida aos direitos da personalidade, com raras exceções, como a proibição de revista íntima (artigo 373-A, inciso VI, CLT) e a possibilidade de rescisão contratual, com justa causa por ambos os contratantes, do ato lesivo à honra ou boa fama praticadas no serviço (artigo 482, alínea *k* e artigo 483 alínea *e*).

¹⁷⁴ “Como expressão da dignidade humana, a imagem da pessoa humana é indisponível. Pode claro, o titular da imagem consentir gratuita ou remuneradamente, com a sua utilização para fins específicos, como esclarece o próprio art. 20 do Código Civil, desde que não o faça em termos gerais ou permanentes. A autorização deve, ademais, ser interpretada sempre de modo restritivo, limitando-se à finalidade específica para a qual foi concedida”. (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p.114)

A importância do “diálogo das fontes” entre o direito civil e o direito do trabalho é destacada pelo Professor Flávio Tartuce, em razão da CLT ser anterior ao fenômeno de multiplicidade de fontes legislativas para regular o mesmo fato jurídico. Na mesma entoação, elenca como premissas de aplicação do direito civil as relações jurídicas trabalhistas, que esse diálogo jamais poderá trazer desvantagem ao vulnerável, que normas de ordem pública e de interesse social sejam preservadas, que os metacritérios comuns de solução de antinomias sejam respeitados, e por fim, que os princípios constitucionais sejam adequadamente aplicados e principalmente a dignidade da pessoa humana¹⁷⁵.

Vale enfatizar que o parágrafo único do artigo 8º permite o uso subsidiário da legislação civil sempre que inexistir tratamento correspondente na legislação trabalhista. Eis a importância do tratamento realizado pelo Código Civil ao direito da personalidade nas relações de trabalho, e principalmente da tutela constitucional da pessoa humana, ambos já analisados anteriormente.

Flávio Tartuce defende ainda que algumas situações jurídicas onde não exista regulamentação da matéria na seara trabalhista, as normas do Código Civil devem ser aplicadas.¹⁷⁶ A própria Emenda Constitucional nº. 45/2004 aumentou a competência da Justiça do Trabalho, tal como questões atinentes à responsabilidade civil, o que gera a necessidade de que institutos das relações privadas sejam interpretados adequadamente em prol da efetivação dos escopos constitucionais.

Vale advertir que o Direito do Trabalho possui especificidades que ensejam compatibilidades interpretativas de tutela da pessoa humana. É o caso do poder diretivo do empregador, resguardado pelo artigo 2º da CLT, manifestado pelo controle da atividade laboral para verificar o adequado cumprimento do contrato de trabalho e adoção de medidas disciplinares, se for o caso.¹⁷⁷

¹⁷⁵ TARTUCE, Flávio. Diálogos entre o direito civil e o direito do trabalho. In TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coord.). **Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006. p. 25-27.

¹⁷⁶ *Idem, ibidem*.p.30.

¹⁷⁷ “Logo, o legislador ordinário, reconhecendo o poder diretivo, legitima a limitação da esfera de intimidade do empregado, imposta pelas exigências do desenvolvimento da atividade laboral, mas o poder de direção também está sujeito a limites, aliás, inderrogáveis, como o respeito à dignidade do empregado e à liberdade que lhe é reconhecida no plano constitucional. A dificuldade consiste em estabelecer limites entre o direito à intimidade do trabalhador e o direito de dirigir a atividade do empregado, conferido ao empregador pelo art. 2º da CLT. Aliás, a jurisprudência tem revelado a dificuldade, na prática, de definir até onde esse poder de direção é exercido legitimamente, como boa administração de pessoal, e a partir de quando ele se torna intolerável, por implicar invasão da intimidade dos empregados”. (DE BARROS, Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: Ltr, 2009. p.71)

Por outro lado, este poder diretivo também possui limites. Ora, a subordinação do empregado é apenas jurídica, não abrange todos os aspectos de sua vida, o empregador não tem disponibilidade sobre a pessoa do trabalhador. Tamanha verdade que o empregado pode se recusar a cumprir ordens ilícitas, como é o caso de ordens que transgridam seus direitos fundamentais da personalidade¹⁷⁸.

Outrossim, Hainzenreder Júnior apresenta exemplos de artigos da CLT que possuem direta conexão com os direitos da personalidade, esses são: obrigação do empregador de manter serviços especializados em segurança e constituir Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) nos termos dos arts. 163 e 164, respectivamente; a necessidade da empresa em fornecer equipamento de proteção individual ao trabalhador conforme o art. 166; adoção de medidas preventivas de medicina do trabalho nos ditames do art. 168; proteção ante a exposição do empregado a risco ou a agentes nocivos a sua saúde, com a previsão de adicional salarial no trabalho em atividades insalubres e perigosas como reza os arts. 192 e 193; proibição de anotação desabonadora à conduta do empregado em sua carteira de trabalho nos termos do art. 29, §§ 4º e 5º¹⁷⁹.

Verificam-se, nesta oportunidade, os artigos do Código Civil, enfatizando novamente que eles não esgotam em si a tutela da pessoa humana. O artigo 11 do Código Civil enuncia as características dos direitos da personalidade elencadas acima, não havendo diferença quanto à necessidade de modular tais adjetivos às nuances do caso concreto.

Em seguida, o artigo 12 do Código Civil possibilita que ameaça ou lesão ao direito da personalidade podem ser cessadas pela tutela jurisdicional, além da responsabilidade civil e demais sanções legais. No que diz respeito ao nome de empregado morto, não é possível publicações ou representações que o exponham ao desprezo público, mesmo que sem o elemento intencional de acordo com o artigo 12, parágrafo único, CC¹⁸⁰.

No que tange aos atos de disposição do próprio corpo, nos termos de adequada interpretação do artigo 13 do Código Civil, o empregador não pode obrigar

¹⁷⁸ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 80-81.

¹⁷⁹ *Idem, ibidem*. p.39-41.

¹⁸⁰ VALIO, Marcelo Roberto Bruno. **Os direitos da personalidade nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. p.66.

o empregado a realizar exame de sangue e de urina, tornando-se tais exames facultativos, vinculados à anuência do empregado¹⁸¹.

Referente ao artigo 15 do Código Civil é defeso a submissão obrigatória à tratamento médico ou intervenção cirúrgica, logo, as empresas não podem obrigar seus empregados a serem submetidos a tratamentos impostos por profissionais da medicina do trabalho, exceto se a doença trazer risco de vida a si ou aos demais. Nessa exceção, torna-se cabível a rescisão por justa causa em razão da recusa, desde que não tenha estabilidade contratual decorrente, por exemplo, nos casos de doença laboral¹⁸².

E mais, o direito ao nome previsto no artigo 16 do Código Civil proíbe que o empregado não seja tratado por seu nome no ambiente de trabalho, nem que seja por denominações de cargos que ocupa, ou números de identificação, tais designações devem ser utilizadas em conjunto com o nome da pessoa¹⁸³. Ademais, o artigo 17 do Código Civil assegura a proteção ao nome do trabalhador em face do desprezo público, proíbe anotações na carteira de trabalho (CTPS) do empregador, e informações em jornais internos ou de sindicatos patronais que gerem danos aos direitos da personalidade¹⁸⁴.

Igualmente, é faculdade ao empregado ceder o uso de seu nome em propaganda comercial, possível até cobrança de valor, inexistindo qualquer obrigatoriedade de fazê-lo em razão da relação de trabalho, como afirma o artigo 18 do Código Civil. E, o uso de pseudônimo em ambiente de trabalho em substituição ao nome não pode gerar constrangimento moral, sob pena de caracterizar assédio moral.

O assédio moral ou *mobbing* é mecanismo de transgressão à honra no ambiente do trabalho, na qual, o trabalhador é submetido a situações humilhantes

¹⁸¹ “Todavia, tem, o empregado, o direito de negar sua exposição a exames, contudo, se for demitido graças a sua recusa, poderá bater às portas do judiciário postulando indenização por danos materiais e morais, uma vez que, teve seus direitos constitucionais de personalidade feridos, pois nesse caso, foi discriminado e punido sem qualquer causa. A não admissão, também por recusa do candidato a exames, é discriminatória e ilícita, passível de questionamento junto ao Poder Judiciário. Contudo, pode-se admitir o exame facultativo ao empregado, devidamente vinculado a sua concordância não viciada, desde que, sua função esteja totalmente vinculada a atos que comprometam a segurança da empresa, de terceiros e do meio ambiente”. (VALIO, Marcelo Roberto Bruno. *Idem, ibidem*. p.68)

¹⁸² VALIO, Marcelo Roberto Bruno. *Idem, ibidem*. p.69.

¹⁸³ VALIO, Marcelo Roberto Bruno. *Idem, ibidem*. p.69.

¹⁸⁴ “O intuito revelador do empregador, no sentido de elogiar publicamente um empregado, em certos momentos, poderá causar-lhe o desprezo público. Não é só a degradação da imagem de uma pessoa, veiculada publicamente, que gera desprezo público”. (VALIO, Marcelo Roberto Bruno. *Idem, ibidem*. p.70)

ou constrangedoras de maneira repetida ou sistemática, constituindo-se perseguição psicológica à dignidade humana do trabalhador. Constituindo-se em diferentes formas de transgressão o assédio moral pode ocorrer na atribuição de tarefas menores, ou prática de galhofas e piadas ou recusa silenciosa em atribuir tarefas ao trabalhador, deixando-o à margem no ambiente de trabalho (assédio moral omissivo¹⁸⁵).

O *mobbing* pode ser causa de rescisão indireta do contratado de trabalho, haja vista que a CLT, em dispositivo já mencionado, dispõe sobre a hipótese de cessação do pacto laboral por iniciativa do empregado, mas por culpa do empregador, mediante falta grave.

Prosseguindo na análise dos direitos da personalidade expressos no Código Civil aplicados à relação de trabalho, enfatiza-se que os escritos, a voz e a imagem são protegidas pelo artigo 20, salvo expressa autorização ou quando necessários a administração da justiça ou manutenção da ordem pública.

E por fim o artigo 21 assegura a inviolabilidade da vida privada, sob pena de o Estado-juiz, a requerimento do trabalhador, adote medidas para impedir ou fazer cessar o ato, em caso de transgressão.

Nesta oportunidade, além dos exemplos já identificados no corpo desta dissertação, iremos verificar algumas hipóteses de aplicação dos direitos da personalidade nas relações de trabalho, não tendo a pretensão de exaurir as hipóteses, até porque elas andam em compasso com a constante dinâmica social.

Inicialmente, as entrevistas, fase pré-contratual, não podem ofender os direitos da personalidade, devem se limitar a tratar de assuntos pertinentes à

¹⁸⁵ “Para além das humilhações mais visíveis, o assédio moral pode manifestar-se também de modo mais sutil, como na sistemática atribuição de tarefas ‘menores’ ou na repetição diária de piadas e galhofas que minam a autoestima do empregado. A melhor doutrina trabalhista destaca que, embora a fonte do assédio moral seja normalmente um superior hierárquico (assédio moral vertical), nada impede que tenha origem em colegas de trabalho ou companheiros de equipe (assédio moral horizontal), registrando, contudo, que, não raro, o assédio moral na forma horizontal tem origem vertical, isto é, o panorama desfavorável se descortina a partir de um superior hierárquico que, com sugestões sutis ou mensagens quase subliminares, surge como eminência parda de todo este processo [...] O assédio moral pode assumir, ainda, conotação coletiva, quando não se dirige a um ou alguns empregados em particular, mas configura verdadeira prática empresarial, voltada a aumentar os níveis de produtividade [...] assédio moral omissivo, assim entendido aquele que decorre da silenciosa recusa em atribuir ao empregado qualquer tarefa, deixando-o à margem do que acontece no ambiente de trabalho”. (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p.91)

atividade laboral contratada. E se o empregador promover a expectativa de contratação sem fazê-lo poderá ser cobrado judicialmente¹⁸⁶.

A investigação sobre aspectos pessoais do candidato, ou mesmo de já contratados, não pode ultrapassar a vida privada e a liberdade pessoal da pessoa. O artigo 482 da CLT, através de interpretação literal, conduz a rescisão do contrato pelo empregador em face de alcoolismo, ingestão de drogas e práticas de jogos de azar, mesmo que tais condutas não afetem a prestação do serviço. Entretanto, cabe discordar, uma vez que deve ser configurado pelo empregador, de acordo com o caso concreto, de que maneira tais condutas extra-laborais acarretam prejuízo para sua empresa, ou mesmo para a imagem.

Cumprе evidenciar que a Professora Alice Monteiro de Barros enfatiza a inadequação do texto da CLT sobre a rescisão do contrato por justa causa nas hipóteses de alcoolismo, ingestão de drogas e jogos de azar, entretanto posiciona-se pelo aguardo de alteração legislativa¹⁸⁷. Não obstante, é postura interpretativa passiva, destoa dos caminhos da interpretação construtiva defendida no primeiro capítulo, tampouco da força normativa constitucional no princípio vetor da dignidade da pessoa humana.

Nesse compasso, os testes toxicológicos, psicotécnicos e psicológicos devem respeitar a vida privada e demais dimensões da tutela da pessoa humana do candidato. Ao aplicá-los deverá haver aquiescência de profissional qualificado e os questionamentos deverão ser específicos da atribuição da ocupação laboral pretendida¹⁸⁸.

¹⁸⁶ “Assim, certas situações poderão conduzir a esse fato, como: determinação de exames médicos; marcação de dia ou semana ou mês para que o empregado comece a laborar; declaração da empresa no sentido de que aquele trabalhador foi o escolhido para ocupar o determinado cargo em concorrência; solicitação de documentos pessoais do empregado e solicitação de exames médicos admissionais”. (VALIO, Marcelo Roberto Bruno. **Os direitos da personalidade nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. p.74)

¹⁸⁷ “Indiscutivelmente, a legislação brasileira está ultrapassada nesse aspecto, clamando por uma revisão, pois o alcoolismo é visto por ela exclusivamente como fato ensejador de punição, inexistindo previsão de amparo ao empregado acometido desse mal. Entretanto, a norma legal continua em vigor. Logo, não obstante algumas manifestações da jurisprudência em sentido contrário à CLT, não se pode afastar a justa causa para a dispensa, quando a embriaguez fica comprovada em uma das formas previstas no art. 482, alínea ‘f’ do texto consolidado. Urge, portanto, uma revisão na legislação tornando-a menos repressiva e mais reabilitadora, adequando-a ao real interesse social, todavia, antes que tal aconteça, persiste o direito de o empregador lançar mão dessa justa causa, principalmente quando o comportamento do autor influiu na relação trabalhista, colocando em risco a coletividade”. (DE BARROS, Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: Ltr, 2009. p.128)

¹⁸⁸ VALIO, Marcelo Roberto Bruno. **Os direitos da personalidade nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. p.77.

Em especial nos exames psicotécnicos é importante que o candidato saiba previamente quais aspectos da personalidade que interessam ao empregador, a fim de que possa realizar o controle da atividade em conformidade com o direito fundamental da personalidade¹⁸⁹.

Ainda na seara dos testes, o uso do detector de mentiras ou polígrafo afeta a esfera íntima do trabalhador, transgride sua intimidade. Entretanto, ainda é levantado o argumento de que tem a finalidade de comprovar a honradez, argumento falho mediante todo arcabouço teórico apresentado sobre a tutela da pessoa humana.¹⁹⁰

A apresentação de certidões positivas criminais, cíveis e bancárias, não podem ser motivos para não contratação do trabalhador, uma vez que a pessoa humana possui direito de recomeçar, de apagar o passado, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana¹⁹¹. Existe corrente doutrinária que defende a possibilidade de pesquisa de certidões cíveis e criminais por ausência de impedimento legal, entretanto tal interpretação foge totalmente aos parâmetros interpretativos defendidos neste trabalho acadêmico.

Critério temporal interessante é defendido por Monteiro de Barros, qual seja a certidão positiva de condenação criminal somente é válida até os limites fixados pela sentença penal condenatória, exceto se tiver conexão com a função que irá exercer, que repercute na boa imagem da empresa¹⁹².

Esta polêmica remete ao combate à discriminação¹⁹³ no ambiente do trabalho, tal como a proibição de discriminação racial, em razão de religião, por motivos de gênero, por ser portador de síndrome de imunodeficiência adquirida¹⁹⁴,

¹⁸⁹ DE BARROS, Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: Ltr, 2009. p.64.

¹⁹⁰ DE BARROS, Alice Monteiro. *Idem, ibidem*.p.66.

¹⁹¹ VALIO, Marcelo Roberto Bruno. *Op. cit.* p.76.

¹⁹² DE BARROS, Alice Monteiro. *Op. cit.* São Paulo: Ltr, 2009. p.134.

¹⁹³ “O princípio da não-discriminação possui conexão com a garantia dos direitos da personalidade e atua como limite imposto pela Constituição Federal à autonomia do empregador, quando da obtenção de dados a respeito do candidato ao emprego, e se projeta durante a execução do contrato”. (DE BARROS, Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: Ltr, 2009. p.61)

¹⁹⁴ “A situação de discriminação ao empregado aidético muitas vezes finda por acarretar a sua despedida. Discute-se se é possível a reintegração do empregado aidético, despedido por estar contaminado com o HIV, ou seja, se ele tem, ou não, estabilidade no emprego”. (VALIO, Marcelo Roberto Bruno. **Os direitos da personalidade nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. p.85). Acreditamos que é possível a estabilidade, uma vê que encontra amparado na tutela da pessoa humana e na não discriminação no trabalho.

por obesidade¹⁹⁵, por orientação sexual, por utilização de tatuagens, dentre outras. Tais discriminações afetam o direito da personalidade, sobretudo o direito à identidade pessoal.

Em razão da relevância do tema e da possibilidade da transgressão do direito da personalidade pela discriminação, torna-se necessário tecer maiores comentários, apesar de não ser o escopo principal deste trabalho acadêmico. Portanto, a discriminação é a exteriorização do preconceito, é manifestação de percepção que nega o direito fundamental de tratamento igual a todos, em que pese cada um possua particularidades.

Discriminar, nas palavras de Brito Filho, “é atentar contra o princípio da igualdade, muito embora não só contra ele, como também contra a dignidade do ser humano¹⁹⁶”. O ato de discriminação fere o vetor interpretativo, a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a não-discriminação fundamenta-se primordialmente no respeito à dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual uma violação à igualdade toma proporções bem mais relevantes socialmente, posto que significa a negativa de conceder o mínimo ao ser humano. É a igualdade limite à autonomia privada, tanto no momento da admissão, quanto no curso da relação jurídica trabalhista¹⁹⁷.

A atividade interpretativa deve cuidar para que as distinções sejam fundamentadas em motivos razoáveis, legítimos e, portanto, justos, em sintonia com a ordem constitucional. Portanto, no momento de estabelecer o liame que distancia a discriminação da diferenciação, há que se ter em mente o respeito à razoabilidade e à proporcionalidade, para que não se transponha os direitos fundamentais.

Perceba-se, que é a igualdade substantiva um dos instrumentos de concretização da dignidade da pessoa humana. Portanto, a igualdade se apresenta de maneira complexa e suas dimensões podem se dá da seguinte maneira:

¹⁹⁵“Hipoteticamente, porém as empregadas ou empregados obesos, que possuem essa desigualdade, poderão ser tratados desigualmente, desde que a natureza do cargo exija, como exemplo no cargo de auxiliar de corredores cegos para maratonas ou até mesmo vigilantes. Não pode haver um tratamento abusivamente diferenciado a pessoas que se encontram em situações idênticas na relação de trabalho. Nessa trilha, afirma-se que poderá haver discriminações, sem que haja qualquer ferida ao princípio da igualdade, desde que sejam pautadas em motivo legítimo, lógico, plausível e não atentatório ao princípio da dignidade da pessoa humana”. (VALIO, Marcelo Roberto Bruno. *Idem, ibidem*. p.110)

¹⁹⁶ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Discriminação no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 37.

¹⁹⁷ DE BARROS, Alice Monteiro. *Op. cit.* p.121.

a) tratamento igual de situações iguais e tratamento diferente de situações diferentes, na medida das diferenças (desde que estas não tenham sido previamente criadas pelo legislador), de forma a instituir uma igualdade efetiva;

b) tratamento semelhante de situações semelhantes, na medida da semelhança;

c) admissibilidade de medidas de discriminação positiva, sempre que tal se revele necessário para compensar desigualdades fáticas que de antemão pesam sobre determinadas pessoas¹⁹⁸. Nessa ordem de ideias, em conformidade com o caso concreto deverá ser verificado se a diferenciação sofrida é condizente com a aptidão para o trabalho.

No que diz respeito à revista íntima, o poder fiscalizatório do empregador não pode ultrapassar a esfera de proteção constitucional dos direitos da personalidade. Nesse sentido, o artigo 373-A, inciso VI, da CLT proíbe a realização de revistas íntimas em empregadas, no entanto permanecem válidas revistas em que sejam preservados os direitos da personalidade, todavia os seus limites de atuação são amplamente debatidos¹⁹⁹.

Vejamos alguns limites à revista íntima aduzidos pela doutrinadora Alice Monteiro de Barros: deverá ser realizada no âmbito de empresa; em regra, será realizado na saída do empregado, na entrada ou durante a execução do serviço, apenas com exceção justificada; a revista individual ou em poucas pessoas é possível mais desde que apresentado fundamentos relevantes para tal ato; não é possível realizar revistas em objeto do empregado sem o seu consentimento²⁰⁰.

As listas negras, criadas pelas empresas com intuito de identificar funcionários ou ex-funcionários que ingressaram na Justiça do Trabalho pleiteando algum direito subjetivo, fere a privacidade mesmo que tais informações estejam

¹⁹⁸ MIRANDA, Jorge. **Democracia com mais cidadania: a questão da igualdade na participação política**. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1998. p. 37.

¹⁹⁹“i) a revista deverá somente ser procedida em áreas em que tal atividade seja justificável; ii) não se deve fazer revistas discriminatórias, escolhendo-se sempre os mesmos empregados; a revista deve ser feita em todos os empregados ou em alguns de forma aleatória, segundo sorteios, por exemplo; iii) as revistas devem ser feitas por pessoas do mesmo sexo e na presença de testemunhas; iv) as revistas que envolvam a retirada da roupa devem ser feitas em ambientes isolados; v) deve haver prévio aviso da revista ou estipulação em regulamento de empresa; vi) a revista deve ser feita somente no âmbito da empresa e jamais fora dela”. (VALIO, Marcelo Roberto Bruno. **Os direitos da personalidade nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. p.100)

²⁰⁰ DE BARROS, Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: Ltr, 2009. p.82.

disponíveis no endereço eletrônico do próprio Poder Judiciário²⁰¹. Recordar-se que as informações devem ser vinculadas às finalidades que elas foram geradas, qualquer desvirtuação gera dano à tutela da pessoa humana.

Igualmente, o acesso a comunicações interpessoais pelo ambiente virtual realizado pelo empregador sem anuência do empregado transgride o direito à privacidade, por mais que existiam inúmeras facilidades da informática para o acesso²⁰². Entretanto, esse não é um posicionamento pacífico, pois ainda existem entendimentos que permitem que a correspondência eletrônica seja utilizada como prova contra o empregado; não é esse o entendimento do presente estudo por destoar dos pressupostos interpretativos basilares do Estado Democrático de Direito supramencionados.

No que tange à compatibilidade entre o poder diretivo e a tutela da pessoa humana, limites ao empregado de ir ao banheiro e realizar chamadas telefônicas podem incidir em transgressão aos direitos da personalidade. Entretanto, importante verificarmos a finalidade de tais restrições, por exemplo, se as chamadas telefônicas estão restritas por política empresarial de controle de gastos, bem como, a conduta do empregado não abusar de seu direito de ir ao banheiro para postergar a realização de suas atividades²⁰³.

Situação semelhante acontece com o poder diretivo sobre a apresentação do empregado: é possível intervenção do empregador sobre a vestimenta, higiene, corte de barba, maquiagens exageradas, tatuagens visíveis e piercings, sempre que tal controle seja imprescindível para o bom desenvolvimento do trabalho²⁰⁴.

Apresentou-se aqui o panorama geral dos direitos da personalidade na relação de trabalho, o tema não foi esgotado, nem tínhamos essa a pretensão no momento em razão da extensão e da complexidade da problemática. Não obstante, a relevância de alguns casos será retomada no quarto capítulo de nosso estudo para que seja verificado se o direito como integridade foi respeitado nos julgados, ou qual perspectiva interpretativa foi efetivada dentro da teoria de Ronald Dworkin.

²⁰¹ VALIO, Marcelo Roberto Bruno. **Os direitos da personalidade nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. p.101)

²⁰² LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. São Paulo: Renovar, 2003. p.112-113.

²⁰³ DE BARROS, Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: Ltr, 2009. p.90-91.

²⁰⁴ DE BARROS, Alice Monteiro. *Idem, ibidem..* p.137.

CAPÍTULO III

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO VIÉS DA TUTELA DA PESSOA HUMANA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

3.1 RESPONSABILIDADE COMO SOLIDARIEDADE: A COMPREENSÃO DA RESPONSABILIDADE NA SOCIEDADE DE RISCO

Em um ritmo cada vez mais acelerado, as sociedades contemporâneas transformam-se, a globalização promoveu uma quebra de barreiras sociais,

constituiu uma maior interdependência entre as nações estatais e também intensificou a cultura do risco como instrumento de lucratividade. Questiona-se se tal panorama não pode perturbar o processo de constitucionalização e personalização das relações privadas²⁰⁵. Como se nota, há um dilema entre o paradigma globalizante e o paradigma da tutela da pessoa.

As dificuldades oriundas do processo de globalização residem, a priori, no fato de que se trata de um processo aonde as relações entre os diversos agentes ocorrem no quadro de uma hierarquia, que estabelece situações assimétricas, tanto no acesso às redes globais, quanto na distribuição de infraestruturas sociais e econômicas²⁰⁶.

O processo de globalização conduz a relações de poder desiguais e em função dessa desigualdade, permeia a sociedade com ideais de consumo somente acessíveis a poucos; ao mesmo tempo, para produzir esses benefícios, aprofunda os níveis de desigualdade econômica e exclusão social, o que afeta a qualidade de vida da maioria²⁰⁷.

Assim, Ulrich Beck publicou no século XX a *Sociedade de Risco* (2002) a fim de investigar o problema do risco global. A sociedade de risco é fruto dos avanços tecnológicos e do incremento da desigualdade, que geram novos desafios para a democracia, uma vez que a busca de soluções rápidas aos problemas crescentes acabam por resultar em Estado de ordem.²⁰⁸ A promessa de segurança dos riscos pelo Estado deve ter compatibilidade com a opinião pública alerta e crítica, uma vez que a preocupação com o combate do risco e as adversidades da contemporaneidade possibilitam que respostas prontas, afastadas dos derradeiros anseios da sociedade sejam efetivadas pelo Estado, o que resulta na ausência de identificação do cidadão com o Estado.

Além das fronteiras nacionais, a própria intimidade, como fronteira da individualidade, é reestruturada em tempos de globalização, em virtude do

²⁰⁵ ALENCAR, Maria Luiza P. **Globalização Financeira: Mudanças que afetam o campo jurídico-econômico dos contratos e os modos de ligar com o risco** In: Aldacy Coutinho et. al. (Org.) LIBER AMICORUM Homenagem ao Prof. Doutor Antônio José Avelãs Nunes. Coimbra e São Paulo: Coimbra e RT, 2009. p. 741-770.

²⁰⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. **Direito Cosmopolítico e Direitos Humanos**. Joaçaba: Revista Espaço Jurídico, jul/dez 2010. p. 266-275.

²⁰⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. *Idem, ibidem*. p. 266-275.

²⁰⁸ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 2002. p.26.

desaparecimento de muros no contexto da sociedade complexa²⁰⁹, em que o homem poderia se esconder. O homem encontra-se cada vez mais exposto à observação dos demais. Portanto, o espaço privado deve ser observado por intermédio dessa nova perspectiva, a tutela da pessoa humana deve acompanhar a presente transformação do panorama internacional de estabelecimento de relações interpessoais.

Os riscos na sociedade globalizante são pautados pelo medo e pela incerteza, haja vista a intensificação da complexidade das relações sociais, que tornam obscuras a relação de ação/resultado praticada pelo sujeito, bem como a variabilidade de inovações, que imprimem aos hábitos um ritmo mais acelerado²¹⁰.

Diante das mudanças no cenário mundial, que se refletem diretamente no âmbito de nossa sociedade, o sistema de responsabilidade calcado preponderantemente em culpa demonstrou fragilidades, então surgiu o sistema de responsabilidade objetiva, com base na aferição do risco, desvalorizada a identificação da culpa²¹¹.

Vale distinguir que há riscos esperados e pactuados como objetos da negociação, componentes relevantes na busca de maiores lucros, e riscos gerais de perda, inerentes à própria movimentação desse setor econômico, a serem administrados na conjuntura do mercado (monitoramento para evitar grandes prejuízos aos negócios - sistemas de *risk management*) que vislumbra o nível de risco envolvido²¹².

Assim, ao invés de Estado de Ordem, a preocupação com o risco no espaço democrático deve ser harmonizada com soluções legitimadas nos anseios populares e com efetivação da essência constitucional. A nova percepção do Estado decorre

²⁰⁹ BECK, Ulrich. *Idem, ibidem*. p.11.

²¹⁰ BECK, Ulrich. *Idem, ibidem*. p.21.

²¹¹ “Impõe-se, designadamente, repensar os parâmetros clássicos da responsabilidade civil assentes na relação lesante e lesado, em que o primeiro fica obrigado a ressarcir o segundo pelos danos causados. Como se faz notar, as ameaças típicas da sociedade de risco não são social, espacial e temporalmente delimitáveis e, por isso, escapam ao esquema tradicional da responsabilização, delimitada por um nexo relacional de causa e efeito. As características dos riscos inviabilizam que se proceda à quantificação precisa do montante do dano, bem como à determinação exacta dos lesados, pelo que o Direito se confronta com actividades danosas cujas consequências não são passíveis de compensação à luz do princípio da responsabilização, nem de se enquadrarem na lógica das empresas privadas de seguros”. (FREIRE, Paula Vaz. Sociedade de risco e direito do consumidor. In: LOPEZ, Teresa Ancona [et.al] (coord.). **Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeiristas e ambientais**. São Paulo: Atlas, 2013. p.378.

²¹² ALENCAR, Maria Luiza P. **Globalização Financeira: Mudanças que afetam o campo jurídico-econômico dos contratos e os modos de ligar com o risco** In: Aldacy Coutinho et. al. (Org.) LIBER AMICORUM - Homenagem ao Prof. Doutor Antônio José Avelãs Nunes. Coimbra e São Paulo: Coimbra e RT, 2009. p.741-770.

da configuração de novo pacto social, que celebra a solidariedade do Estado para com os cidadãos.

Passou-se a criticar o sistema punitivo e meramente indenizatório dos riscos, tendo em vista o caráter irreparável dos danos e a dificuldade em encontrar (e provar) o chamado nexos causal, ou o liame entre o evento danoso e a conduta individual do agente, o que gerou a necessidade de reformular o sistema de responsabilidade civil.²¹³

Desse modo, urge a reformulação do conceito de responsabilidade, no intuito de harmonizar o panorama internacional de globalização e das peculiaridades da sociedade de risco ao processo de humanização de constitucionalização das relações privadas. Assim, destacaremos os estudos de Paul Ricoeur e Hans Jonas, como teorias éticas da responsabilidade, pautadas no dever de proteção e de solidariedade.

A partir dos usos contextuais contemporâneos do termo responsabilidade, Paul Ricoeur²¹⁴ propõe um ensaio de análise semântica, uma vez que o uso clássico do termo pressupunha obrigação, mas atualmente passa por reformulações e começou a apresentar uma fluidez conceitual.

Destaca Ricoeur²¹⁵ que a relação do termo responsabilidade com a obrigação de fazer algo, transcende à atividade de reparação e de punição, sendo a polissemia do termo um fator que contribuiu para esse efeito expansivo semântico, que invade a seara da periculosidade, do risco e da solidariedade trazendo uma crise aos pressupostos da filosofia moral do termo “responsabilidade”.

Investigando a relação primitiva com a obrigação, o termo “retribuição” é o melhor situado, tornando-se a obrigação de reparar ou de sofrer pena corolário do termo retribuição. Por outro lado, o termo “imputação” é utilizado anteriormente ao termo “responsabilidade”, referindo-se a prestar contas em sentido extrajurídico (moral), sentido que o termo “responsabilidade” passou a ter no campo jurídico.

²¹³ ALENCAR, Maria Luiza P. *Idem, ibidem*. p.741-770.

²¹⁴ “O ensaio é motivado pela espécie de perplexidade em que deixou o exame dos usos contextuais contemporâneos do termo responsabilidade. Por um lado, o conceito parece estar ainda bem fixado no seu uso jurídico clássico: em direito civil, a responsabilidade define-se pela obrigação de se reparar o dano que se causou por sua falta e, em certos casos, determinados pela lei; em direito penal, pela obrigação de suportar o castigo”. (RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p.35)

²¹⁵ “A expansão prossegue em todos os sentidos, graças às assimilações casuais encorajadas pela polissemia do verbo responder: não somente responder por ... mas também responder a ...(uma questão, um apelo, uma injunção, etc.)”. (RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p.36)

Paul Ricoeur faz a conexão entre os termos “imputar” e “retribuir”. Em sua visão, uma das vias do juízo de imputação é a condução ao juízo de retribuição, enquanto obrigação de reparar ou de sofrer pena, tendo em vista que a tarefa de imputar enseja atribuir ato censurável a outrem, confrontada com uma obrigação. Outra via do juízo de imputação é atribuir a alguém ser seu verdadeiro autor da ação, ou seja, realizar atribuição, tornar alguém responsável por atividade que computa méritos e descréditos²¹⁶. Nesse sentido, percebe-se que a imputação como retribuição é diferente da imputação como autor, que é a construção da responsabilidade objetiva.

A visão kantiana a partir do questionamento se existe alguma real liberdade em detrimento das leis naturais, ou não, situa a imputação como pensamento mais suave, a espontaneidade absoluta da ação²¹⁷. Ora, como atribuir responsabilidade a alguém como verdadeiro autor, se não existe certeza de que o autor agiu com liberdade? Este questionamento é a grande problemática que Kant levantou e que possui reflexos no conceito de responsabilidade, bem como em suas conexões com o termo imputação e seus consequentes pressupostos morais.

A ideia de atribuição foi substituída, paulatinamente, pela ideia de retribuição, uma vez que, ao agir em desconformidade com a lei, qualquer transgressão deve ser sucedida pela reparação do dano ou da aplicação de pena, o que vinculou o dever de agir conforme a lei com o dever de reparar danos.

Paul Ricoeur considera que a concepção clássica de responsabilidade, como obrigação de reparar o dano ou de sofrer a pena, é proveniente do desalojamento da atribuição kantiana para retribuição²¹⁸. Assim, em um segundo momento do estudo,

²¹⁶ “A definição proposta mostra bem como, a partir da obrigação ou da interdição de fazer, e por intermédio primeiramente da infracção e depois da reprovação, o juízo de imputação conduz ao de retribuição enquanto obrigação de reparar ou de sofrer pena”. (RICOEUR, Paul. *Idem, ibidem.* p.38)

²¹⁷ “Assim, a imputabilidade, tomada no seu sentido moral, é uma ideia menos radical que a de espontaneidade absoluta da acção. Mas o preço a pagar por um tal radicalismo é o da confrontação com uma situação inelutavelmente antinómica, onde dois tipos de causalidade, a causalidade livre e a causalidade natural, se opõem sem compromisso possível; ao que se junta a dificuldade em pensar em um começo relativo no meio do curso das coisas, o qual obriga a dissociar a ideia de começo na causalidade (que é causalidade livre) da de começo no tempo (o presumível começo do mundo e da realidade no seu conjunto)”. (RICOEUR, Paul. *Idem, ibidem.* p.42).

²¹⁸ “Este realinhamento bastante anárquico, temos de o confessar, foi possível devido às reinterpretações, elas mesmas bastante variadas, da ideia de espontaneidade livre, preservada por Kant como pano de fundo da ideia moral de imputação, a título de ideia cosmológica, e isso a custo da antinomia que referimos [...] Se a tentativa tiver êxito, o conceito de responsabilidade, que acabou por desalojar o de imputação a ponto de se tornar contemporâneo, poderá de novo estar disponível para novas aventuras, que não excluem as novas tentativas de remoralização da responsabilidade, mas por outras vias que não a da obrigação, no sentido de constrangimento moral

busca traçar a ideia contemporânea da responsabilidade, quando realiza o reencontro com os pressupostos kantianos de espontaneidade livre. Portanto, a substituição do termo “imputação” pela concepção de responsabilidade veio acompanhada pelo processo de desmoralização do processo de atos.

A reformulação do conceito jurídico de responsabilidade veio questionar sua relação com o caráter punitivo ou de falta, o que no direito civil está tradicionalmente atrelado à obrigação de reparar. Portanto, a responsabilidade sem falta utiliza os pressupostos da solidariedade, segurança e/ou do risco.

Ricouer preocupa-se em verificar se a responsabilização sem a noção de falta não iria trazer reflexos para a ação, uma vez que a tutela exacerbada da vítima poderia ocasionar crise no sistema de responsabilidade civil, não perdendo de vista que, quanto mais se estende a esfera do risco, maior se torna a procura por um responsável, alguém capaz de determinar e de reparar, assim configurando a ação como mera fatalidade, pois o que se torna importante é amenizar a vítima dos efeitos da incapacidade adquirida²¹⁹.

Nesse raciocínio, conceituar responsabilidade modernamente apenas na perspectiva do risco, sem o paradigma da solidariedade, seria afetar todo o nosso sistema de fidúcia entre sujeitos de direito. Portanto, o conceito moderno de responsabilidade leva em consideração a noção de imputação, de solidariedade e de risco²²⁰.

Entretanto, a visão aparente denota incompatibilidade entre a noção de imputação e do risco/solidariedade, tendo em vista que a extensão do campo de abrangência do conceito de responsabilidade pela perspectiva do risco e da solidariedade resulta na perda dos contornos da ação e dos limites de sua utilização. Obviamente, deve-se preocupar com a perspectiva de vulnerabilidade na tutela da vítima, enquanto ação que cabe ao agente responsável, sob pena de defender uma extensão ilimitada ao alcance da responsabilidade²²¹.

ou de constrangimento social interiorizada”. (RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p.45)

²¹⁹ “O paradoxo é enorme: numa sociedade que só fala de solidariedade, com o cuidado de reforçar electivamente uma filosofia do risco, a procura vindicativa do responsável equivale a uma reculpabilização dos autores identificados de danos”. (RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p.51)

²²⁰ “Em suma, se há necessidade de uma paisagem recomposta, esta é a de uma responsabilidade civil onde imputação, solidariedade e risco encontrem respectivamente seu justo lugar”. (RICOEUR, Paul. *Idem, ibidem*. p.52)

²²¹ “Mas isto não é tudo. A este deslocamento do objecto da responsabilidade, dirigido desde então para o outro vulnerável, e, por generalização, para a própria condição vulnerável, acrescenta-se um

Nessa oportunidade, a extensão contemporânea de responsabilidade considera a análise dos poderes no tempo e no espaço, e a dos prejuízos relacionados com o exercício desses poderes²²². Tal estudo é primordial para ultrapassarmos a dificuldade de diluição do extremo alcance da responsabilidade, dos seus derradeiros limites da atuação, então analisaremos a nova a concepção de reparação, uma vez afastada a noção de reciprocidade da imputação.

O sujeito responsável é quem possui poder de gerar prejuízos, bem como é aquele que tem o efeito intencional previsível a curto prazo de uma ação.

O deslocamento do objeto da responsabilidade para outro, enquanto vulnerável, ao invés da noção de reparação (reciprocidade da ação) deve ensejar responsabilidade pela injunção moral a partir do outro. Coloca limite à socialização dos riscos e abrangência da responsabilidade, pois os riscos cobertos são justamente os riscos imputados pela ação (poder)²²³.

Tal análise é realizada em juízo de prudência. Prudência realizada em sentido de juízo moral circunstanciado, no qual, se reconhece, entre as inúmeras consequências da ação, aquela por que podemos ser legitimamente responsáveis.²²⁴

Ao corroborar o sentido de responsabilidade como solidariedade, Hans Jonas analisa os tempos contemporâneos, e traça uma conotação ética construída a partir das categorias de bem²²⁵, de dever²²⁶ e de ser. Em sua teoria, Hans Jonas defende

outro deslocamento que confere ao precedente uma nova inflexão. Poderíamos falar aqui de uma extensão ilimitada do alcance da responsabilidade, tornando-se a vulnerabilidade futura do homem e do seu meio o ponto focal do cuidado responsável". (RICOEUR, Paul. *Idem, ibidem*. p.54)

²²² "Ora, os prejuízos ligados ao exercício desses poderes, quer sejam previsíveis, prováveis ou simplesmente possíveis, estendem-se igualmente tão longe quanto os próprios poderes. Daí a trilogia poderes-prejuízos-responsabilidade. Dito de outro modo, tão longe quanto se estendem os nossos poderes assim também se estendem as nossas capacidades de provocar prejuízos e igualmente a nossa responsabilidade pelos danos". (RICOEUR, Paul. *Idem, ibidem*. p. 55)

²²³ "[...] a ação humana só é possível sob a condição de uma arbitragem concreta entre a visão, a curto prazo, de uma responsabilidade limitada aos efeitos previsíveis e controláveis de uma acção e a visão, a longo prazo, de uma responsabilidade ilimitada". (RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 59)

²²⁴ "Foi por fim a virtude da prudência, que nos reconduziu o dilema suscitado pela questão dos efeitos laterais da acção entre os quais se classificam os prejuízos. Mas já não se trata então da prudência no sentido fraco de prevenção, mas da *prudencia*, herdeira da virtude grega de *phronêsis*, por outras palavras, no sentido de juízo moral circunstanciado". (RICOEUR, Paul. *Idem, ibidem*.p.60)

²²⁵ "Se a natureza cultiva finalidades ou objetivos, como agora supomos, ela também atribui valores. Pois, independentemente da forma como ela estabelece suas finalidades e as persegue, alcançá-las constitui um bem e fracassar constitui um mal. Com essa distinção se inicia a imputabilidade de valor. Mas no interior da busca previamente estabelecida da finalidade, que comporta apenas vitórias ou fracasso, não é possível um julgamento sobre o bem da finalidade. Por isso tampouco é possível deduzir algumas obrigação, que vá além do interesse. Se existem finalidades estabelecidas

que a ética na responsabilidade procura combater os desníveis circunstanciais entre os mais fortes e os mais fracos, tornando-se verdadeiro mecanismo de consolidação dos valores e fins da sociedade.²²⁷

Ademais, há dentro do princípio da responsabilidade um dever com a humanidade para o futuro, para que ela continue a existir (intergeracional). Nesse sentido, Hans Jonas identifica dois sentidos para a responsabilidade, quais sejam:

1º) O de imputação causal de atos realizados: no qual o agente é responsável por seus atos (elemento volitivo) desde que haja nexos de causalidade com os danos sofridos pela vítima, é a responsabilidade sinônimo de compensação legal ou de punição, que recomenda ao agente de menor atuação como recomendação de prudência, mas não cuida do aspecto ético da responsabilidade²²⁸.

2º) O segundo sentido de responsabilidade diz respeito ao dever do poder, uma vez que a pessoa se torna objetivamente responsável por quem lhe foi confiado e afetivamente engajada graças ao sentimento de responsabilidade: no sentido de que aquele que obriga, encontra nexos com a vontade subjetiva.²²⁹

Nesse sentido, Hans Jonas defende, na segunda perspectiva, que somos responsáveis até pelos nossos atos mais irresponsáveis, representados pelo exercício do poder sem a observação do dever, ou seja, “representa uma quebra da relação de confiança presente na responsabilidade” em relações jurídicas marcadas pela desigualdade de atribuições ou de competências.²³⁰

na natureza, inclusive aquelas que nos concernem, a dignidade delas só pode derivar de sua existência efetiva”. (JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaios de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2011. p.149)

²²⁶ “Com toda teoria ética, uma teoria da responsabilidade deve lidar com ambos os aspectos: o fundamento racional do dever, ou seja, o princípio legitimador que está por trás da reivindicação de um “deve-se”, imperativo, e o fundamento psicológico da capacidade de influenciar a vontade, ou seja, de ser a causa de alguma coisa, de permitir que sua ação seja determinada por ela. Isso quer dizer que a ética tem um aspecto objetivo e outro subjetivo, aquele tratando da razão e o último, da emoção”. (JONAS, Hans. *Idem, ibidem*. p.157)

²²⁷ JONAS, Hans. *Idem, ibidem*. p. 229 e ss.

²²⁸ “Enfim, quanto menos se age, menor é a nossa responsabilidade, e, na ausência de um dever positivo, evitar a ação pode constituir uma recomendação de prudência. Em suma, entendida assim, a ‘responsabilidade’ não fixa fins, mas é a imposição inteiramente formal de todo agir causal entre seres humanos, dos quais se pode exigir uma prestação de contas. Assim, ela é a precondição da moral, mas não a própria moral. O sentimento que caracteriza a responsabilidade - não importa se pressentimentos ou reação posterior - é de fato moral (disposição de assumir seus atos), mas em sua formalidade pura não é capaz de fornecer o princípio efetivo para a teoria ética, que em primeira e última instância tem a ver com a apresentação, reconhecimento e motivação de finalidades positivas para o *bonum humanum*”. (JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaios de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2011. p.168)

²²⁹ JONAS, Hans. *Idem, ibidem*.p.167.

²³⁰ JONAS, Hans. *Idem, ibidem*.p.168.

Afinal, a simples condição humana enseja a necessidade de conviver harmoniosamente entre pessoas, como reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana, e atualmente é intensificada pelo perigo que a condição humana tem sofrido mediante a necessidade cada vez maior de preservação da condição de sobrevivência em nosso planeta, logo o pensar solidário torna-se premissa essencial.²³¹ Nesse panorama, o querer realizar o “bem” em si precede a responsabilidade como dever de proteção, que nasce do poder de atuação do homem.²³²

Por isso, o primeiro sentido de responsabilidade aqui apresentado é incompatível com o atual paradigma constitucional, tendo em vista que o Estado Democrático de Direito enseja não apenas omissões de ação para concretização dos direitos fundamentais, imprescindível incidência de deveres positivos, tal como o sentido de responsabilidade como dever do poder, a fim de que o valor da solidariedade seja efetivado. Portanto, as duas noções de responsabilidade devem conviver em nosso ambiente interpretativo, mas a primeira compreensão por si só não adequa a responsabilidade civil aos parâmetros atuais da essência constitucional.

3.2 A LIBERDADE E A IGUALDADE SUBSTANCIAIS COMO PRINCÍPIOS INSTAURADORES DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

É a solidariedade social o fundamento do Estado Democrático de Direito que irá promover uma mudança de compreensão na responsabilidade civil, uma vez que a pré-compreensão sobre o assunto mudou no contexto atual da sociedade, notadamente na sociedade brasileira e em seu modelo democrático.

André Rodrigues Corrêa²³³ em estudo sobre a responsabilidade e a solidariedade identifica que, a partir do Estado Social, houve mudança nos parâmetros de funcionamento de diversos institutos de direito privado, dentre eles a responsabilidade civil. É o resultado da eficácia irradiante dos direitos fundamentais

²³¹ “Quando falamos da ‘dignidade do homem’ como tal, somente devemos compreendê-la em um sentido potencial, pois em caso contrário, tal discurso expressará uma vaidade imperdoável. Contra tudo isso, a existência do homem, é uma prioridade, pouco importando que ele mereça em virtude do seu passado ou da sua provável continuidade”. (JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaios de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2011. p.176-177)

²³² JONAS, Hans. *Idem, ibidem*.p. 216.

²³³ CORRÊA, André Rodrigues. **Solidariedade e responsabilidade: tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 317-320.

e de suas concepções expansivas atuais nas relações privadas, em especial para nós, que temos o direito social do trabalho como resultado da transformação da máxima liberal da fraternidade em solidariedade social.

A influência de imperativos sociais e democráticos sobre o Estado brasileiro no terreno do direito privado promoveu a sua constitucionalização, constituindo o cidadão um elemento participante dos objetivos constitucionais fundamentais, pois foi por ele e para ele que estes fundamentos foram elaborados, a lembrar: a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e, principalmente a aplicação e concretização da igualdade substancial e da liberdade. Logo, o cidadão é também um elemento de base da solidariedade social juntamente com a figura do Estado.²³⁴

A solidariedade é reclamada não apenas como ato de caridade (deveres morais positivos), mas “para defesa da atuação de deveres de proteção, entendidos como efetivos deveres jurídicos positivos produzidos por um direito social”.²³⁵ Configura-se a transformação de deveres morais de beneficência em deveres jurídicos de proteção.

Nesta oportunidade, a análise dos argumentos dos Tribunais a respeito da implementação desses escopos sócio-democráticos é relevante, pois o Poder Judiciário possui o dever casuístico de legitimidade da atividade jurisdicional em implementar as bases valorativas constitucionais nos moldes interpretativos e de compreensões coletivas, em compatibilidade harmônica da maioria e das minorias.²³⁶

Assim, a solidariedade enseja medidas de igualdade social, com o escopo nivelador de desigualdades e provedor de condições de cidadania, tendo em vista o cidadão como o titular efetivo de direitos fundamentais e a todos.²³⁷

Por isso, é destacado o princípio da dignidade humana como vetor interpretativo de nosso Estado Democrático de Direito e torna-se imprescindível

²³⁴ CORRÊA, André Rodrigues. **Solidariedade e responsabilidade: tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.321.

²³⁵ CORRÊA, André Rodrigues. *Idem, ibidem..* p.326.

²³⁶ “[...] impõe-se analisar a forma como os tribunais superiores tomam decisões relativamente a fatos que se apresentam como signos distintivos de certos estratos sociais e de que forma tratam as pessoas que são diferenciadas em razão de suas relações com esses mesmos fatos”. (CORRÊA, André Rodrigues. *Idem, ibidem.* p. 326)

²³⁷ “Em um Estado Social e Democrático de Direito, a miséria e a desigualdade não parecem impostas inexoravelmente pela Providência. Os fracos não podem ser por esse Estado, tratados como seres inferiores, então decorrendo que: a atenção recebida não tem sequer necessidade de ser “condoída”; a assistência não é “piedade”, mas “justiça”, quem é fraco tem o direito de ser protegido”. (CORRÊA, André Rodrigues. *Idem, ibidem.* São Paulo: Saraiva, 2009. p.325-326.)

aferir quais os mecanismos que a responsabilidade civil encontra para tutelar a vítima em tempos de sociedade de risco.²³⁸

A mudança do paradigma da patrimonialização do Código Civil de 1916 para o da personalização no Código Civil de 2002 foi primordial. Além do mais, a estrutura atual do Código Civil é rica em cláusulas abertas e em conceitos jurídicos indeterminados, o que proporciona uma melhor adequação ao conteúdo material da Constituição Federal por intermédio de argumentação do intérprete (em nosso estudo defendida pela perspectiva construtiva de Ronald Dworkin).

O Código Civil de 2002 adotou três princípios que serviram como base para a construção deste diploma legal: eticidade, socialidade e operabilidade²³⁹, e resgatou a importância da ética nas relações privadas, tal como Hans Jonas preocupou-se anteriormente, valores que não foram preponderantes no Código Civil de 1916. De maneira resumida a seguir trataremos do que cada um desses princípios reza.

O princípio da eticidade busca efetivar a tutela da pessoa humana, torna a pessoa e os seus direitos fundamentais o núcleo da lei civil, ao invés do patrimônio. Eis a ética como valor relevante. No que diz respeito à socialidade, a pessoa humana não deve ser considerada fora de um contexto social, mas inserida nele, o que afasta interpretações individualistas nas relações privadas. E o princípio da operabilidade cuida do sistema de cláusulas gerais que norteiam o atual Código Civil, preocupando-se com a prestação jurisdicional adequada ao caso concreto.²⁴⁰

Nessa confluência de premissas interpretativas, os princípios basilares do atual Código Civil coadunam-se à perspectiva de responsabilidade como solidariedade, tendo em vista que a cláusula geral da responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único) decorre da aplicação da igualdade substantiva aos casos concretos como dever de tutelar pessoas em condições de vulnerabilidade adequadamente, bem como promove o equilíbrio entre direito e ética na integração entre as partes.

²³⁸ “En la modernidad avanzada, la producción de *riqueza* va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son substituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica”. (BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 2002. p.26)

²³⁹ REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. p.50 e ss.

²⁴⁰ REALE, Miguel. *Idem, ibidem*. p.50 e ss.

É o sistema de responsabilidade civil, principalmente na modalidade objetiva, que irá auxiliar a recompor a vida digna ao indivíduo que teve seu processo de escolha de vida restringido por conduta danosa de terceiro.

O fundamento da responsabilidade civil por risco na ideia de solidariedade social decorre não da violação de um dever jurídico, mas de tutela geral ao dever de proteção, uma vez que a tutela concedida ao vulnerável não lhe é algo exclusivo, mas decorrente de toda a coletividade. Portanto, substitui-se a responsabilidade por descumprimento de obrigação em prol da responsabilidade de reparação de vítimas em virtude da exigência de concretização de justiça social.²⁴¹

Assim, o Direito e mais especificamente, o sistema de responsabilidade civil não pode se alijar nessa dinâmica, passando a ser interpretado a partir das percepções das partes no processo, levando em consideração os efeitos que referida decisão judicial irá trazer para as partes e para além das partes (transindividual).²⁴²

A dignidade da pessoa humana, como epicentro do constitucionalismo contemporâneo, enseja também que o sistema de responsabilidade civil adapte-se à melhor proteção do indivíduo, enquanto vulnerável nas relações de trabalho, até porque existe primazia constitucional da proteção do trabalho sobre a livre iniciativa em nossa Carta Magna, resguardando o pleno desenvolvimento de sua existência.

E a responsabilidade civil no contexto da Pós-modernidade tem buscado traçar a garantia da dignidade da pessoa humana, o que resplandece como verdadeiro norte de validação dos pressupostos do dever de indenizar.²⁴³

²⁴¹ CORRÊA, André Rodrigues. **Solidariedade e responsabilidade: tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.564.

²⁴² “As regras relativas à responsabilidade civil objetiva foram, desde muito cedo, eleitas pela dogmática, mormente pela civilística, como exemplos da atuação daquele influxo socializador sobre o sistema de direito privado. O problema reside em saber se a análise da aplicação dessas regras pelos tribunais superiores conformaria o discurso dogmático, pois se o valor da solidariedade social, bem como os discursos que tiveram e têm a pretensão de legitimá-lo e operacionalizá-lo são fruto de certa experiência relativa ao Estado Social de Direito, é fundamental buscar estabelecer se essa experiência irá modificar os parâmetros de funcionamento de certas áreas do sistema jurídico associadas ao direito privado, entre elas as que são tidas, desde há muito tempo, como mais suscetíveis a esse movimento de socialização”. (CORRÊA, André Rodrigues. *Idem, ibidem*. p.563)

²⁴³ “[...] enfim, um critério geral de fundamentação do regime objetivo de responsabilidade civil, situado além da solução legal casuística, critério esse que visasse atender mais eficientemente os direitos das vítimas de danos, tendo por fundamentação original maior os princípios constitucionais de solidariedade social e da dignidade humana, e que se portasse, enfim, como um verdadeiro - e suficientemente abrangente - autocritério de justificação da responsabilização civil na contemporaneidade”. (HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. São Paulo: Del Rey, 2005. p.300)

Esta validação do sistema de responsabilidade como solidariedade a partir da dignidade da pessoa humana preocupa Anderson Schreiber, tendo em vista que o conteúdo da dignidade da pessoa humana é amplo demais para ser aferível.²⁴⁴ Não obstante, desde o primeiro capítulo deste trabalho utilizamos a concepção de Direito como integridade e por consequência, a argumentação pela interpretação construtiva, o que robustece o entendimento de que, apesar de amplo o conteúdo da dignidade da pessoa humana, será definido no contexto do “romance em cadeia” e nos parâmetros do caso concreto.

Ao nos reportarmos à responsabilidade civil, cumpre ressaltar que o fenômeno de constitucionalização do Direito Civil propiciou a necessidade de tutela ao indivíduo, notadamente aos direitos de personalidade, tornando-se o cerne do Direito Civil e trazendo unidade valorativa e sistemática.

A responsabilidade civil preocupa-se, tanto quanto possível, em restituir a vítima à situação anterior à lesão, na medida em que promove o reequilíbrio econômico jurídico causado pelo dano. Portanto, este é o guia do sistema de responsabilidade civil na aplicação da dignidade da pessoa humana: tutela a vítima, a fim de que o estado anterior ao dano seja restituído dentro da lógica do possível.

Nesse sentido, a responsabilidade civil objetiva irá melhor cuidar da proteção da vítima, inserida na dinâmica da sociedade de risco imprimindo a mera comprovação do nexo de causalidade e do dano superveniente, desde que não recaia em hipótese de exclusão de responsabilidade objetiva. O modelo objetivo de responsabilidade, portanto, ampliou-se com o advento do Código Civil, o que refletirá na responsabilidade civil inserida na relação de trabalho.

Como Dworkin nos ensina no primeiro capítulo, por trás de um sistema de regras sempre existe um princípio que fundamenta a interpretação e a aplicação da norma. Portanto, é a igualdade substantiva que fundamenta a aplicação da responsabilidade, inserida dentro da perspectiva da sociabilidade e de eticidade, e promovida pela operabilidade de uma teoria argumentativa substantiva.

Afinal, a responsabilidade civil objetiva do Estado prevista pela Constituição Federal no artigo 37, § 6º é decorrência da relação de extrema desigualdade entre cidadãos e o Estado. E considerando a eficácia horizontal aos direitos fundamentais nas relações privadas, as relações entre desiguais seriam equivalentes à relação de

²⁴⁴ SCREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2012. p.90-91.

desigualdade entre os cidadãos e o poder público, portanto, o princípio da igualdade que está por trás dessa interpretação. Nesse raciocínio, acreditamos que a responsabilidade objetiva deve ser aplicada nas relações privadas, quando tratar-se de relações desiguais, tal como a própria Constituição Federal estabelece para danos decorrentes da atuação da Administração Pública.

3.3 CLÁUSULA GERAL DE RESPONSABILIDADE E A TEORIA DO RISCO

Mediante a complexidade das relações sociais, a responsabilidade civil no Estado Democrático de Direito serve como mecanismo de concretização dos direitos fundamentais, tal como os direitos da personalidade, notadamente com a ampliação do poder do intérprete com o advento do atual Código Civil, que dentre as novidades estabeleceu a cláusula geral de responsabilização objetiva.

No Código Civil de 2002, a responsabilidade civil pode possuir três sentidos: compensatório, pedagógico e punitivo; sendo que os dois últimos sentidos são aplicados em determinadas situações, mas para a responsabilidade pela cláusula geral da teoria do risco, todos os sentidos podem ser aplicados pelo julgador. O principal sentido é o compensatório nos moldes do artigo 944, CC, pois satisfaz os prejuízos causados pelo dano, da feita que almeja o retorno dos fatos à situação anterior ao dano; o sentido pedagógico é acessório e inibe a execução de atos danosos ao agente do dano (prevenção específica) e aos demais membros da sociedade (prevenção geral); e o sentido punitivo, sendo também acessório, serve para a aplicação de uma punição ou castigo ao agente causador do dano, principalmente em sede de danos morais, ultrapassando os limites do artigo 944, CC.²⁴⁵

²⁴⁵ “O sentido compensatório objetiva o retorno do sujeito passivo do ato danoso à sua condição anterior, ou se isso for impossível o ressarcimento em bens diversos. É aplicável a todas as situações que envolvam obrigações reparatórias. O sentido pedagógico busca inibir determinadas condutas, seja do próprio agente do ato danoso, seja da sociedade, e estimular outras condutas desejáveis ao convívio social. É aplicável exclusivamente a casos de responsabilidade civil decorrentes de condutas ilícito-culposas e de atividades de risco. E o sentido punitivo da Responsabilidade Civil pressupõe a punição, ou castigo civil do agente do ato danoso. Este sentido tem aplicação questionável no direito pátrio, devendo, se aplicado, ser observada conduta que não proporcione o enriquecimento sem causa da vítima e a vingança privada. Este sentido apenas pode ser aplicada a condutas ilícito-culposas, e com maior prudência em situações que envolvam atividade de risco”. (MARIN, Rubens Leonardo. Dos sentidos da responsabilidade civil no Código Civil de 2002, e sua correlação aos tipos. In: TARTUCE, Flavio; CASTILHO, Ricardo (coord.). **Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006. p.435-436)

Eis que o sentido pedagógico coaduna-se perfeitamente com o dever de prevenção e de precaução que a responsabilidade como solidariedade prega, a fim de que haja respeito à cidadania do lesado e servindo como instrumento de amparo ao semelhante.²⁴⁶ Torna-se responsável quem possui o dever jurídico de prevenção ou precaução.

É a prevenção aplicada ao risco de dano concreto e real, portanto, é o risco conhecido. Por outro lado, a precaução envolve o risco potencial ou hipotético abstrato, que pode resultar em danos graves e irreversíveis.²⁴⁷

A responsabilidade civil prevista no Código Civil é classificada como contratual nos casos de inadimplemento de uma obrigação (artigos 389, 390 e 391, CC) e extracontratual ou aquiliana mediante a *lex aquilia damno*.

Houve uma mudança estrutural da responsabilidade extracontratual confrontando-se o Código Civil atual e o anterior. Nesse sentido, o Código Civil de 1916, por intermédio do artigo 159, pautava-se apenas no ato ilícito como elemento desencadeador de responsabilidade extracontratual, em contrapartida, o atual Código Civil fundamenta-se tanto no ato ilícito, quanto no abuso de direito como elementos da responsabilidade civil extracontratual.

Em linhas gerais, é ato ilícito aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência viola o direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente de natureza moral nos termos do artigo 186, CC. E é abuso de direito o ato lícito quanto ao conteúdo, mas ilícito em sua forma de execução do ato, uma vez que o titular de um direito ao exercê-lo, exceda os limites impostos pelas cláusulas gerais do fim econômico ou social, boa-fé e pelos costumes.²⁴⁸

²⁴⁶ “No Estado Democrático de Direito, deve-se falar primeiro em direito à prevenção, depois em direito à reparação das tragédias pessoais, como respeito à cidadania do lesado, e nem tanto em dever de indenizar, como decorrência da ação de um resultado indesejado. E a responsabilidade civil deve ter um fundamento ético-político e ser concebida como amparo ao semelhante, como repulsa social à penúria de alguém que integra a mesma comunidade, pouco importando, em um primeiro momento, se ela decorreu de uma conduta ilícita ou perigosa, se esse mal podia ser evitado em quem o deveria impedir. E ambas as considerações implicam alargamento das hipóteses em que será cabível a reparação muito além do que hoje estipula o Código Civil”. (HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. Responsabilidade Pressuposta. In: TARTUCE, Flavio; CASTILHO, Ricardo (coord.). **Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006. p.407)

²⁴⁷ LOPEZ, Teresa Ancora. Responsabilidade civil na sociedade de risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona [et.al] (coord.). **Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeiristas e ambientais**. São Paulo: Atlas, 2013. p.6.

²⁴⁸ TARTUCE, Flavio. Diálogos entre o direito civil e o direito do trabalho. In: TARTUCE, Flavio; CASTILHO, Ricardo (coord.). **Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006. p.32.

Não obstante, a responsabilidade civil tanto por ato ilícito quanto por abuso de direito, necessitam da existência do dano para sua configuração.

Vale ressaltar que o artigo 187, CC, apresenta várias cláusulas gerais, tais como: fim social, fim econômico, boa-fé e bons costumes, que devem ser interpretadas no caso concreto, observando-se a integridade do Direito.

Ademais, o abuso de direito dialoga diretamente com os princípios propulsores do Código Civil, que são a eticidade e a sociabilidade, uma vez que será interpretado observando respectivamente a boa-fé (como vetor ético) e a função social da responsabilidade civil.²⁴⁹

O abuso do direito visa impedir que o direito se torne instrumento de opressão, em que o seu titular o utilize para uma finalidade distinta daquela a que se destina, independentemente da consciência do sujeito de direito exercê-lo excedendo os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé, ou pelos bons costumes.²⁵⁰

Em relação, ao contrato de trabalho é possível implementar a responsabilidade civil por abuso de direito, uma vez que incide não apenas em hipóteses de direito subjetivo, mas também frente à autonomia privada em negócio jurídico de cunho patrimonial em razão dos parâmetros da eticidade e da sociabilidade acima referidos. Assim, são exemplos de abuso de direito por violação de direito subjetivo o abuso do direito de greve e rescisão do contrato de trabalho de empregado doente, por outro lado, é exemplo de abuso de direito por violação da autonomia privada, a inserção de cláusula abusiva no pacto laboral. E principalmente para esta dissertação são exemplos de abuso de direito em sede de tutela da pessoa humana, a elaboração de “listas negras” de maus empregados e o assédio moral.²⁵¹

No que diz respeito à responsabilidade por abuso de direito, o Enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho Federal da Justiça Federal lhe aplica a modalidade objetiva, pois o conceito de abuso de direito é pautado em cláusula aberta, que se pauta no exercício irregular do direito para configuração da

²⁴⁹ TARTUCE, Flavio. *Idem, ibidem*. p.33.

²⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p.173.

²⁵¹ “O autor ainda discorre sobre outros exemplos de abuso de direito, tais como: remuneração aviltante, presença de multas contratuais abusivas, previsão de adicional de assiduidade, previsão de cláusula de prorrogações sucessivas do contrato provisório, rompimento contratual, o abuso ao não contratar”. (TARTUCE, Flavio. **Diálogos entre o direito civil e o direito do trabalho**. In TARTUCE, Flavio; CASTILHO, Ricardo (coord.). *Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006. p.33)

reparação. Note que apesar da Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho de Estudos do Conselho de Justiça Federal não se aplicar como horizonte interpretativo à Justiça do Trabalho, acreditamos ser importante mencioná-la, tendo em vista que a natureza do instituto é de Direito Civil e importantes pensadores desta área, após grande debate, constituem tais enunciados.

Cumpre enfatizar que o Código Civil adotou o modelo dualista de responsabilidade civil, em que convive a responsabilidade objetiva e a subjetiva, sem que a responsabilidade subjetiva seja preponderante.

A responsabilidade civil objetiva é responsabilidade sem culpa (elemento volitivo), constituída pela aplicação da teoria do risco em uma das suas modalidades. Historicamente, a responsabilidade objetiva é revelada pela incompatibilidade do modelo de responsabilidade subjetiva em acidentes de trabalho, em razão do aumento desproporcional de número de acidentes em decorrência de automação do processo produtivo.²⁵²

É de se ressaltar que a teoria do risco, surgida no final do século XIX mediante o processo de desenvolvimento industrial, veio proteger originalmente atividades perigosas, nas quais existe probabilidade de dano, tornando-se desnecessário o nexu psicológico entre o fato ou atividade e a vontade de quem pratica.²⁵³ Constituindo-se como elementos a comprovação do dano e do nexu, ainda existindo a possibilidade de mitigação do nexu de causalidade, ou seja, cabe ao agente causador do dano apenas alegar excludentes de responsabilidade civil objetiva.

Prevê o artigo 927, parágrafo único que a responsabilidade objetiva pode ter origem na lei ou em atividade de risco, cláusula geral da responsabilidade objetiva. Nessa oportunidade, vejamos os principais exemplos de responsabilidade objetiva com origem na lei.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n°. 8.078/90) instituiu a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços, como regra, nos casos envolvendo produtos, serviços, oferta e publicidade. Como exceção, prevê a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais que prestam serviço (art. 14, §4°, CDC).

²⁵² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p.151.

²⁵³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p.152-153.

Houve no sistema consumeirista ampliação da ideia de danos reparáveis, pois é sujeito de direito tanto o consumidor padrão (*stander*), como o consumidor equiparado (*by stander*). O consumidor padrão nos termos do artigo 2º e 3º do CDC é o destinatário final (fático ou econômico) do produto e serviço. Já o consumidor equiparado nos termos do artigo 17, CDC é qualquer vítima da relação de consumo.

Outro diploma legal que trata da responsabilidade objetiva é a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº. 6.938/81) aplicada a todos os causadores de danos ambientais, incluindo os danos a terceiros (art. 14, §1º da referida lei). Segundo o entendimento dos autores ambientalistas, aplica-se a teoria do risco integral, sem excludentes de responsabilidade civil, já que o bem ambiental é difuso.

Os artigos 932 e 933 do Código Civil afirmam ser a responsabilidade civil indireta ou por ato de outrem. Nos termos do artigo 933, CC, as hipóteses elencadas nos incisos I a V do artigo 932, CC, implementam a responsabilidade objetiva aos responsáveis pela conduta de outrem, desde que comprovada a culpa dos mesmos. Assim, empregadores são responsáveis objetivamente pelos atos culposos realizados por seus empregados.

A responsabilidade objetiva por animais nos termos do artigo 936, CC, mensura que o dono ou detentor do animal responde pelo dano causado pelo mesmo, salvo se comprovar culpa exclusiva da vítima, ou força por maior. Observamos que, muitas das vezes ter um animal pode-se enquadrar como atividade de risco.

A partir desse panorama da responsabilidade civil e apresentadas as principais hipóteses legais de aplicação da responsabilidade objetiva, trataremos da cláusula geral da responsabilidade civil objetiva no viés da teoria do risco, independentemente da responsabilidade por abuso de direito ou por ato ilícito.

A técnica de cláusula geral por intermédio de termos semânticos abertos terá seu conteúdo constituído pela atividade interpretativa²⁵⁴. Eis que nos incumbe evidenciar o conteúdo semântico da cláusula geral da responsabilidade objetiva aplicada às relações de trabalho em prol da dignidade da pessoa humana, e por irradiação dos direitos da personalidade.

²⁵⁴ DE GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.66.

Afinal, a solidariedade social transformou a responsabilidade civil, da feita que imprimiu ao seu escopo a reparação dos danos e não apenas repressão da conduta negligente²⁵⁵.

De toda sorte, a responsabilidade objetiva almeja tutelar adequadamente demandas provenientes da massificação das relações interpessoais geradas a partir da Revolução Industrial e, intensificados pela globalização. Eis que seu principal escopo é combater a “coisificação” das relações entre as pessoas, regulando atividades danosas que geram desequilíbrio. Afinal, a teoria subjetiva de responsabilidade civil não era capaz de isoladamente cuidar destas demandas complexas e de massa, a vítima encontrava dificuldades em comprovar o referido elemento volitivo, em face de sua situação de vulnerabilidade.

No entanto, o artigo 927, parágrafo único do Código Civil ao imprimir a cláusula geral de responsabilidade objetiva em sua constituição aberta, permitiu que somente a doutrina e a jurisprudência pudessem realizar os seus verdadeiros contornos.

Alerta Claudio Luiz de Godoy que a seguinte expressão do referido dispositivo: “atividade normalmente desenvolvida”, acusa a necessidade de que o dano tenha ocorrido no exercício de atividade, ou melhor, não em apenas a realização de um ato isolado, mas em um conjunto de atos feitos com habitualidade.²⁵⁶

A teoria do risco cuida de transferência de ônus de atividade para quem exerce (ou deveria exercer) controle sobre coisa, pessoa ou empresa, bem como quem desenvolve atividade que importe em incômodos a terceiros.²⁵⁷

Inclusive, se inicialmente o risco tornou-se sinônimo de periculosidade, atualmente já se vislumbra modalidades do risco, tais como: o risco proveito, o risco

²⁵⁵ “Tornando-se à acepção primária da responsabilidade civil, a seu desiderato básico, tem-se é que o dano reduz o ofendido a uma situação de desigualdade, a qual precisa ser reequilibrada, pressuposto de solidarismo que, também ele, constitui elemento axiológico básico do ordenamento, na Constituição Federal levado ao texto do art. 3º, I, que elenca o rol dos objetivos da República, entre os quais o de construção de uma sociedade justa e solidária, o que somente se dá mercê de relações, incluindo as jurídicas, que sejam justas, quer dizer, razoavelmente equilibradas, e que sejam solidárias. Daí a ideia, que ganha corpo, de assentar a responsabilidade civil sobre um fundamento que é mesmo de solidarismo-cooperativo, verdadeiramente uma revelação da eticidade, princípio caro à nova codificação brasileira”. (*Idem, ibidem*. p.24)

²⁵⁶ DE GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.71-72.

²⁵⁷ (HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. Responsabilidade Pressuposta. In: TARTUCE, Flavio; CASTILHO, Ricardo (coord.). **Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006. p.416)

profissional, o risco excepcional, o risco criado, o risco integral e o risco em torno do dever de segurança²⁵⁸. Tais modalidades de risco almejam compatibilizar a complexidade contemporânea das relações jurídicas com a teoria do risco inicialmente traçada no começo do processo de industrialização. Apenas enfatizando, que em todas as formas de compreender o risco, é essencial a existência da transgressão de um dever fundamental, caso contrário, a responsabilidade civil irá perder sua finalidade precípua. Eis que o “romance em cadeia” merece avançar.

Nessa oportunidade citaremos o estudo de Giselda Hironaka sobre responsabilidade civil no Código Civil italiano, a partir do qual ela entende que periculosidade constitui-se uma atividade potencialmente perigosa, em razão do elevado cometimento de danos, seja pela sua natureza, ou seja pelos meios adotados para o seu exercício, independentemente da conduta daquele que a exerce. Não obstante, a árdua tarefa de estabelecer um critério para desenhar o limiar desta periculosidade auxiliará em definir padrão de caracterização das circunstâncias prejudiciais que justifiquem a imputação de dever de indenizar.²⁵⁹

Avançando em sua tese, Hironaka alerta que a jurisprudência italiana interpreta a periculosidade sob a ótica da intensidade do dano realizado, o que resulta na ampliação do sentido original de perigo.²⁶⁰ Nesse sentido, identifica a

²⁵⁸ “Pela teoria do risco proveito, responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo - *ubi emolumentum, ibi onus* [...] A teoria do risco profissional sustenta que o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado. Foi ela desenvolvida especificamente para justificar a reparação dos acidentes ocorridos com os empregados no trabalho ou por ocasião dele, independentemente de culpa do empregador [...] A teoria do risco criado, tem, entre nós, com seu mais ardoroso adepto, o insigne Caio Mário, que assim sintetiza: “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo. [...] A teoria do risco integral é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência denexo causal [...] A responsabilidade objetiva exsurge quando a atividade perigosa terá que fazê-lo com segurança, de modo a não causar dano a ninguém, sob pena de ter que por ele responder independentemente de culpa”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p.152-156)

²⁵⁹ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. São Paulo: Del Rey, 2005. p.297.

²⁶⁰ “Não é incomum, portanto, que a jurisprudência constata, primeiro, a produção do dano intenso, e, depois, o caráter perigoso da atividade, construindo a ponte causal necessária a *posteriori* e realizando o imprescindível nexos, de trás para a frente. A reparação não será justificada, em casos assim, por uma verdadeira *mise en danger*, mas talvez mais pela expectativa de se obter uma reparação ao direito prejudicado da vítima”. (HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Idem, ibidem*. p.311)

insuficiência da noção de *mise en danger* (periculosidade) como critério fundante do sistema geral de responsabilidade sem culpa²⁶¹.

Ao invés da teoria clássica de responsabilidade civil focada na conduta do agente causador do dano, a responsabilidade objetiva prevista do Código Civil de 2002 avança para abranger a proteção ao risco diferenciado²⁶². E mais, migra-se da preocupação com o dano ilícito para o dano injusto em busca de proteger adequadamente um maior número de vítimas irressarcidas por intermédio da atuação da atividade interpretativa construtiva do magistrado, a fim de resguardar a dignidade da pessoa humana.

Portanto, se há dano injusto essa lesão deve ser ressarcida, ou seja, somente danos absolutamente inevitáveis deixarão de ser reparados. Deve a vítima ser em regra ressarcida, quando envolta de atividade que implique risco para seus direitos, sobretudo seus direitos fundamentais.²⁶³

Ney Maranhão ao realizar a análise semântica do artigo 927, parágrafo único do Código Civil, fez diversas constatações, sendo que as principais relatamos a seguir:

- A responsabilidade civil serve como instrumento de limitação para a liberdade individual, tendo em vista que traz consigo a proibição de ofender e de manutenção do equilíbrio moral e patrimonial para vivência em comunidade;
- A responsabilidade objetiva, independente do elemento subjetivo culposo é fixado por disposição legal ou por atividade interpretativa judicial;
- São atividades, para a teoria do risco, práticas sequenciais expositoras de um risco acentuado e tendentes a determinado fim;
- A reparação de prejuízos não depende mais de danos ilícitos, como já mencionamos;

²⁶¹ “Não resta nenhuma dúvida a respeito da urgência de se instalar no contexto de responsabilização civil contemporâneo, uma ampliação significativa do espectro do risco que permeia e caracteriza uma *mise en danger*, quer dizer, alargar as fronteiras de conformação deste risco, para não entendê-lo apenas como um risco material ou técnico, mas senão ainda, como um risco pelo fato da organização e mesmo como um risco pelo fato de outrem”. (HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Idem, ibidem*. p.341)

²⁶² “[...] sem confundir, a nosso ver, risco com perigo. É que, como já acentuamos, muito embora seja certo afirmar que toda atividade perigosa é também arriscada, o contrário não é verdadeiro. Existem atividades que, embora demandem risco, em si mesma não são perigosas, mas que, entretanto, exigem em casos de lesões, a aplicação da responsabilidade objetiva, sob pena da vítima ter de arcar com o prejuízo de um dano injusto”. (MARANHÃO, Ney Stany Morais. **Responsabilidade objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Método, 2010. p.247-248)

²⁶³ MARANHÃO, Ney Stany Morais. **Responsabilidade objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Método, 2010. p.252.

- A execução da atividade é que demanda ou induz ao risco, independente de ter fins lucrativos²⁶⁴;
- O risco acionador da cláusula geral de responsabilidade objetiva é diferenciado, pautado na vantagem do autor do dano em relação à atividade desenvolvida, o que não necessariamente quer dizer que a vítima deve prová-lo judicialmente;
- É passível de incidência de responsabilização objetiva pela teoria do risco, atividades que possuam potencialidade de um dano de grave intensidade²⁶⁵.

Indo além da própria criação ou majoração de risco, Anderson Schreiber identifica que a atual noção jurídica empregada para a cláusula geral de responsabilidade objetiva é de uma responsabilidade que independe de culpa ou de qualquer fator de imputação subjetiva e que tem a finalidade de garantir a reparação pelos danos sofridos sob o prisma da solidariedade social.²⁶⁶

Outra possibilidade é a técnica decorrente da socialização do dano, que prever o estabelecimento de fundos de indenização. Nessa perspectiva, os riscos seriam distribuídos entre os segurados.²⁶⁷ Não obstante, o viés da tutela da pessoa humana não poderá ser concretizado plenamente pelo estabelecimento da securitização dos danos, e essa é também mais uma alternativa que irá fomentar o paradigma constitucional da responsabilidade civil como solidariedade.²⁶⁸

²⁶⁴ “Com este tipo de reflexão, a expressão atividade de risco vai englobar não apenas atividades perigosas, mas também atividades que induzam risco, alargando sobremaneira o campo de incidência da cláusula geral de responsabilidade objetiva brasileira, fato já constatado alhures”. (MARANHÃO, Ney Stany Morais. *Idem, ibidem..* p.271).

²⁶⁵ Para maiores aprofundamentos vide (MARANHÃO, Ney Stany Morais. *Idem, ibidem.* p.245-280)

²⁶⁶ SCREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2012. p.30.

²⁶⁷ “Dessa forma, a doutrina da ‘socialização dos riscos’ tem fundamento ético na solidariedade social como necessidade de reparação integral de todos os danos. Há de se proteger as vítimas. Os riscos criados não se consideram mais simples riscos individuais. São riscos sociais e não é justo que os homens respondam por eles individualmente. A regra do *neminem laedere* tem muito mais um caráter social que individualista. O que importa é que se repartam as consequências danosas entre todos os membros da sociedade”. (LOPEZ, Teresa Ancora. Responsabilidade civil na sociedade de risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona [et.al] (coord.). **Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumelistas e ambientais**. São Paulo: Atlas, 2013. p.11)

²⁶⁸ “Na doutrina francesa, com adeptos no Brasil, chega-se, mesmo, a sustentar que, a curto prazo, a responsabilidade individual, será substituída pelos seguros privados e sociais, com a criação de fundos coletivos de reparação, a serem financiados por contribuições dos criadores dos riscos - patrões, proprietários de veículos etc.”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p.167)

Logo, as hipóteses de securitização dos danos garantem ao tutelado a garantia de piso indenizatório, que prescinde de discussões laterais a respeito da demonstração do dano e do nexo de causalidade envolvendo a atividade de risco.²⁶⁹

Hironaka evidencia a teoria da garantia como fundamento para justificar a aplicação do seguro como sistema complementar de responsabilidade civil, tendo em vista que traz segurança à coletividade, uma vez que os prêmios são pagos e deixam a coletividade mais tranquila ao exercício da atividade com risco imanente, também a vítima estará mais próxima de concretizar a reparação do dano sofrido. Entretanto, não pode ser tomado como sistema principal de responsabilidade civil, tendo em vista que subverte a lógica da indenização, pois será reparado o dano sem qualquer análise efetiva de sua ocorrência²⁷⁰.

No que diz respeito à aplicação da cláusula geral da responsabilidade objetiva às relações trabalhistas, é adequada interpretação do artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal (1988) que assegura ao trabalhador um “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”, haja vista compatibilizar o sistema de responsabilidade subjetiva e objetiva.²⁷¹

Logo, tal dispositivo constitucional não pode servir de instrumento interpretativo para restringir a utilização da responsabilidade objetiva nas relações trabalhistas, nem pode afastar-se do conceito de responsabilidade como solidariedade social, do paradigma do Estado Democrático de Direito e, principalmente, da concretização da dignidade da pessoa humana na seara trabalhista. Portanto, devem conviver em harmonia o sistema da responsabilidade objetiva e o sistema de responsabilidade subjetiva na Justiça do Trabalho como instrumento de efetivação da tutela da pessoa humana.²⁷²

Como bem enfatizamos no primeiro capítulo na construção da interpretação, devemos observar, dentre as opções possíveis, a que melhor se adequa ao sistema

²⁶⁹ DE GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.40.

²⁷⁰ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. São Paulo: Del Rey, 2005. p.144-145.

²⁷¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p.10

²⁷² “Dentro dessa linha de pensamento, o dispositivo constitucional não traz regra pela qual a responsabilidade do empregador seja sempre subjetiva, mas somente prevê, na sua segunda parte, que o direito ao seguro não exclui o de reparação nos casos de dolo ou culpa”. (TARTUCE, Flavio. Diálogos entre o direito civil e o direito do trabalho. In: TARTUCE, Flavio; CASTILHO, Ricardo (coord.). **Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006. p.41)

jurídico e a que possui melhor aplicação ao caso concreto²⁷³ para que ela se torne a resposta correta²⁷⁴. Afinal, no processo de interpretação construtiva promovida pela integridade, a qual defendemos neste trabalho, não é a resposta correta do intérprete tutelar que adequará os direitos fundamentais em sede do Estado Democrático de Direito? Por todos os argumentos já traçados, acreditamos que sim.

Além do mais, o direito do trabalho, principalmente na seara da saúde e segurança do trabalhador, é campo fértil para aplicação da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, em razão dos inúmeros fatores de risco a que os trabalhadores são expostos, tais como: físicos, químicos, biológicos, ergonômicos e psicológicos²⁷⁵ isso fortalece ainda mais o que defendemos nesta dissertação.

Atualmente, a competência constitucional da Justiça do Trabalho foi alargada, o que promoveu a intensificação do uso do instituto de responsabilidade civil na seara trabalhista, o que enseja adequações interpretativas ao sistema das relações privadas como um todo, em prol da efetivação dos escopos constitucionais.²⁷⁶

Ocorre que o contrato de trabalho com suas características (bilateralidade, pessoalidade, alteridade, fiduciariedade e sucessividade) implementa direitos e deveres para ambas as partes, ao passo que transcende o dever do trabalhador executar o serviço e do empregador remunerar a prestação de trabalho.

Inclusive, seria um contra-senso o empregador responder pela mesma atividade na modalidade objetiva perante terceiros, em razão da aplicação do

²⁷³ “Em conclusão, há no parágrafo único do art. 927 do Código Civil uma norma aberta de responsabilidade objetiva, que transfere para a doutrina e jurisprudência a conceituação de atividade de risco no caso concreto”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p.189)

²⁷⁴ “Note que apesar de ter uma perspectiva convencionalista, na visão da teoria de Ronald Dworkin, tal argumento evidencia a necessidade de transcender o entendimento de atividade de risco como perigo. Vejamos: Assim, parece-nos lógico concluir que o objetivo do legislador foi estabelecer uma cláusula geral de responsabilidade objetiva que abrangesse toda essa vasta área dos serviços mormente se tivermos em conta que o Projeto do novo Código Civil foi elaborado muito antes do Código do Consumidor, que posteriormente tratou da matéria no seu art. 14, no que concerne às relações de consumo”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Idem, ibidem*.p.167)

²⁷⁵ MARANHÃO, Ney Stany Moraes. **Responsabilidade objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Método, 2010. p.283-284.

²⁷⁶ “Pois bem: passam a ser objeto de apreciação pela Justiça do Trabalho os danos morais e patrimoniais decorrentes das relações de trabalho acima elencadas. Não apenas a responsabilidade pelo danos decorrentes do relacionamento empregado e empregador, incluindo-se os acidentes de trabalho, como também a responsabilidade derivada do relacionamento entre o representante comercial, os profissionais liberais, os agenciadores, os empreiteiros e respectivos tomadores de serviços, desde que o trabalho seja executado pessoalmente e de modo não empresarial”. (BELMONTE, Alexandre Agra. **Curso de responsabilidade trabalhista: danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p.20).

Código Civil e/ou do Código de Defesa do Consumidor, e diante de seus empregados pela mesma atividade responder na modalidade subjetiva.²⁷⁷

Nesse raciocínio, o empregador possui o poder diretivo a fim de que o contrato de trabalho seja prestado da melhor maneira possível, mas possui limites a fim de evitar abusos, sobretudo, a preservação da dignidade do trabalho através de respeito aos seus direitos da personalidade.²⁷⁸

3.4 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NA RELAÇÃO DE TRABALHO

A partir da doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, três são os elementos da responsabilidade objetiva: conduta humana, nexos de causalidade e dano ou prejuízo²⁷⁹.

Essa conduta pode ser por ação ou por omissão. No sistema omissivo, deve-se provar que o ato deveria ter sido praticado e a omissão em si. A regra é que a pessoa responda por ato próprio, entretanto é possível responder por ato de terceiro (arts. 932 e 933, CC), por ato praticado por animal (art. 936, CC), ou por coisa inanimada (art. 937 e 938, CC).

O nexos de causalidade é o elemento imaterial da responsabilidade civil, uma relação de causa e efeito entre a conduta e o dano.²⁸⁰ Logo, o nexos de causalidade

²⁷⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.246-247

²⁷⁸ “Ocorre que na execução do contrato de trabalho, o exercício do poder de comando, necessário à subordinação do trabalhador, é veículo propício ao cometimento de abusos, que tanto podem atingir direitos da personalidade do empregado, como causar-lhe prejuízo financeiro. Assim, o poder diretivo tem limites externos (a lei, a moral, o laudo arbitral, a sentença judicial e as decisões administrativas) e internos (o contrato de trabalho, o regulamento de empresa e as deliberações dos órgãos de co-gestão). Compreendido nos referidos elementos limitativos está, por princípio e normas, o respeito aos direitos da personalidade do empregado, tendo por finalidade a preservação da dignidade do trabalhador [...] No exercício do poder diretivo, o empregador tem, em relação ao empregado, os deveres de proteção, de informação e de lealdade. [...] São deveres de proteção física, moral e intelectual, o respeito dos direitos personalíssimos do empregado (honra, imagem, intimidade, vida privada, integridade física, saúde, incluindo o cumprimento das normas de garantia da higiene e segurança do trabalho, não discriminação, liberdade etc.)”. (BELMONTE, Alexandre Agra. **Curso de responsabilidade trabalhista: danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p.64-65)

²⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p.171.

promove o reconhecimento de uma conduta como fundamento jurídico em relação à sua consequência.

Na responsabilidade objetiva, o nexo de causalidade é formado pela previsão legal que qualifica a conduta, ou por uma atividade de risco (art. 927, parágrafo único, CC).

Na teia da contemporaneidade, existem defensores da mitigação do elemento causal como requisito essencial para configuração da responsabilidade civil. Assim, a noção clássica de nexo causal em pensamento legal, formal e estritamente fundado na ideia de causa e efeito²⁸¹ não condiz com concepção de responsabilidade como solidariedade. Portanto, esse novo paradigma da responsabilidade civil enseja maiores reflexões sobre os elementos da responsabilidade civil.

Schreiber chamou a mudança de configuração dos elementos da responsabilidade civil de “erosão dos filtros da responsabilidade civil”, e assim, ao analisar as diversas teorias sobre o nexo de causalidade, identificou que o Código Civil adotou a teoria da causalidade direta e imediata nos termos do artigo 403 e, paulatinamente, desenvolveu a subteoria da necessariedade causal, a qual diz que o evento danoso é reparável se for o efeito necessário de determinada causa e isso resultar na possibilidade de ressarcimento de danos indiretos.²⁸²

Dessa forma, houve o deslocamento do cerne da configuração da responsabilidade civil, do autor do dano e a relação causal para a preocupação com o resultado e a extensão do prejuízo, isso permitiu o alargamento do campo da responsabilidade civil para as relações jurídicas lícitas que envolvam abuso de direito e atividades de risco.²⁸³

²⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Idem, ibidem*. p.48.

²⁸¹ MATTOS, Paula Frassinetti. **Responsabilidade civil: dever fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.92-93.

²⁸² Para maiores esclarecimento sobre teoria da causalidade vide (SCREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2012. p.55-79)

²⁸³ “A predominância do subjetivismo na responsabilidade civil tinha ênfase na pessoa do autor, na sua vontade (intenção) de produzir o resultado, sem a qual não se operavam os efeitos da responsabilidade civil. No panorama atual, é o prejuízo que conduz à responsabilidade, sendo de pouca importância se o autor quis ou não o resultado. Há uma avaria, e ela precisa ser reparada. Essa é a configuração atual a que deve se ajustar a imputação. Por isso se diz que o sujeito agredido assume o pólo ativo da responsabilidade civil, outrora ocupado pela figura do autor do dano e sua consciência. Invertido o foco, a extensão da reparação não mais se concentra nem se mede na grandeza da ação do agente ofensor, mas sim na extensão do prejuízo causado”. (MATTOS, Paula Frassinetti. *Idem, ibidem*. p.97.)

A atual sociedade complexa promoveu a ampliação da discrepância espaço-temporal dos atos e suas consequências, bem como consagrou a existência de relações de anonimato, o que acarreta a quebra do voluntarismo como elemento essencial para a constituição da responsabilização civil²⁸⁴, então surgiu a responsabilidade civil objetiva com a missão de resgatar esse instituto na marcha da contemporaneidade e concretizar os direitos fundamentais.

Logo, o prejuízo é disseminado na responsabilidade objetiva pelo risco em virtude da necessidade da sociedade implementar a solidariedade atinente à tutela do risco, o que o elemento social passível de ensejar a responsabilidade por aquele que gerou ou se beneficiou da atividade de risco, mesmo que não tenha decidido por seu resultado²⁸⁵. É um contraponto, a busca incessante pelo lucro rápido em descompasso com a busca pela tutela da pessoa humana, o estabelecimento da responsabilidade objetiva como critério de justiça.²⁸⁶

De acordo com as lições de Carolina Bellini de Paula, o dano indenizável deve ter certeza, alienabilidade, subsistência e pessoalidade. A certeza envolve a existência real de privação de bem jurídico, enquanto que a alienabilidade remete à necessidade de distinção entre a figura do causador do dano e a vítima; já a subsistência determina que não haja reparação anterior do dano; e a pessoalidade reclama a legitimidade para o pleito indenizatório.²⁸⁷

No que diz respeito ao dano ou prejuízo, é possível o acúmulo em uma mesma ação de pedido de reparação por danos materiais e morais decorrentes do mesmo fato. Há no Brasil uma tendência de ampliação dos danos reparáveis, tais como danos decorrentes da perda de uma chance²⁸⁸, danos morais coletivos²⁸⁹ e danos sociais²⁹⁰.

²⁸⁴ MATTOS, Paula Frassinetti. *Idem, ibidem*. p.98-100.

²⁸⁵ MATTOS, Paula Frassinetti. **Responsabilidade civil: dever fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.107.

²⁸⁶ “O critério de justiça na sociedade pós-moderna é o que se pode chamar justiça distributiva compromissória. Trata-se de uma visão de distribuição que considera, também ela, o necessário atendimento do respeito à tutela mínima contida nos direitos fundamentais”. (MATTOS, Paula Frassinetti. *Idem, ibidem*. p.114)

²⁸⁷ A autora enfatiza que a certeza é o único requisito em unanimidade na doutrina (DE PAULA, Carolina Bellini Arantes. **As excludentes de responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 35-37)

²⁸⁸ “A teoria da perda de uma chance foi construída pela doutrina francesa inicialmente no campo da responsabilidade médica, tendo se consagrado em uma decisão da Corte de Cassação datada de 1965, na qual, um médico foi condenado a reparar a perda da chance de cura ou sobrevivência de seu paciente [...] De fato, na perda da chance há dois tipos de danos envolvidos: o dano da perda da oportunidade, que é certo, pois a chance foi perdida definitivamente, e o dano final correspondente a todo o prejuízo decorrente da não realização da chance. Este último é incerto,

Nas relações de trabalho, é possível ventilar a tese da perda de uma chance em caso de acidente de trabalho que promoveu a redução da capacidade laborativa. Muito mais do que a proteção do artigo 950 do Código Civil, a perda de uma chance resguardaria a perda de um ganho, mas que não é possível de ser determinado, em razão da restrição das condições de exercer o direito fundamental ao trabalho, o que é distinto dos lucros cessantes, valores que efetivamente se deixou de ganhar.²⁹¹

Outrossim, o dano moral coletivo, ou melhor, o dano extra-patrimonial coletivo decorre da lesão de valores extra-patrimoniais de uma comunidade de trabalhadores (interesses coletivos *latu sensu*) não vinculado à existência de dor e sofrimento pelo grupo em si.²⁹²

Os danos materiais ou patrimoniais atingem o patrimônio corpóreo da pessoa natural, jurídica ou entidade despersonalizada, constituem-se pelo dano emergente (o que o sujeito de direito efetivamente perdeu) e os lucros cessantes ou danos negativos (o que a pessoa deixou razoavelmente de lucrar).

E os danos morais são danos imateriais que atingem os direitos da personalidade, portanto, que atingem a dignidade da pessoa humana²⁹³. Em sentido próprio ou estrito, o dano moral causa na pessoa dor, tristeza, sofrimento, pesar,

porque é possível que a chance perdida jamais fosse se realizar. No entanto, a própria perda da chance de realizar um ganho, ou evitar uma perda, constitui um dano, apto a justificar a reparação". (ARAUJO, Vaneska Donato. A perda de uma chance. In: TARTUCE, Flavio; CASTILHO, Ricardo (coord.). **Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006. p.439-441)

²⁸⁹ São danos imateriais que atingem direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos, como nos casos ambientais. É aceito na seara trabalhista, e o Superior Tribunal de Justiça alterou sua tese inicial de negativa desta teoria Constant no RESP 598281/MG, a fim de possibilidade da tutela de dano de lesão na esfera moral de uma comunidade nos termos do RESP 636.021/2008 de relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

²⁹⁰ São danos materiais ou imateriais decorrentes do rebaixamento dos níveis da sociedade, presentes nos casos de condutas socialmente reprovável. Nestes casos, a indenização será destinado para um fundo de proteção ambiental, de consumidores, de trabalhadores, ou até para instituição de caridade apontada pelo magistrado.

²⁹¹ ARAUJO, Vaneska Donato. *Op. cit.* p.467.

²⁹² "São inúmeras as hipóteses em que o empregador pode ofender, extrapatrimonialmente, grupos de trabalhadores: quando indiscriminadamente promove trabalho escravo, forçado ou ainda de menores de 16 anos; quando deliberadamente, não cumpre as normas de Segurança e Medicina do Trabalho, colocando em risco a saúde e a vida de trabalhador; quando promove atos discriminatórios às mulheres, por exemplo, por imposição de intervenções para esterilização como condição de continuidade do vínculo; quando, de forma generalizada, promove causas simuladas para acordos de rescisão, de forma generalizada, promove causas simuladas para acordos de rescisão ou a obtenção, por ocasião e como condição da contratação, de assinaturas em branco em termos de quitação; quando discrimina por sexo, raça e religião nas admissões; quando atinge grupo de trabalhadores por racismo ou preconceitos; quando o empregador pratica atos atentatórios da liberdade sindical ou do direito de greve". (BELMONTE, Alexandre Agra. **Curso de responsabilidade trabalhista: danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p.273)

²⁹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p.92.

amargura e depressão (dano moral *in natura*). Já em sentido impróprio ou amplo, o dano moral representa qualquer lesão à personalidade.

Alexandre Agra Belmonte sistematiza e elenca inúmeras hipóteses de indenização por dano moral decorrentes da transgressão de direito da personalidade, tais como: por ofensa à honra (empregado acusado de furto de forma infundada; advertência abusiva), por ofensa à imagem (empregado utilizado como veículo de propaganda *indoor* ou *outdoor* de marcas de terceiros, sem o seu consentimento ou participação financeira); dano moral por ofensa à intimidade (revista íntima e o controle visual não autorizados ou invasivos); por ofensa à vida privada (interferência ou proibição de relacionamento íntimo com pessoa que trabalhe na mesma empresa); por ofensa ao direito de liberdade sexual (assédio sexual); e demais constrangimentos morais como o assédio moral.²⁹⁴

Outras classificações sobre dano moral merecem ser mencionadas: quanto à pessoa atingida o dano moral pode ser direto, quando atinge a própria pessoa, a sua honra subjetiva ou honra objetiva; ou indireto (por ricochete), quando atinge a pessoa de forma reflexa, como no caso da morte de pessoa da família ou perda de objeto de estima; quanto à necessidade de prova o dano moral é subjetivo (regra geral pelo estado da arte é necessitar de prova), ou objetivo (aquele que é presumido em algumas situações).

Vale enfatizar que qualquer tarifação dos danos morais é inconstitucional por violar o princípio da igualdade, pois seria realizado tratamento igual para desiguais. Logo, a quantificação dos danos morais é a busca por um valor indenizatório, que deve considerar a extensão do dano (art. 944, CC), condições econômicas, sociais e psicológicas dos envolvidos.

Ademais, dentro da perspectiva da função social da responsabilidade civil defende-se a natureza jurídica da indenização por danos morais como punitiva (*punitive damages*), em conciliação com a função reparatória e pedagógica.²⁹⁵

²⁹⁴ Para verificar maior número de exemplos vide (BELMONTE, Alexandre Agra. **Curso de responsabilidade trabalhista: danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p.244-274)

²⁹⁵ “A adequação da reparação no perfil pós-moderno da responsabilidade civil deve observar o requisito indenizatório, e a ele adicionar o aspecto pedagógico-punitivo para cumprir a condição da solidariedade, a prevenção para com bens cuja reparação é difícil ou mesmo impossível e educativa, bem como com vista a, no papel de justiça distributiva que também que lhe compete, atribuir acréscimo a mera reparação quando a ação se mostrar abusiva e fraudadora dos direitos fundamentais”. (MATTOS, Paula Frassinetti. **Responsabilidade civil: dever fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.120)

Cumpra esclarecer que a defesa da natureza jurídica da indenização por danos morais como punitiva, deve ter como cautela evitar o enriquecimento sem causa do ofendido ou a renúncia do ofensor, deve ser fixada com prudência.

Com efeito, a legislação trabalhista não aborda a composição do dano moral proveniente da transgressão de direito personalíssimo, o que fortalece a necessidade do diálogo de fontes com o direito constitucional civil²⁹⁶. Não obstante, a percepção da responsabilidade subjetiva como preponderante ao dano moral trabalhista, bem como a compreensão de atividade de risco para apenas atividades perigosas não acompanha as premissas doutrinárias já evidenciadas nesta dissertação.

Afinal, o sistema de vulnerabilidade resguardado pelo direito de trabalho, tornado autônomo do Direito Civil justamente para melhor tutelar a dignidade do trabalhador, estaria em descompasso com entendimento de responsabilidade civil como solidariedade nos parâmetros de concretização da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito.

3.5 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA ²⁹⁷

As excludentes de responsabilidade objetiva são exceções previstas expressamente em lei, que eximem o suposto agente de responder civilmente pelo dano ocorrido, tendo em vista que realizam a quebra do nexo de causalidade. Tais excludentes ocorrem por fatores exógenos que demonstram a ausência de elo entre o suposto responsável e o dano.

É a força maior excludente de responsabilidade na perspectiva da teoria do nexo causal, que entende causa como elemento atribuído ao agente de forma direta, e não como elemento que poderia ser suprimido para realização da conduta.²⁹⁸

²⁹⁶ “A responsabilidade civil por dano moral trabalhista é, fundamentalmente, de natureza subjetiva, assim fundada na culpa. Todavia, mesmo diante de fatos não imputáveis ao empregador, no nosso entender determinadas sequelas ou traumas psíquicos podem ensejar a reparação por responsabilidade objetiva nos casos em que o empregador promove atividades de risco ou o empregado labora em situações de periculosidade”. (BELMONTE, Alexandre Agra. **Curso de responsabilidade trabalhista: danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p.242-243)

²⁹⁷ As excludentes da responsabilidade civil objetiva não serão utilizadas caso adote-se a teoria do risco integral, tal como na seara ambiental, todavia não é o nosso entendimento nesta dissertação.

²⁹⁸ LIMA NETO, Francisco Vieira. A força maior e o caso fortuito como excludentes da responsabilidade. In: TARTUCE, Flavio; CASTILHO, Ricardo (coord.). **Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006. p.407.

Considerando que a doutrina adota diversos critérios para definir força maior e caso fortuito, aderimos ao posicionamento de Cavalieri, que defende o caso fortuito como sendo dividido em interno e externo, sendo a força maior o caso fortuito de fato externo, que não promove conexão à pessoa do devedor ou à sua empresa. Em contrapartida, o caso fortuito interno é o fato imprevisível, e por isso inevitável, relacionado à organização da empresa e à pessoa, que se relaciona com os riscos da atividade, da empresa, ou da pessoa²⁹⁹.

Não obstante, tanto o caso fortuito interno e externo devem ser fatos necessários, uma vez que não é qualquer acontecimento que libera o devedor, assim como, devem ser supervenientes, haja vista poderia conjecturar a respeito desse prejuízo.³⁰⁰

Além do mais, os contornos do caso fortuito, interno ou externo, são constituídos pelo nexos causal entre o dano e a sua causa jurídica³⁰¹. Logo, é fato determinante para realização do evento danoso.

É certo que se consideradas excludentes de responsabilidade haverá ausência do elemento da responsabilidade civil nexos de causalidade.

Ao nos referir à teoria do risco, vale destacar que o simples caso fortuito ou caso fortuito externo não extingue a responsabilidade civil, será apenas a força maior capaz de obstar a incidência da reparação, desde que não configure culpa remota, tal como pelos fenômenos naturais, culpa da vítima, ordens de autoridades, guerras e/ou revoluções.³⁰²

No campo do direito do trabalho, a CLT no artigo 501, §1º, trata da força maior como ato humano inevitável e remete a sua não configuração em caso de imprevidência do empregado. E mais, não faz a CLT qualquer menção ao caso fortuito com exceção do artigo 61, §3º, referente à obra pública inesperada, adota a teoria do risco, que leva à paralisação do trabalho e à possibilidade de recuperação pelo empregador em período superior a 45 (quarenta e cinco) dias por ano, por meio da prestação pelos empregados de até duas horas extras diárias.³⁰³

²⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p.71.

³⁰⁰ LIMA NETO, Francisco Vieira. *Op. cit.* p.407.

³⁰¹ DE PAULA, Carolina Bellini Arantes. **As excludentes de responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Atlas, 2007. p.93.

³⁰² LIMA NETO, Francisco Vieira. A força maior e o caso fortuito como excludentes da responsabilidade. In: TARTUCE, Flavio; CASTILHO, Ricardo (coord.). **Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006. p.488.

³⁰³ “No Direito do Trabalho, a imprevidência (entenda-se como a culpável ou mesmo a compreendida no risco empresarial) do empregador exclui a força maior (§1º do art. 501 da CLT), mas o

Não obstante, a tese de Cavalieri acima explanada sobre casos fortuitos interno e externo nos auxilia na melhor aplicação das excludentes de responsabilidade na Justiça do Trabalho.

Outra excludente de responsabilidade é o fato de terceiro. Assim, o dano é atribuído à conduta ou atividade de outra pessoa, identificado ou identificável, que não seja o suposto responsável, nem a vítima.³⁰⁴

A culpa exclusiva da vítima é também excludente de responsabilização, uma vez que a própria vítima realizou o evento que gerou o dano contra si mesma, denominada auto-lesão. Caracteriza-se independente da apreciação da imputabilidade ou voluntariedade da vítima.³⁰⁵

A mudança interpretativa promovida pela responsabilidade civil como solidariedade social nos casos concretos ensejará alterações em diversas características do instituto, tal como a análise das excludentes e de seus elementos, uma vez que imprime ao intérprete a tarefa de buscar o dever de proteção da vítima sobre danos decorrentes da sociedade complexa. É o Direito por via da responsabilidade civil adaptado à realidade contemporânea e preocupado com a interpretação associada ao conteúdo axiológico.

racionamento de energia elétrica não é normalmente tido como motivo de força maior, porque pode o empregador se aparelhar para evitar os seus efeitos, prevendo-os (gerador, por exemplo); quanto à crise econômica e falta de matéria-prima, estão, de ordinário, inseridas na teoria do risco empresarial. Embora a CLT se refira apenas à força maior (fortuito humano), parecendo utilizar denominação de forma genérica e abrangente da força maior e do caso fortuito (fortuito natural), pontualmente termina distinguindo as duas hipóteses". (BELMONTE, Alexandre Agra. **Curso de responsabilidade trabalhista: danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p.70-71)

³⁰⁴ "Caracteriza-se o fato de terceiro como excludente, em síntese, apenas quando; (i) a causa exclusiva dos efeitos do fato prejudicial seja o fato de terceiro, porque somente então estará eliminando o vínculo de causalidade entre o dano e a conduta do autor; e (ii) o terceiro seja pessoa distinta do autor indigitado do dano e da vítima, bem como não seja, direta ou indiretamente, legal ou contratualmente, subordinado àquele". (DE PAULA, Carolina Bellini Arantes. **As excludentes de responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Atlas, 2007. p.108)

³⁰⁵ "A culpa da vítima pode concorrer com o ato ou fato do agente na produção ou extensão do dano. Nesse caso, em razão de a culpa concorrente da vítima ser verdadeira concausa do dano, a doutrina sustenta a sua atuação como atenuante, e aplica-se o rateio dos prejuízos advindos. Na maioria das situações reguladas pela responsabilidade civil objetiva, há determinação expressa de que apenas a culpa exclusiva da vítima tem o condão de excluir o agente de sua responsabilidade". (DE PAULA, Carolina Bellini Arantes. **As excludentes de responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Atlas, 2007. p.117)

CAPÍTULO IV

4. ANÁLISE QUALITATIVA DE PRECEDENTES DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL NA CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Após a apresentação de arcabouço teórico, a fim de fundamentar o uso da responsabilidade civil objetiva como instrumento de efetivação da dignidade da pessoa humana dimensionada pelos direitos fundamentais da personalidade, torna-se imprescindível a análise de demandas trazidas até o Tribunal Superior do Trabalho (TST) sobre a temática.

O TST é o órgão superior da Justiça do Trabalho, que possui a competência constitucional de processar e julgar demandas trabalhistas, bem como, de garantir uniformidade de entendimento entre os Tribunais Regionais do Trabalho, principalmente por intermédio da atividade de subsunção em sede das hipóteses legais do Recurso de Revista.

Pela ótica da interpretação construtivista, comentários serão realizados a respeito dos argumentos judiciais utilizados, no intuito de legitimar o uso do sistema

de responsabilidade civil subjetiva, ou objetiva. E se for o caso, identificar incompatibilidades com os pressupostos utilizados neste trabalho, cujo foco é a responsabilidade civil como solidariedade social nos contornos do Estado Democrático de Direito.

De certo será impossível traçar um panorama geral da interpretação da responsabilidade civil nos precedentes deste Tribunal Superior, entretanto serão evidenciadas algumas lides como relevantes sob algum dos aspectos abordados nessa dissertação, que na prática judicial foi, ou não, utilizado.

As jurisprudências analisadas foram selecionadas em pesquisa realizada no site do TST (www.tst.jus.br), no período compreendido entre fevereiro de 2012 e fevereiro de 2013, tendo em vista encontrarem relevantes para análise dos direitos da personalidade como dimensão da dignidade da pessoa humana em sede da Justiça do Trabalho. Assim, dentre os julgados em destaque, selecionamos demandas que nos reportam a temáticas recorrentes na tutela da pessoa humana e na responsabilidade civil.

Afinal, o “romance em cadeia” no direito como integridade será fomentado principalmente pela atividade de intérpretes do Poder Judiciário, mas também pela aplicação das normas jurídicas às nuances do caso concreto, a partir da perspectiva principiológica do sistema jurídico. Eis que cada norma jurídica possui finalidade atual, ou seja, é contextualizada na sociedade existente, o que ultrapassa o entendimento individual (subjetivista) do intérprete juiz.

4.1 DIREITO DE INTIMIDADE: AMBIENTE VIRTUAL DE TRABALHO

4.1.1 Sérgio Auster X Mony Participações LTDA (TST-RR 183240-61.2003.5.05.2001)

Em 07 de outubro de 2003, Sérgio Auster interpôs Reclamação Trabalhista contra Mony Participações Ltda. perante a 5ª Região do Tribunal Regional do Trabalho (TRT), que dentre inúmeros pedidos constava a indenização por danos morais por violação ao direito fundamental da personalidade de intimidade.

A síntese fática da lide demonstra que o empregado Sérgio utilizava um *notebook* de propriedade da empresa reclamada para auxiliar na realização de suas

atividades laborais. Ademais, a empresa lhe fornecia armário pessoal com chave para guardar objetos.

Não obstante, relatam as decisões judiciais de 1º e 2º grau, que em um período de afastamento para viagem, o empregado teve seu armário aberto sem sua prévia autorização, sendo que lhe foi retirado o computador, que estava guardando no interior do armário, e mais, foram apropriadas informações do correio eletrônico e dados pessoais do reclamante guardados no equipamento de informática.

Cumprе enfatizar que, em primeiro grau de jurisdição, a atividade interpretativa do magistrado compreendeu que o empregado não conseguiu demonstrar os elementos ensejadores da responsabilidade civil subjetiva da empresa.

E no que diz respeito ao segundo grau de jurisdição, o acórdão do TRT na 5ª Região identificou a existência de provas testemunhais que comprovaram que o armário era de uso pessoal e que a empresa de forma imprudente contratou chaveiro para realizar o arrombamento, tendo em vista que a empresa não tinha acesso à chave do armário. Assim, interpretou o juízo *ad quem* que a empresa agiu em excesso e abuso de direito do seu poder diretivo.

Inconformada, a empresa fez uso do Recurso de Revista perante o TST alegando ausência de dano moral e necessidade de redução do quantitativo arbitrado para a reparação.

Nessa oportunidade, os Ministros da 2ª Turma do TST, na figura do voto de seu Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, suscitaram a súmula 126 do TST que impede o reexame de fato ou prova, portanto, é matéria de prova à análise da existência, ou não, de dano moral, entretanto, por unanimidade acolheram o recurso para redução do valor indenizatório.

Realizado o panorama geral da demanda, incumbe-nos analisar os argumentos do Acórdão nº. 13.921/05 do referido Recurso Ordinário, bem como o Acórdão do Recurso de Revista da 2ª Turma do TST.

Antes de mais nada, cumprе informar que a divergência de interpretações sobre a configuração de dano moral entre primeiro e segundo graus de jurisdição, é resultado da dificuldade da vítima em comprovar o elemento subjetivo da responsabilidade civil desencadeador da imprudência, negligência ou imperícia. *In casu*, a imprudência foi configurada no momento em que provas testemunhais indicaram, na compreensão dos Desembargadores Federais do Trabalho, que um

chaveiro foi contratado para arrombar o cadeado, ao contrário do entendimento do juízo singular.

Avançando no conteúdo do voto da Ministra Relatora Maria Adna Aguiar da 5ª Turma do TRT da 5ª Região prolatado em 25 de maio de 2005, fora identificada a lesão ao direito fundamental à intimidade e a necessidade de aplicação do sistema de responsabilidade civil subjetiva do artigo 186 do Código Civil.

Após, a referida Relatora proclama a necessidade de reparação do dano moral sofrido em razão do abuso de direito do poder diretivo. Logo, mais uma inconsistência da decisão, uma vez que o sistema de abuso de direito é regido pelo artigo 187 do Código Civil, e não no artigo 186 do Código Civil mencionado no referido Acórdão.

Além do mais, ao tentar aplicar o sistema de ponderação entre o direito de propriedade e direito à intimidade, notadamente com inspiração na teoria de Robert Alexy³⁰⁶, a Desembargadora Federal afastou-se da preocupação com a resposta certa e da teoria da integridade.

Outro aspecto salutar da decisão é a ausência de preocupação na elaboração dos argumentos com os pressupostos essenciais ao Estado Democrático de Direito e à dignidade da pessoa humana, constitui-se a atividade interpretativa como de Estado Liberal, sendo a responsabilidade civil subjetiva a regra geral, dissociada a responsabilidade da perspectiva solidarística.

Em sede de Recurso de Revista, a 2ª Turma do TST ao realizar atividade interpretativa sobre a lide em virtude da sua Súmula 126, apenas pautou-se na identificação dos elementos da responsabilidade subjetiva pela decisão colegiada recorrida, quais sejam, nexos de causalidade, dano, conduta ilícita e elemento volitivo.

Posicionou-se a Turma de Julgadores por reiterar a insuficiência da alegação de que o chaveiro era profissional e não gerou nenhum dano ao armário em si, até porque o foco é a tutela da pessoa humana e não bem jurídico material.

Além disso, a decisão do TST ignorou as inconsistências argumentativas da decisão colegiada em sede do Tribunal Regional, e indo mais além, reforçou o sistema de responsabilidade civil subjetiva utilizada, não esclarecendo se utilizado o

³⁰⁶ Para maiores esclarecimento sobre a teoria da argumentação de Robert Alexy, vide ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2005.

sistema do abuso de direito ou do cometimento de ilícito, uma vez que se tornou suficiente reconhecer à indenização por dano moral. Não obstante, a construção argumentativa das instâncias ordinárias veio permeada de falhas.

Outras confusões argumentativas encontradas é que a decisão do TRT pautou-se na lesão apenas ao direito de intimidade, entretanto o mesmo processo levada a decisão do TST menciona honra como direito da personalidade transgredido.

Outrossim, como enfatizamos em nosso terceiro capítulo, há doutrina que defenda o sistema da responsabilidade civil por abuso de direito ser na modalidade objetiva. Característica esta totalmente ignorada por ambas as decisões colegiadas comentadas.

Dessa maneira, existe um descompasso entre a realidade apresentada e os pressupostos teóricos defendidos nesta dissertação. A legitimidade da atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito deve pautar-se na apresentação dos argumentos judiciais coerentes tanto formalmente, quanto em sua substância, como permite o Direito como integridade pela via da reaproximação do Direito com a moral e a ética. A narrativa dessa jurisprudência evidenciou que a construção argumentativa merece maior atenção, em virtude dos critérios identificados da correta interpretação construtiva, quais sejam, coerência e adequação.

4.1.2 Fábio Marcelo Pedroso x Kraft Lacta Suchard (TST-RR-1304300-75.2005.5.09.2009)

Em conformidade com os relatos contidos na descrição dos pressupostos interpretativos fáticos na sentença e no acórdão do julgamento do recurso ordinário, o empregado Fábio Marcelo Pedroso foi demitido por justa causa, uma vez que armazenava no disco rígido do seu computador de trabalho mensagens particulares, inclusive de conteúdo pornográfico. Esse fato foi revelado pela empresa a terceiros, o que ensejou repercussão negativa na vida do ex-funcionário trazendo dificuldades em conseguir outro emprego, também trouxe constrangimento perante seus colegas de trabalho e culminou com o término de seu casamento. Isso porque a empresa negou fornecimento de carta de recomendação.

A atividade interpretativa da decisão *a quo* compreende a inexistência de elementos ensejadores da responsabilidade subjetiva por ausência de prova robusta, quais sejam: dano, conduta, nexó de causalidade e culpa *latu sensu*.

No que diz respeito ao Recurso Ordinário proveniente do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, o sistema de responsabilidade subjetiva pelo cometimento de ato ilícito foi adotado como mecanismo para reparar o dano moral proveniente de lesão ao direito fundamental da personalidade da intimidade.

Outrossim, a Egrégia Turma Recursal ponderou a desproporcionalidade da conduta danosa da empresa, tendo em vista que a falta praticada pelo empregado não foi, de fato, grave o bastante para que se pudesse lançar dúvida séria acerca de sua retidão moral.

Logo, reporta-se o acórdão do TRT que o bom nome do empregado ficou maculado a ponto de impedir nova colocação no mercado de trabalho por intermédio da rescisão contratual por justa causa imprudente. Afinal, o trabalhador dispensado sem justa causa pode sofrer abalo moral em virtude de comentários surgidos na própria empresa, com muito mais razão do aquele que teve apontada justa causa para a dispensa e, ainda mais, que lhe atribua má conduta.

Utiliza a decisão recorrida ordinariamente de elementos probatórios contidas em oitivas de testemunhas e do teor do procedimento investigatório instaurado perante o Ministério Público do Trabalho.

Ao prosseguir a construção de seu raciocínio de subsunção no juízo *ad quem*, os Desembargadores Federais do Trabalho acabam por configurar o abuso de direito do empregador em seu poder diretivo. O que nos faz reiterar os comentários do caso anterior, a respeito das distinções do fundamento entre o cometimento de ato ilícito e do abuso de direito, até porque existe posicionamento mais acertado em nosso entendimento, que a responsabilidade por abuso de direito é objetiva.

Confirma-se, então, a dificuldade em que a tutela da pessoa humana encontra de ser concretizada no sistema subjetivo de responsabilidade civil, tendo em vista que a vulnerabilidade do trabalhador acaba por resultar em obstáculo na produção probatória capaz de gerar convencimento judicial de procedência do pedido indenizatório. Eis a razão da discordância de compreensão sobre as provas produzidas no processo pelo primeiro e pelo segundo grau de jurisdição.

Cabe enfatizar que não é debatida nos autos a licitude da prova obtida por meio da invasão ao arquivo particular do trabalhador, decorrente de “denúncia

anônima” realizada por meio de sistema denominado *help line*, entretanto, nenhum regulamento da empresa explica o funcionamento da apuração de dados pessoais dos funcionários. É interessante que somente a oitiva das testemunhas da empresa confirma que conhecia sistema semelhante no âmbito da empresa, o que nos leva a interpretar que tal conduta de averiguação de dados pessoais virtuais não era de amplo conhecimento dos empregados, nem mesmo existente em qualquer regulamento.

Logo, a empresa sem regular previamente a forma de averiguar o conteúdo de arquivos pessoais dos funcionários, mensurou como moralmente reprovável a atitude de apenas armazenar dados em computador da empresa. Portanto, na visão do julgador tal atitude razoavelmente merecia censura verbal com possível registro, em caso de reincidência e nada além disso, principalmente porque se tratava de empregado que, até então, jamais sofrera qualquer reprimenda.

A argumentação da empresa refutada pelos julgadores *ad quem* supõe que o armazenamento em arquivo pessoal de fotos de família, músicas infantis ou qualquer outra espécie de dado 'inofensivo' não seria punido, o que revela a deturpação de algumas noções próprias do contrato de trabalho.

Além do mais, cuida a decisão ainda na fase de julgamento pelo Egrégio TRT 9ª Região de realizar o *distinguishing*³⁰⁷ do precedente proferido pelo Ministro João Oreste Dalazen (TST-AIRR 613/2000) a respeito da manutenção da decisão recorrida sobre o restabelecimento de justa causa e da ausência de transgressão ao direito de intimidade ao empregado que veiculou mensagens com conteúdo impróprio a partir de sua conta de correio eletrônico corporativo. Em sentido contrário, no precedente analisado, o trabalhador não expôs publicamente o conteúdo, tampouco veiculou o material pornográfico que recebeu, o que tenta justificar a diferença de interpretações sobre a existência ou não de dano moral.

Fundamenta à decisão de segundo grau de jurisdição, a não gravidade em armazenar conteúdo pornográfico em área privada virtual, uma vez que a pornografia já poderia ter frequentado gavetas e armários de empresas, todavia tais obstáculos da esfera privada são visivelmente mais fáceis de serem observados.

Nessa ordem de ideias, o empregado apenas gravou arquivos em área privada do disco rígido de seu computador de trabalho, não houve acesso às

³⁰⁷ Técnica de decisão judicial originária dos Estados Unidos, que se pauta da diferenciação dos precedentes por existirem entre eles argumento relevante distinto, o que promove decisões diferentes.

páginas de conteúdo impróprio pela rede internacional de computadores (Internet), nem compartilhamento de conteúdo pela intranet, o que inibe que qualquer terceiro visualizasse tal conteúdo.

Por fim, em sede de Recurso de Revista, o Ministro Relator Renato de Lacerda Paiva realizou juízo de admissibilidade negativo referente à indenização por danos morais, uma vez que não foi demonstrado qualquer dissenso jurisprudencial, o que restou foi a configuração de abuso no manejo da justa causa, capaz de provocar abalo moral em virtude de comentários surgidos na própria empresa, pela recusa no fornecimento de informações do ex-funcionário para outras empresas interessadas em sua contratação, e, que face às denúncias que sofreu teve problemas conjugais que acarretaram sua separação

Os contornos da intimidade no ambiente virtual devem ser respeitados, a fim de que a dignidade do trabalhador não seja abalada por conduta fiscalizatória e punitiva excessiva do empregador. Ainda mais, em sede da construção da interpretação, a diferença entre o simples armazenamento de dados no risco rígido ao invés da divulgação pela *Internet* promoveu construção interpretativa totalmente distinta.

Todavia, o simples argumento de que houve acesso ou compartilhamento de informação pela *Internet* (com o mesmo conteúdo pornográfico) gera decisões distintas, que se tornam inconsistentes. Afinal, uma vez publicada uma foto em uma rede social, ela se torna pública e perde-se qualquer direito da personalidade sobre ela? O uso de email corporativo para finalidades distintas destitui o trabalhador de direitos da personalidade sobre seu correio eletrônico de trabalho? Acreditamos que a resposta para ambas as perguntas sejam negativas.

Tais indagações e muitas outras que surgem devem ser sanadas pela atividade interpretativa, visto que essa não se preocupa com técnicas formais de ponderação de princípios, e sim, com a busca da resposta certa, tal como a busca do juiz Hércules, em Dworkin. Respostas judiciais rápidas sem maiores indagações morais e éticas acabam por trazer dissonâncias em julgamentos, tal como se verifica entre o arrombamento de armário, o armazenamento de dados em disco rígido, o acesso de conteúdo pela *Internet* e o uso o email corporativo para finalidades distintas.

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA: ATIVIDADE TANTO DE RISCO QUANTO PERIGOSA

4.2.1 Khivia Wanderley Cordeiro x In Foco Trabalho Temporário Ltda (TST-RR-48400-43.2011.5.21.0004)

Nossa intenção ao comentar a presente demanda trabalhista é demonstrar que atualmente a jurisprudência trabalhista ainda interpreta o risco como atividade perigosa para sanar apenas acidentes de trabalho, tal como evidenciado no início da teoria do risco ainda na Revolução Industrial, em razão de se encontrar presa às premissas interpretativas que não são mais compatíveis com o desenvolvimento da sociedade contemporânea e da complexidade das relações interpessoais.

O Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário da trabalhadora Khivia Wanderley Cordeiro, a fim de condenar a empresa In Foco Trabalho Temporário Ltda. em indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, aplicável a lide a responsabilidade objetiva por risco da atividade.

Após, a empresa tornou-se irredutível e interpôs recurso de revista em que sustentou violação do artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal e divergência jurisprudencial. Entretanto nos ateremos à compreensão do que é o risco nas relações de trabalho atualmente.

A Corte Regional condenou a empresa recorrente ao pagamento de indenização, haja vista assumiu os riscos do transporte ao encaminhar a empregada para participar de curso de treinamento na cidade de Recife em veículo locado. Discordou da decisão de primeiro grau de jurisdição que afastou a responsabilidade objetiva, isentando a empresa de qualquer indenização em virtude da ausência de qualquer elemento subjetivo, culpa ou dolo, no acidente de trabalho.

A decisão analisada pautou-se na aplicação da teoria do risco profissional, ou seja, assumiu os riscos de enviar a funcionária para realizar curso em outra cidade, devendo arcar com os prejuízos morais e materiais, independentemente de ter contribuído na cadeia causal com o ocorrido. O caso trata-se de um acidente de trabalho, pois a Recorrida estava prestando serviço à empresa quando foi vítima de acidente que lhe resultou em sequelas permanentes.

Assevera o colegiado *ad quem* que a responsabilidade subjetiva é a regra para as relações de trabalho em virtude da aplicação do artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal, entretanto, como exceção, aplica-se a responsabilidade objetiva, quando o dano é potencialmente esperado, ou seja, a empresa ao locar um veículo e encaminhar a empregada para o curso de treinamento, embora não exercente de atividade de risco equiparou-se ao transportador, assumindo efetivamente os riscos e o ônus do transporte. Nos termos dos artigos 734 e 735 do Código Civil, ainda que não comprovada a culpa da empresa, é necessário apenas elementos probatórios para o dano e o nexo de causalidade.

Apresentados os principais argumentos da decisão em voga, cumpre enfatizar que a teoria da responsabilidade objetiva em sede da Justiça do Trabalho se desenvolveu na concepção inicial da atividade de risco compreendida para atividades desenvolvidas continuamente pela empresa. Extensível, a compreensão de atividade de risco para situações em que o empregado eventualmente pode ser colocado, mas ainda assim o risco é entendido como perigo.

Portanto, cabe aos intérpretes do direito desenvolver ainda mais o “diálogo das fontes” entre o direito civil e o direito do trabalho, a fim de que a responsabilidade civil objetiva não seja aplicada como exceção, a fim de que convivam ambos os sistemas da responsabilidade civil objetiva e subjetiva, aplicáveis conforme a natureza da demanda.

Além do mais, a compreensão do risco em tempos de sociedade complexa merece transcender o entendimento inicial de periculosidade, lançado na construção desta teoria nos primórdios da Revolução Industrial. Abrigado pela compreensão de atividade de risco também como o risco proveito, o risco profissional, risco excepcional, risco criado, risco integral e risco em torno do dever de segurança.

Ou ainda, a noção de risco como perigo deve ser adaptada às nuances do caso concreto tal como a cláusula geral da teoria do risco no Código Civil italiano é adaptada pela jurisprudência. Eis a missão da construção de precedentes como instrumento de implementação da integridade no Direito.

4.3 ASSÉDIO MORAL E RESPONSABILIDADE CIVIL

4.3.1 Elcio Milczwski x Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV (TST- RR - 3253900-09.2007.5.09.0011)

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) condenou em sede de recurso de revista a Companhia de Bebidas das Américas (Ambev) a indenizar em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) o funcionário Elcio Milczwski por constrangê-lo a comparecer às reuniões matinais em que garotas de programa participavam e, por submetê-lo a situações vexatórias para cumprir metas. Corroborada a argumentação da 9ª Corte Regional de que houve assédio moral, com base em elementos cognitivos, tornou-se comprovado que o gerente de vendas, superior hierárquico, dirigia-se de forma desrespeitosa aos subordinados, bem como convidava garotas de programa para as reuniões.

Assim, o autor da reclamação trabalhista, evangélico e casado, teve direitos da personalidade transgredidos, tal como a honra e a identidade pessoal, uma vez que era obrigado a assistir filmes pornô e *shows* de *strippers*, e mais ainda, era obrigado a participar de festas em chácaras, em que garotas de programas eram utilizadas como “prêmio” para incentivar o aumento de vendas. Por conta disso, os funcionários que batiam as metas almejadas pela empresa, recebiam "vale garota de programa".

Nessa oportunidade, analisaremos os principais argumentos que corroboraram para a decisão da 5ª Turma da Corte Superior do Trabalho. O grupo econômico AMBEV manejou recurso de revista por dissenso jurisprudencial e por violação direta à Constituição, em que merecerá observações apenas à causa de pedir recursal atinente ao dano moral. O referido recurso de revista foi distribuído ao Ministro Relator João Batista Brito Pereira da 5ª Turma Recursal do TST, que em 15 de agosto de 2012 prolatou acórdão acompanhado pela maioria dos Ministros, que negaram seguimento ao pedido de reforma da decisão em recurso ordinário e isso manteve a decisão de primeiro grau de procedência de dano moral por assédio moral.

Não nos cabe tecer referências a respeito da cognição estrita em sede de Recurso de Revista, mas apenas analisar argumentos conexos com o tema desta dissertação, uma vez que mesmo em juízo de admissibilidade, o Ministro Relator acaba por revisitar argumentos construídos em primeiro e segundo graus de jurisdição, que justificam a aplicação da responsabilidade civil como instrumento de tutela da pessoa humana. Logo, é nossa missão verificar se o percurso

argumentativo está em conformidade com as premissas teóricas que defendemos em capítulos anteriores.

A ação trabalhista ajuizada em 25 de outubro de 2007 pelo trabalhador supramencionado, dentre os pedidos feitos por ele, pleiteava a indenização por danos morais por lesão a direito da personalidade, em virtude de assédio moral.

Percorrendo as fases do processo de defesa, instrução e saneamento, o magistrado singular encerra a prestação jurisdicional julgando procedente o pedido de indenização por danos morais decorrente de assédio moral. E mais, restou improcedente a irresignação recursal ordinária da empresa sobre a indenização.

Neste diapasão, a fase de instrução com oitiva de testemunhas trouxe ao processo elementos de construção de convencimento, no qual, os superiores hierárquicos da mencionada empresa, com escopo de aumentar vendas e cumprir metas promoviam estratégia inusitada, tais como: uso de palavrões com seus funcionários, visitas de “garotas de programa” no ambiente de trabalho (na sala de venda) e imposição de ida à chácara do gerente de vendas em que era oferecido a quem cumprisse as metas estipuladas ao “vale garota de programa”. Adverte-se que aos empregados era negado o direito de não comparecer às reuniões matinais com as prostitutas, e tampouco deixar de ir aos encontros na chácara.

Nesse sentido, interpretada em todas as instâncias como uma conduta inapropriada capaz de gerar ao subordinado sentimento de humilhação e de revolta, em razão da deturpação dos objetivos empresariais de promover o lucro da empresa e de traçar metas por meios idôneos.

Tais fatores resultaram, inclusive, por firmar Termo de Ajustamento de Conduta perante o Ministério Público do Trabalho, em que a empresa tornou-se responsável em orientar os funcionários para evitar condutas que gerem desrespeito mútuo. Portanto, mais um elemento de cognição que demonstra a existência pretérita de condutas empresarias que ocasionavam desarmonia ao ambiente de trabalho.

Nesse cenário, observa-se que o autor da ação trabalhista com vínculo matrimonial e com convicções religiosas que constituíam sua identidade enquanto pessoa humana, não tinha o direito de seguir conforme suas percepções, na medida em que lhe era imposto um modelo de diversão como meta empresarial, o que resultou, ao contrário do esperado pela empresa, em transtorno à honra, à intimidade e ao direito de identificação pessoal do empregado.

Assim, aplicou-se no julgado o sistema de responsabilidade subjetiva por ato ilícito nos termos do artigo 186, Código Civil. A partir da segunda instância, a Turma Recursal Regional aduziu que o dano moral é constituído por presunção, assentada na convicção judicial quanto ao fato *probando*, com base no critério de anormalidade ou de *standards* jurídicos, bem como pela existência de todos os elementos para a caracterização do dano moral, quais sejam dano, ato ilícito e nexos de causalidade.

Não obstante, os magistrados esqueceram de argumentar a respeito do elemento volitivo da responsabilidade subjetiva, o que soa como se a culpa fosse uma presunção decorrente da realização de ato ilícito.

Como já expresse anteriormente, o sistema de responsabilidade civil subjetiva apresenta armadilhas argumentativas que devem ser bem observadas, a fim de que se possa conviver com a reformulação e a expansão do próprio conceito de responsabilidade. Merece ao menos que na responsabilidade como imputação, o dever de reparação por obrigação decorrente da transgressão do sistema jurídico possa encontrar elementos cognitivos suficientes para fundamentar as decisões judiciais e que haja preocupação do Estado-juiz em evidenciá-los.

Além do mais, falhas argumentativas, tal como exemplificamos, dificultam o processo de legitimidade do Poder Judiciário em sede democrática e da construção do paradigma de Estado Democrático de Direito.

4.4 DAS LESÕES MÚLTIPLAS À TUTELA DA PESSOA HUMANA

4.4.1 Isabel Cristina de Oliveira x Banco Santander (Brasil) S.A.(TST-RR 277700-48.2007.5.12.0007)

Para finalizar a análise qualitativa de alguns precedentes do TST, trago à baila uma lide que comporta várias lesões à tutela da pessoa humana, o que enseja um olhar atento às várias peculiaridades da demanda, também um confronto com julgados anteriormente comentados a respeito do *mobbing* e do modelo de responsabilidade civil em sede de acidente de trabalho. Nesse sentido, as enumeraremos individualmente a seguir:

A) Da honra: quebra do sigilo bancário

Tratam os autos de recurso de revista manejado por Isabel Cristina de Oliveira, em que alguns dos capítulos do acórdão abordam a transgressão ao acesso à sua conta bancária, no tempo em que era empregada e correntista do Banco Santander, em razão de uma auditoria interna que comprovou a existência de desfalque na entidade financeira.

À primeira vista, é notória a divergência de entendimento entre os próprios Ministros do TST sobre a matéria, uma vez que ambas as partes da lide trouxeram julgados da Corte Superior do Trabalho para fundamentar seu pleito recursal.

Tanto é verdade que o próprio Ministro Relator Renato de Lacerda Paiva, apesar de ressaltar convicção pessoal em contrário, adere ao entendimento majoritário da SBDI-1 que, na sessão do dia 31 de maio de 2012, ao julgar o E-ED-RR-254500-53.2001.5.12.0029, decidiu, por maioria dos presentes (vencidos os Exmos. Ministros Ives Gandra Martins Filho e Renato de Lacerda Paiva), que o simples acesso, pelo Banco empregador, às informações financeiras de seus empregados, sem autorização judicial, gerava dano moral, sendo irrelevante o fato de ter havido, ou não, a divulgação de dados sigilosos.

O simples acesso à conta bancária de empregado correntista constituía dano moral presumido, tendo em vista que a honra em seu duplo aspecto - subjetivo e objetivo - transcende a comprovação de mágoa, dor, ou qualquer sentimento por parte da vítima.

Reconstruindo seu histórico interpretativo, o primeiro grau de jurisdição concedeu a procedência da ação trabalhista referente à lesão à honra por acesso ao banco de dados por intermédio do sistema de responsabilidade civil subjetiva através de ato ilícito.

Em interpretação diferente, o Tribunal Regional reformou a decisão *a quo*, a fim de que não fosse configurada lesão à honra, uma vez que não vislumbrou comprovação de que houve humilhação, dor, tristeza por parte da vítima. Além do mais, a decisão de segundo grau de jurisdição acolheu o argumento da empresa de que a consulta aos dados da reclamante decorreu de auditoria interna após detectado um desvio de recursos, sendo que somente o gerente geral da agência teve acesso às movimentações bancárias e que as informações respectivas ficaram limitadas ao âmbito interno.

Em sede deste recurso de revista, o juízo de admissibilidade foi positivo, e no mérito recursal acolheram-se os argumentos da vítima, que foi recorrente para

restituir a indenização fixada em sede do primeiro grau de jurisdição, uma vez que a lesão à honra e à imagem independe da comprovação de qualquer dor psicológica.

Também é suscitado como argumento pela decisão do TST que as hipóteses de quebra de sigilo bancário são tratadas pela Lei Complementar nº. 105/2001, o que não encontra o exercício no poder empregatício.

Nesse sentido, adequada e coerente a decisão judicial a respeito da compreensão da honra no aspecto objetivo e subjetivo, todavia não foram encontrados no acórdão menções aos demais elementos da responsabilidade civil subjetiva.

B) Assédio moral: tratamento humilhante destinado aos subordinados

No que diz respeito ao assédio moral por cumprimento de metas, a discussão é circunstanciada se a pressão para o cumprimento de metas configura assédio moral, e por consequência o dano moral. *A priori*, constitui o estabelecimento de metas atividade inerente ao poder diretivo do empregador, entretanto se comprovado a realização de forma agressiva, desrespeitosa ou mediante ameaça enseja abuso de direito.

Entretanto, o julgado de primeiro grau de jurisdição pautou-se em inexistência de responsabilidade subjetiva por ato ilícito, uma vez que não foram interpretados elementos probatórios suficientes para constituir ofensa à honra e à dignidade da pessoa humana. Ao analisar as provas e desconsiderando oitiva de testemunhas que declararam a existência de excessos pelo superior hierárquico na cobrança das metas, o julgador *ad quem* verifica que na correspondência eletrônica não possui nenhuma cobrança de meta ofensiva, bem como entendeu que chamar os funcionários por apelidos, tal como “galos dos oeste” não ofendia a moral da obreira, pois a expressão não possuía conotação negativa.

Cabe aqui uma ressalva, já comentada no segundo capítulo desta dissertação, o direito fundamental da personalidade à identidade pessoal engloba o direito ao nome, o que inibe qualquer mecanismo de coisificação da pessoa humana, independente de ter ou não intuito pejorativo.

Em sede de recurso de revista, as provas documental e testemunhal foram interpretadas como suficientes para comprovar que a empregada era cobrada, de forma excessiva, pelo cumprimento de metas, havendo cobranças várias vezes ao dia. Nessa senda, a Turma Recursal do TST entendeu que a adoção de métodos,

técnicas e práticas de motivação de pessoal que ultrapassam as fronteiras conferidas por princípios e regras constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, implicam a incidência da obrigação de reparar as lesões perpetradas.

Assim, a decisão do recurso de revista considera que a empresa atuou em abuso de seu poder diretivo, expondo a vítima à situação vexatória e humilhante. Todavia, não há nenhum esclarecimento sobre qual o sistema de responsabilidade civil subjetiva ou objetiva adotada(s), se por ato ilícito como negado em segundo grau de jurisdição, ou se por abuso de direito, e se esse abuso de direito ensejava responsabilidade civil subjetiva ou objetiva em sua interpretação.

Verificamos que a prática argumentativa substantiva merece ser melhor construída pela jurisprudência trabalhista, como observa-se pela presente análise qualitativa.

C) Acidente de trabalho: responsabilidade civil subjetiva?

A dissertação neste item questiona a existência de indenização por danos morais decorrentes de desenvolvimento de doença laboral, qual seja, LER/DORT.

O acórdão proferido pela Corte Regional evidencia que a indenização nas relações de trabalho em regra é subjetiva, faz-se necessária a comprovação da existência simultânea do dano, do nexos causal entre este e as atividades desenvolvidas no labor, bem como da existência de culpa do empregador, conforme prevê expressamente o art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal.

Nesse sentido, discordamos da interpretação de segundo grau. Inclusive já utilizamos a interpretação construtiva para melhor elucidar o sentido do referido dispositivo constitucional, mediante as nuances do Estado Democrático de Direito nas relações de trabalho, o que permite a harmonização dos sistemas objetivo e subjetivo de responsabilidade civil na seara trabalhista.

Referente ao elemento de responsabilidade civil dano, prova pericial concluiu que a trabalhadora é portadora de cervica braquialgia à direita e que, em decorrência disso, apresentava perda da capacidade laborativa em torno de 20%, de caráter temporário. Entretanto, esclareceu o perito que a referida patologia não pode ser enquadrada como LER/DORT e, ainda, que embora a doença não tenha sido ocasionada pelas suas atividades laborais, é desencadeada por atividades

relacionadas ao trabalho, mas não exclusivamente por elas, já que a origem é multifatorial.

Nesse contexto, entendeu o juízo *ad quem* que a concausa, por si só, é insuficiente para caracterizar a responsabilidade do empregador. O que promove mais uma discordância nossa, uma vez que a culpa não exclusiva da vítima não gera excludente de responsabilidade, e sim, mera atenuante na mensuração do referido dano moral.

Nesse sentido, a decisão em torno do recurso ordinário compreendeu que não houve nenhum ato ilícito, quer por ação, quer por omissão, que enseje o dever de indenizar a reclamante.

E mais ainda, enumerou os requisitos para a configuração da responsabilidade civil, que deveriam ser preenchidos como resultantes de acidente do trabalho e/ou doença profissional ou ocupacional: ocorrência do fato deflagrador ou do próprio dano, que se constatava pelo fato de a doença ou do acidente, os quais, por si só, agridem o patrimônio moral e emocional da pessoa trabalhadora. O dano moral, em tais casos, verifica-se *in re ipsa* pelo nexu causal, que se evidencia pela circunstância de o malefício ter ocorrido em face das circunstâncias laborativas; e pela culpa empresarial, a qual se presume em face das circunstâncias ambientais adversas que deram origem ao malefício.

De uma forma ainda presa ao paradigma ultrapassado do Estado Liberal, o intérprete *ad quem* utilizou a noção de culpa presumida para constituir possível direito à indenização por acidente de trabalho, o que não era o caso, por ausência dos demais elementos de responsabilidade civil.

Nessa construção interpretativa, o Tribunal Regional reformou a decisão de primeiro grau dando novo enquadramento jurídico às conclusões do laudo pericial, consignando que a concausa era insuficiente para responsabilizar o empregador.

Após a interposição do recurso de revista e seu conhecimento sobre este capítulo da decisão recorrida, avança a Turma Recursal do TST para reformar a decisão de segundo grau de jurisdição, restabelecendo a condenação estabelecida pelo magistrado singular. Observe que o acórdão do TST apenas fez menção da violação do artigo 186, do Código Civil, ato ilícito, mas não elencou demais dispositivos, nem justificou qual a razão de não aplicar a teoria de risco e consequentemente a responsabilidade objetiva, tal como o julgado supramencionado.

Verificamos no caso a responsabilidade civil sendo utilizada em descompasso com a teoria argumentativa, e ainda presa ao conceito restrito, condizente com o Estado Liberal de responsabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de um estudo da teoria argumentativa, notadamente a teoria da integridade, esta dissertação almejou cotejar um significado atual e harmônico entre a sociedade de risco e o Estado Democrático de Direito e o Neoconstitucionalismo, pois essa empreitada melhor nos possibilitará compreender o direito.

Assim, a teoria material da Constituição forneceu sustento teórico no que diz respeito ao fenômeno de constitucionalização do direito e do significado da essência constitucional. Isso trouxe como consequência a necessidade de compatibilizar institutos jurídicos de acordo com os parâmetros de constitucionalidade, tal como foi a nossa pretensão construir para a responsabilidade civil.

Nesse sentido, o paradigma do Estado Democrático de Direito enseja medidas do Estado no intuito de respeitar os direitos fundamentais negativos, de implementar os direitos fundamentais positivos por intermédio de políticas públicas, e também, como almejamos defender, por atividade interpretativa substantiva. Além do mais, a democracia impõe ao Estado-juiz que o processo de legitimidade de suas decisões seja realizado pela concretização dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

O positivismo jurídico, apesar de trazer operabilidade ao sistema jurídico, passa por uma crise dos seus pressupostos, em virtude da complexidade das relações interpessoais na sociedade de risco e da dimensão multicultural promovida pelo processo globalizante. Logo, quebra-se a autonomia do Direito, cria-se um intercâmbio entre o Direito e demais Ciências. A atividade interpretativa deve comportar a intensidade da dinâmica social, econômica e cultural.

O estudo da argumentação como fundamento das decisões judiciais serve de mecanismo de legitimidade adequados aos ditames pós-positivistas. No desenvolvimento da argumentação, verifica-se se o percurso da subsunção está em conformidade com os ideais constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Para fins didáticos, destacou-se, na dinâmica interpretativista, o duelo entre o modelo procedimental, que pretende principalmente justificar o discurso, e o modelo substancialista, que almeja a compreensão do texto. E realizamos a opção de utilizar nesta dissertação a teoria da integridade de Ronald Dworkin, como mecanismo que todo intérprete no plano ideal deveria usar.

A teoria de Dworkin defende a reaproximação do direito e da moral, mediante a árdua tarefa de buscar o sentido do texto normativo, descartando qualquer atitude decisionista, subjetivista ou arbitrária do intérprete juiz. A busca da resposta correta na interpretação necessita de coerência e de adequação na observância das possibilidades interpretativas pautadas no caso concreto.

Portanto, a resposta correta no Estado Democrático de Direito é necessariamente adequar a interpretação à essência constitucional, conferindo à Constituição plena eficácia a partir do ato interpretativo. É o sentido verdadeiro construído pelo processo de compreensão hermenêutico em plena movimentação histórica (passado e futuro), promovida pela continuidade do “romance em cadeia”.

Nessa trajetória, Dworkin combate o convencionalismo e o pragmatismo, e cria o juiz Hércules como um modelo metafórico capaz de demonstrar a resposta correta, e concebe o direito como integridade: valor importante ao sistema jurídico, juntamente com a justiça, a equidade e o devido processo legal.

A interpretação construtiva significa a atividade interpretativa que compreende o mundo iniciando de si para depois movimentar a sociedade. É pautada na observância das decisões dos juízes em razão do peso e das consequências sociais e econômicas de suas decisões e a construção do raciocínio jurídico depende dos argumentos jurídicos apresentados.

Nesse sentido, a visão dworkiana destaca a importância de observar o Direito a partir das decisões dos tribunais e verificar como os atores do processo se comportem em relação ao entendimento do direito aplicado ao caso. Nesse diapasão, é importante analisar as divergências argumentativas a fim de verificar a existência de proposições jurídicas verdadeiras, principalmente sobre as questões de fato e as questões de direito.

Portanto, o Direito é a prática social argumentativa, que deve melhor compreender seus significados, sobretudo inserido nas circunstâncias culturais existentes, assim como o seu reconhecimento importa na existência de princípio que o justifique.

O direito como integridade apresenta as proposições jurídicas como verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal material, que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

Logo, o escopo do primeiro capítulo preocupou-se em evidenciar os parâmetros interpretativos, isto é, a interpretação construtiva do direito como integridade, que serviram como base para compreensão aos direitos da personalidade e da responsabilidade civil, principalmente na análise qualitativa de julgados do Tribunal Superior do Trabalho.

No escopo do segundo capítulo desenvolvemos uma digressão histórica e enfatizamos a importância da dignidade da pessoa humana para o nosso sistema jurídico no contexto da contemporaneidade. Destacamos o pensamento kantiano sobre a dignidade da pessoa humana, principalmente no aspecto de combate à “coisificação” das relações humanas, uma vez que o homem não pode servir de qualquer espécie de meio. Sendo a dignidade um atributo inerente à condição racional humana, que possibilita a autonomia de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de leis.

Além do mais diante do contexto histórico traçado e da introdução de novas realidades sociais e econômicas, o cerne dos direitos fundamentais foi constituído pelo princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que num sistema positivo do direito, dissociado de valores morais, não seria suficiente para protegê-los diante das diversas violações cometidas. A importância da dignidade da pessoa humana revela-se como o princípio chave do constitucionalismo contemporâneo, derradeiro limite e condutor de ações do Estado, elemento fundamente da ordem

constitucional, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Ressalta-se que além de comando ético-moral a dignidade da pessoa humana é norma constitucional, que irradia efeitos por todo o sistema jurídico, dada a sua importância nuclear e legitimadora à ordem jurídica constitucional que se constituiu a partir da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, a dignidade da pessoa humana é norma jurídica fundamental de contorno vago e impreciso, que tem como características a polissemia, a ambiguidade e a porosidade. Entretanto, nos viés da democracia é cláusula aberta que assegura o dever de respeito e de consideração entre as pessoas nos contornos do caso concreto.

Nesse sentido, o conteúdo substantivo da dignidade da pessoa humana necessita ser investigado a fim de coibir eventuais violações. Não é a dignidade apenas apelo ético, pois seu conteúdo revela-se no contexto da situação concreta, mas no sentido de observar também suas dimensões cultural e social.

Nessa investigação sobre o conteúdo da dignidade, revela-se a sua dimensão como solidariedade social, em prol da necessidade de coexistência humana e da constatação racional dos interesses em comum. Assim, a solidariedade no Estado Democrático de Direito brasileiro supera os parâmetros do individualismo, não restringe o objeto da solidariedade ao cidadão brasileiro e serve de instrumento para a dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal também não traz expressamente uma cláusula geral para a tutela da personalidade do homem, elenca alguns de seus direitos, entretanto, é a dignidade da pessoa humana que irá fomentar a base da tutela da personalidade. Afinal, a personalidade advém do nascimento com vida, bem como contempla o direito de viver dignamente.

A Constituição Federal de 1988 trará unidade ao sistema jurídico e conduzirá a interpretação, inclusive com parâmetros substantivos dos institutos privados, tal como iremos fomentar no direito de personalidade e na responsabilidade civil.

Cumprido ressaltar que o Código Civil atual acompanhou a mudança de paradigma constitucional, e elencou de forma exemplificativa um rol de direitos da personalidade. Logo, a tutela da personalidade projetou-se por todos seus campos, remodelando seus institutos e conformando-se aos valores sociais, não sendo restrita aos artigos 11 a 21 do Código Civil.

A personalidade é um valor e está na base de uma série aberta de situações existenciais, traduzida por uma tutela mutável, pois é tutelado o valor da pessoa sem limites. Incumbe ao magistrado a tarefa de concretizá-la por atividade interpretativa, em nossa perspectiva, que se baseia no direito como integridade.

Reconhecida a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como consequência de sua eficácia irradiante, toda atividade interpretativa do operador do direito deve consolidar a humanização de nosso sistema jurídico pelo vetor da dignidade da pessoa humana.

Aliás, a eficácia imediata dos direitos fundamentais é expressa no texto constitucional (artigo 5º, §2º, CFB), inexistente qualquer restrição às relações privadas diante de suas bases democráticas, humanitárias e solidarísticas. Tal aplicação não significa, como já mencionamos, que uma compatibilização não seja necessária.

Para além da eficácia imediata, a eficácia irradiante ou mediata, significa que as normas de direito privado não podem ofender o conteúdo das normas de direito fundamental, sobretudo, em conceitos indeterminados e cláusulas abertas.

No que diz respeito às relações privadas trabalhistas, é o trabalho direito fundamental social que emana da dignidade da pessoa humana que deve ser usado como instrumento de valorização da pessoa. Logo, tratando-se de partes desiguais contratantes, o Estado Democrático de Direito deve regular os ditames contratuais, bem como regular a vulnerabilidade em parâmetros permitidos na ordem constitucional.

Nesse contexto, defendemos a existência de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, a partir da força normativa da Constituição Federal e de seu núcleo interpretativo da dignidade da pessoa humana. Tal cláusula será aplicada na exegese não apenas do Direito Civil, mas também do Direito do Trabalho, como mecanismo de fortalecer o humanismo nas relações de trabalho e concretizar a supremacia constitucional, afinal a Consolidação das Leis Trabalhistas não dedicou a atenção devida aos direitos da personalidade, com raras exceções.

Vale enfatizar que o parágrafo único do artigo 8º da CLT permite o uso subsidiário da legislação civil sempre que inexistir tratamento correspondente na legislação trabalhista. Eis a importância do tratamento realizado pelo Código Civil ao direito da personalidade nas relações de trabalho, e principalmente a tutela constitucional da pessoa humana. Ambos já analisamos anteriormente.

Vale advertir que o Direito do Trabalho possui especificidades que ensejam compatibilidades interpretativas da tutela da pessoa humana. É o caso do poder diretivo do empregador, resguardado pelo artigo 2º da CLT, manifestado pelo controle da atividade laboral para verificar o adequado cumprimento do contrato de trabalho e adotar medidas disciplinares, se for o caso.

Por outro lado, esse poder diretivo também possui limites. Ora, a subordinação do empregado é apenas jurídica, não abrange todos os aspectos de sua vida, ou seja, o empregador não tem disponibilidade sobre a pessoa do trabalhador. Tamanha verdade que o empregado pode recusar-se a cumprir ordens ilícitas, como é o caso de ordens de transgridam seus direitos fundamentais da personalidade.

Então, apresentamos o panorama geral dos direitos da personalidade na relação de trabalho, não esgotamos a temática, nem foi essa a nossa pretensão, em razão da extensão e da complexidade da problemática.

No terceiro capítulo, verificamos a necessidade de compatibilizar o paradigma da tutela da pessoa humana com o panorama internacional da globalização e das conseqüentes características da sociedade de risco, tendo em vista a busca incessante pelo lucro, utilizado o risco como de obtenção, gera desigualdade social, exploração do homem pelo homem.

Diante de tantas mudanças no cenário mundial, que refletem diretamente no âmbito de nossa sociedade, o sistema de responsabilidade calcado preponderantemente em culpa demonstrou fragilidades, então surgiu o sistema de responsabilidade objetiva, baseado na aferição do risco, desvalorizada a identificação da culpa. Nesse contexto, a reformulação do conceito de responsabilidade foi algo necessário. Assim, destacamos os estudos de Paul Ricoeur e Hans Jonas, como teorias éticas da responsabilidade, como dever de proteção e de solidariedade.

A reformulação do conceito jurídico de responsabilidade veio questionar sua relação com o caráter punitivo ou de falta, o que no direito civil está tradicionalmente atrelada à obrigação de reparar. Portanto, a responsabilidade sem falta utiliza os pressupostos da solidariedade, segurança e/ou do risco.

Nesse raciocínio, conceituar responsabilidade modernamente apenas na perspectiva do risco, sem o paradigma da solidariedade, é afetar todo nosso sistema

de fúducia entre sujeitos de direito. Portanto, o conceito moderno de responsabilidade perpassa as noções de imputação, de solidariedade e de risco.

Assim, o sujeito responsável é quem possui poder de gerar prejuízos, bem como é aquele que tem o efeito intencional previsível, a curto prazo, e intencionado de uma ação. Há um deslocamento do objeto da responsabilidade para o outro, enquanto vulnerável, ao invés da noção de reparação (reciprocidade da ação) deve ensejar responsabilidade pela injunção moral a partir do outro.

Notou-se que o sentido de responsabilidade apenas como reparação é incompatível com o atual paradigma constitucional, tendo em vista que o Estado Democrático de Direito enseja não apenas omissões de ação para concretização dos direitos fundamentais, mas também imprescindível incidência de deveres positivos, tal como o sentido de responsabilidade como dever do poder, a fim de que o valor da solidariedade seja efetivado.

Compreendida solidariedade, não apenas como caridade (deveres morais positivos), mas “para defesa da atuação de deveres de proteção, entendidos como efetivos deveres jurídicos positivos produzidos por um direito social”. É a transformação de deveres morais de beneficência em deveres jurídicos de proteção.

Nessa oportunidade, a análise dos argumentos dos Tribunais a respeito da implementação desses escopos sócio-democráticos é relevante, pois o Poder Judiciário possui o dever casuístico de legitimidade da atividade jurisdicional em implementar as bases valorativas constitucionais nos moldes interpretativos e de compreensões coletivas em compatibilidade harmônica da maioria e das minorias.

É o sistema de responsabilidade civil, principalmente na modalidade objetiva, que irá auxiliar a recompor a vida digna ao indivíduo que teve seu processo de escolha de vida restringido por conduta danosa de terceiro.

O fundamento dessa responsabilidade civil por risco na ideia de solidariedade social, encontra-se não como violação de um dever jurídico, mas como proveniente da tutela geral ao dever de proteção, uma vez que a tutela concedida ao vulnerável não lhe é concedida como algo exclusivo, mas decorrente de toda a coletividade.

Mediante a complexidade das relações sociais, a responsabilidade civil no Estado Democrático de Direito serve como mecanismo de concretização dos direitos fundamentais, tal como os direitos da personalidade, notadamente com a ampliação do poder do intérprete com o advento do atual Código Civil que dentre as novidades, estabeleceu a cláusula geral de responsabilização objetiva.

É de se ressaltar que a teoria do risco, surgida no final do século XIX mediante o processo de desenvolvimento industrial, veio tutelar a pessoa humana em relação às atividades perigosas, nas quais existe probabilidade de dano, tornando-se desnecessário o nexó psicológico entre o fato, a atividade e a vontade de quem pratica.

Os atuais contornos que merecem avançar na teoria do risco reportam-se à transferência de ônus de atividade para quem exerce (ou deveria exercer) o controle sobre a coisa, a pessoa ou a empresa, bem como quem desenvolve a atividade que importe em incômodos a terceiros. A conceituação inicial de periculosidade não mais se coaduna com as características da sociedade complexa atual, o “romance em cadeia” merece avançar.

No que diz respeito à aplicação da cláusula geral da responsabilidade objetiva às relações trabalhistas, merece realizarmos adequada interpretação do artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal. Tal dispositivo constitucional não pode servir de instrumento interpretativo para proibir a utilização da responsabilidade objetiva nas relações trabalhistas, afastando-se do conceito de responsabilidade como solidariedade social, do paradigma do Estado Democrático de Direito e principalmente da concretização da dignidade da pessoa humana na seara trabalhista. Portanto, os sistemas das responsabilidades objetiva e subjetiva devem conviver em harmonia na Justiça do Trabalho como instrumento de efetivação da tutela da pessoa humana.

Nesse raciocínio, o empregador possui o poder diretivo a fim de que o contrato de trabalho seja prestado da melhor maneira possível, mas possui limites a fim de evitar abusos, sobretudo, à preservação da dignidade do trabalho através do respeito aos seus direitos da personalidade.

A mudança no conceito de responsabilidade irá trazer alterações também para os elementos tradicionais da responsabilidade civil. Na teia da Pós-modernidade existem defensores da mitigação do elemento causal como elemento essencial da responsabilidade civil, bem como o dano é disseminado na responsabilidade objetiva pelo risco em virtude da necessidade da sociedade implementar a solidariedade atinente à tutela do risco.

Afinal, o sistema de vulnerabilidade resguardado pelo direito de trabalho, tornado autônomo do Direito Civil justamente para melhor tutelar a dignidade do trabalhador, estaria em descompasso com o entendimento de responsabilidade civil

como solidariedade nos parâmetros de concretização da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito ao dar prevalência à responsabilidade subjetiva, e encarada a responsabilidade objetiva como exceção.

Após a apresentação de arcabouço teórico, a fim de fundamentar o uso da responsabilidade civil objetiva como instrumento de efetivação da dignidade da pessoa humana dimensionada pelos direitos fundamentais da personalidade, o quarto capítulo analisou qualitativamente demandas trazidas até o Tribunal Superior do Trabalho (TST) sobre a temática.

No que diz respeito ao direito de intimidade e ambiente virtual de trabalho, duas lides foram comentadas.

Em Sérgio Auster x Mony Participações Ltda, o armazenamento de conteúdo pornográfico em computador de trabalho, não dá azo ao empregador arrombar o armário pessoal e ter acesso ao referido computador sem consentimento do funcionário. Cumpre enfatizar que em primeiro grau de jurisdição, o juiz singular julgou improcedentes os pedidos, mas em segundo, o juízo recursal ordinário identificou que a empresa agiu em excesso e abuso de direito do seu poder diretivo, tal discrepância interpretativa é fruto da dificuldade da vítima em comprovar o elemento subjetivo da responsabilidade civil desencadeador da imprudência, negligência ou imperícia. Outra inconsistência argumentativa do acórdão regional reiterado em sede do julgamento do recurso de revista foi a preocupação com argumentação procedimental e não esclareceu se utilizado o sistema do abuso de direito ou do cometimento de ilícito, uma vez que se tornou suficiente reconhecer a indenização por dano moral.

Referente à demanda de Fábio Marcelo Pedroso x Kraft Lacta Suchard, o empregado também foi demitido por justa causa, uma vez que armazenava no disco rígido do seu computador de trabalho material de cunho pornográfico em mensagens particulares. Mais uma vez a sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais por transgressão da intimidade, mas a Egrégia Corte Regional acolheu o pleito indenizatório e utilizou o sistema subjetivo de responsabilidade civil sem identificar cabalmente se por ato ilícito ou por abuso de direito.

Portanto, os contornos da intimidade no ambiente virtual devem ser respeitados, a fim de que a dignidade do trabalhador não seja abalada por conduta fiscalizatória e punitiva excessiva do empregador. Ainda mais, em sede da

construção da interpretação da diferença entre o simples armazenamento de dados no risco rígido ao invés da divulgação pela *Internet*, o que promoveu construção interpretativa totalmente distinta. Todavia o simples argumento de que houve acesso ou compartilhamento de informação pela *Internet* (com o mesmo conteúdo pornográfico) gerar decisões distintas tornam-se inconsistentes.

Destacou-se sobre a controvérsia judicial de Khivia Wanderley Cordeiro x In Foco Trabalho Temporário Ltda, que a jurisprudência trabalhista ainda interpreta o risco como atividade perigosa para sanar apenas acidentes de trabalho, tal como o evidenciado no início da teoria do risco ainda na Revolução Industrial, em razão de se encontrar presos a premissas interpretativas que não são mais compatíveis com o desenvolvimento da sociedade contemporânea e da complexidade das relações interpessoais. E mais, realizada interpretação descontextualizada do artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, ela afirma que a responsabilidade civil subjetiva deve ser preponderante na seara trabalhista.

No que diz respeito ao assédio moral, Elcio Milczwski x Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV evidencia transgressão à dignidade da pessoa humana por obrigar de forma abusiva o cumprimento de metas e o recebimento de prêmios em forma de programas com prostitutas. Assim, aplicou-se no julgado o sistema de responsabilidade subjetiva por ato ilícito nos termos do artigo 186, Código Civil, não obstante, os magistrados esqueceram de argumentar a respeito do elemento volitivo da responsabilidade subjetiva, o que soa como se a culpa fosse uma presunção decorrente da realização de ato ilícito.

O último caso concreto que analisamos apresentou lesões múltiplas à tutela da pessoa humana, foi a situação ocorrida com Isabel Cristina de Oliveira x Banco Santander S.A (do Brasil). Em voga, a interpretação de que lesão à intimidade por acesso à conta bancária independente de prova de dor psicológica, todavia existiram Ministros do TST que divergiram inadequadamente na análise do *mobbing*, mais uma vez a decisão confundiu o ato ilícito com abuso de direito, o que dificultou a análise dos elementos da responsabilidade civil. E finalmente, a indenização decorrente do acidente de trabalho, utilizou a responsabilidade subjetiva destoando totalmente do julgado sobre o mesmo tema que abordamos, e muito mais do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Falhas argumentativas, tal como exemplificamos, dificultam o processo de legitimidade do Poder Judiciário em sede da democrática e da construção do paradigma de Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

ALENCAR, Maria Luiza P. **Globalização Financeira: mudanças que afetam o campo jurídico-econômico dos contratos e os modos de lidar com o risco** In: Aldacy, Coutinho et. al. (Org.) LIBER AMICORIUM – Homenagem ao Prof. Doutor Antônio José Avelãs Nunes. Coimbra e São Paulo: Coimbra e RT, 2009.

ARAUJO, Vaneska Donato. **A perda de uma chance**. In TARTUCE, Flavio; CASTILHO, Ricardo (coord.). Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial. São Paulo: Método, 2006.

ATAHAALPA, Fernandez. **Direito, evolução, racionalidade e discurso jurídico**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Direito Cosmopolítico e Direitos Humanos**. Joaçaba: Revista Espaço Jurídico, jul/dez2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Teresina, ano 10, n.851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em 15 mar.2011.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 2002.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Curso de responsabilidade trabalhista: danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.p.20).

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. **Direitos Humanos, cidadania e trabalho**. Belém: Unama, 2004.

_____. **Direitos humanos e discriminação no Brasil**. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira. *Direitos Fundamentais & Relações Sociais no mundo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Discriminação no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. Malheiros: São Paulo, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. Saraiva: São Paulo, 2010.

CORRÊA, André Rodrigues. **Solidariedade e responsabilidade: tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil**. Saraiva: São Paulo, 2009. p.317-320.

CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição – Do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

DE BARROS, Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 2009.

DE GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade.** São Paulo: Saraiva, 2010.

DE MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana.** São Paulo: Renovar, 2003.

DE PAULA, Carolini Bellini Arantes. **As excludentes de responsabilidade objetiva.** São Paulo: Atlas, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade.** In TARTUCE, Flavio; CASTILHO, Ricardo (coord.). **Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial.** São Paulo: Método, 2006.

FREIRE, Paula Vaz. **Sociedade de risco e direito do consumidor.** In LOPEZ, Teresa Ancona [et.al] (coord.). **Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeiristas e ambientais.** São Paulo: Atlas, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2010.

HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador.** Editora Atlas: São Paulo, 2009.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. **Responsabilidade Pressuposta** In TARTUCE, Flavio; CASTILHO, Ricardo (coord.). **Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial.** São Paulo: Método, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Pressuposta.** São Paulo: Del Rey, 2005.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaios de uma ética para a civilização tecnológica.** Rio de Janeiro: Puc Rio, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos.** São Paulo: Martin Claret Ltda, 2002.

LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho.** São Paulo: Renovar, 2003.

LOPEZ, Teresa Ancora. **Responsabilidade civil na sociedade de risco** In LOPEZ, Teresa Ancona [et.al] (coord.). Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeiristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013.p.11)

LIMA NETO, Francisco Vieira. **A força maior e o caso fortuito como excludentes da responsabilidade** In TARTUCE, Flavio; CASTILHO, Ricardo (coord.). Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial. São Paulo: Método, 2006.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. **Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional**. São Paulo: Método, 2010.

MARIN, Rubens Leonardo. **Dos sentidos da responsabilidade civil no Código Civil de 2002, e sua correlação aos tipos**. In TARTUCE, Flavio; CASTILHO, Ricardo (coord.). Direito Civil : direito patrimonial e direito existencial. São Paulo: Método, 2006.

MARINONI, Luis Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição do Estado Contemporâneo**. Estudos de direitos processual civil. São Paulo: RT, 2005.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MATTOS, Paula Frassinetti. **Responsabilidade civil: dever fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Democracia com mais cidadania: a questão da igualdade na participação política**. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros, Imprensa Nacional, 1998.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2007.

PICO, Giovanni. **A dignidade do homem**. Campo Grande: Solivros, 1999.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do Poder Constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1994.

REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e a sua tutela**. São Paulo: RT, 2005.

TARTUCE, Flavio. **Diálogos entre o direito civil e o direito do trabalho**. In TARTUCE, Flavio; CASTILHO, Ricardo (coord.). **Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006.

VALIO, Marcelo Roberto Bruno. **Os direitos da personalidade nas relações de trabalho**. Editora LTr: São Paulo, 2006.