

CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *stricto sensu* - MESTRADO EM DIREITO

FABIO FREITAS MINARDI

**MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E PROTEÇÃO JURÍDICA DA SAÚDE MENTAL
DOS EMPREGADOS NA EMPRESA CONTEMPORÂNEA**

CURITIBA
2008

FABIO FREITAS MINARDI

**MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E PROTEÇÃO JURÍDICA DA SAÚDE MENTAL
DOS EMPREGADOS NA EMPRESA CONTEMPORÂNEA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Gisela Maria Bester

**CURITIBA
2008**

FABIO FREITAS MINARDI

**MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E PROTEÇÃO JURÍDICA DA SAÚDE MENTAL
DOS EMPREGADOS NA EMPRESA CONTEMPORÂNEA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba.

Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Presidente:

Profª. Dra. GISELA MARIA BESTER

Prof. Dr. ZULMAR FACHIN

Prof. Dr. LUIZ EDUARDO GUNTHER

Curitiba, de de 2008.

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação ao meu filho
Enzo, a razão de tudo.

AGRADECIMENTOS

À minha querida mãe Jurema, pela vida e pelo incentivo no estudo.

Ao meu pai Italo, exemplo de professor, pelo estímulo na carreira docente.

À minha querida esposa Núbia, pelo afeto e companheirismo.

À minha orientadora professora Gisela, uma nova amiga, exemplo de dedicação à pesquisa acadêmica.

A todos os professores do programa de Mestrado em Direito do UNICURITIBA.

EPÍGRAFE

Os velhos direitos dos homens foram a conquista da liberdade frente ao Estado; os novos direitos dos trabalhadores são a defesa do ser humano e de sua dignidade frente às forças econômicas; no primeiro aspecto, contra os poderes políticos; no segundo contra os poderes econômicos, que são também os autênticos poderes políticos. - Mário De La Cueva¹

¹ DE LA CUEVA, Mario. *Derecho mexicano del trabajo*. 4. ed. México: Porrúa, 1954. p. 209. tomo I.
Texto original: *Los viejos derechos del hombre fueron la conquista de la libertad frente al Estado; los nuevos derechos de los trabajadores son la defensa de lo humano y su dignidad frente a las fuerzas económicas; en el primer aspecto fueron defensa contra los poderes políticos; en el segundo son defensa contra los poderes económicos que son, además, los auténticos poderes políticos.*

SUMÁRIO

RESUMO.....	9
ABSTRACT.....	10
LISTA DE SIGLAS.....	11
INTRODUÇÃO.....	12
1 O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E OS PRINCÍPIOS QUE O REGEM.....	17
1.1 – EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E CONSTITUCIONAL.....	17
1.1.1 – A influência da Organização Internacional do Trabalho.....	22
1.1.2 – O atual meio ambiente do trabalho no Brasil.....	31
1.2 – PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL APLICÁVEIS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO.....	37
1.2.1 – Princípio do desenvolvimento sustentável.....	37
1.2.2 – Princípio do poluidor-pagador.....	41
1.2.3 – Princípios da prevenção e da precaução.....	45
1.2.4 – Princípio da participação.....	49
1.2.5 – Princípio da ubiqüidade.....	55
1.3 – TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO.....	56
1.3.1 - Noção de direito da personalidade a partir do século XX: a proteção no Direito Constitucional.....	56
1.3.2 – A natureza jurídica dos direitos da personalidade.....	61
1.3.3 – Extensão do direito fundamental da sadia qualidade de vida nas relações de emprego e sua natureza jurídica.....	71
2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: HERMENÊUTICA E CONSTITUIÇÃO.....	75
2.1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS: COMPREENSÃO NECESSÁRIA.....	75
2.2 – DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	77
2.3. – DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES.....	80
2.3.1 – Os direitos sociais constitucionais aplicáveis no ambiente laboral.....	80
2.3.2 – Direito à saúde.....	81
2.4 – O ELO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	88

2.5 – A TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS INDIVIDUAIS.....	98
2.5.1 – Direitos fundamentais X relações privadas: correntes doutrinárias.....	98
2.5.2 – Posição da doutrina e da jurisprudência brasileira.....	104
2.5.3 – Conflitos entre direitos fundamentais: a ponderação de bens e valores.....	110
2.6 – A APLICAÇÃO DA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL NO DIREITO DO TRABALHO.....	113
2.6.1 – A superação da teoria do Direito do Trabalho como ramo do Direito Privado: a constitucionalização do Direito Privado.....	113
2.6.2 – A vinculação dos particulares aos princípios e direitos fundamentais.....	118
3 VIOLÊNCIA PSÍQUICA NO AMBIENTE LABORAL: EFEITOS SOBRE A SAÚDE MENTAL DO EMPREGADO E A NECESSÁRIA PREVENÇÃO.....	123
3.1 – ASSÉDIO MORAL COMO ESPÉCIE DE VIOLAÇÃO PSÍQUICA E SUA CARACTERIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE EMPREGO.....	123
3.1.1 – O assédio moral: conceito, alcance e efeitos na saúde mental do empregado	123
3.2 – A SÍNDROME DE <i>BURNOUT</i>	135
3.2.1 – Conceito e seus efeitos na saúde do empregado.....	135
3.2.2 – A caracterização do <i>Burnout</i> como acidente de trabalho.....	139
3.2.3 – O nexó de causalidade do <i>Burnout</i> e o nexó técnico epidemiológico previdenciário.....	141
3.3 – PREVENÇÃO DAS AGRESSÕES PSÍQUICAS PELAS EMPRESAS.....	144
3.3.1 – Fundamentos para a imposição de limites ao poder do empregador e ao abuso de direito.....	144
3.3.2 – A boa-fé objetiva e a função social do contrato de emprego.....	148
3.3.3 – Princípio da função social da empresa: origem, conceito e fundamentos constitucionais.....	156
3.3.3.1 – Os efeitos do neoliberalismo sobre a função social da empresa.....	164
3.3.3.2 – A diminuição do papel do Estado e o aumento da atuação empresarial.....	168
3.3.4 – Atuação ética das empresas e a prevenção.....	172
3.3.5 – Atuação do Ministério Público do Trabalho.....	177
CONCLUSÃO.....	183
REFERÊNCIAS.....	189

RESUMO

Este trabalho de pesquisa objetiva analisar o meio ambiente do trabalho e a proteção jurídica da saúde mental do empregado no âmbito da empresa contemporânea com base nos princípios e direitos fundamentais da pessoa humana previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nele examinam-se os princípios do Direito Ambiental e sua correlação com as normas de segurança e medicina do trabalho, com a finalidade de demonstrar que a sadia qualidade de vida e o equilibrado meio ambiente do trabalho são direitos fundamentais estabelecidos no artigo 225 da Constituição da República. Para tanto, demonstra-se a influência da Organização Internacional do Trabalho e a necessidade da aplicação imediata das convenções quando tratam de direitos humanos, diante da previsão do § 3º, do artigo 5º, da Carta Magna, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Examina-se a aplicação dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana, a constitucionalização do Direito privado e a incidência nas relações interprivadas, apontando-se a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência brasileiras. Descreve-se o assédio moral como uma violência psíquica no ambiente laboral, sua caracterização e suas formas de manifestação, distinguindo-o de outras figuras assemelhadas, causador de doenças do trabalho, a exemplo da síndrome de *Burnout*, tratada nesta dissertação como doença ocupacional equiparada a acidente de trabalho, cujo nexos causal é estabelecido automaticamente pela sistemática do chamado nexos técnico epidemiológico previdenciário. Na seqüência analisa-se a limitação do poder do empregador com base na teoria do abuso de direito, na cláusula geral da boa-fé objetiva e na função social da empresa e do contrato de emprego, buscando na tábua axiológica da Constituição da República de 1998 o adequado ponto de referência hermenêutico. Faz-se, por fim, uma análise da atuação ética das empresas para prevenir e inibir condutas geradoras de agressões psíquicas e da atuação do Ministério Público do Trabalho para a defesa dos interesses coletivos.

Palavras-chave: meio ambiente do trabalho; direitos fundamentais; saúde mental; princípio da dignidade da pessoa humana; teoria da eficácia horizontal; função social da empresa.

ABSTRACT

This present research work aims to make an analysis of the work environment and the legal protection to the worker's mental health inside modern companies based on the fundamental principles and rights of the human person foreseen on the 1988 Brazilian Republic Constitution. It was analyzed the principles of the Environmental Law and its correlation to the security rules and labor medicine, in order to demonstrate that the healthy quality of life and balanced work environment is a fundamental right foreseen at the article 225 of the Brazilian Republic Constitution. It has been demonstrated the influence of the International Labor Organization (ILO) and the necessity of the immediate application of its conventions regarding human rights according to the incidence of article 5, third paragraph of the Federal Constitution (redaction given by the Constitutional Amendment 45/2004 text). It once examined the application of the fundamental rights and the principle of the human dignity, the constitutionalization of the Private Law and its incidence within the private relations according to the majority doctrine and jurisprudence in Brazil. It was described the moral molestation as a psychological violence at the labor environment, as well the way the phenomenon comes through, distinguishing it from similar phenomenon that can also cause occupational diseases, such as the Burnout Syndrome, treated at this work as an occupational disease like the labor accident, whose causal nexus is automatically recognized by the INSS according to the work accident and social security factor epidemiologic. On the sequence, it was analyzed the restriction of employer's power based on the abuse of rights theory, on the clause of the objective good-faith, and on the social function of the company and the work contract, based on the values of the Republic Constitution of 1988 as a reference. By the end, it was referred to the ethical behavior of the companies and the prevention of psychological violence and the strong action of the Brazilian Labor Ministry in order to defend collective rights.

Key-words: environment of work; fundamental rights; mental health; principle the human dignity; theory of horizontal effectiveness; social function of the company.

LISTA DE SIGLAS

AEPS – Anuário Estatístico da Previdência Social
BGB – Código Civil Alemão
CAT – Comunicação de Acidente de Trabalho
CCB – Código Civil Brasileiro
CEME – Central de Medicamentos
CID – Classificação Internacional de Doenças
CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
CNAE – Código Nacional de Atividade da Empresa
CODEMAT – Coordenadoria Nacional de Defesa do Meio Ambiente do Trabalho
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DATAPREVE – Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social
EC – Emenda Constitucional
EPI – Equipamento de Proteção Individual
EUA – Estados Unidos da América
FAP – Fator Acidentário de Prevenção
FEBEM – Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor
IAPAS – Instituto de Administração da Previdência e Assistência social
INAMPS - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
INPS – Instituto Nacional da Previdência Social
INSS – Instituto Nacional do Seguro Social
LBA – Legião Brasileira de Assistência
MTE – Ministério do Trabalho e Emprego
NR – Norma Regulamentadora
NRR – Norma Regulamentadora Rural
NTEP – Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário
PCMSO – Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional
PPRA – Programa de Prevenção de Riscos Ambientais
OIT – Organização Internacional do Trabalho
OMC – Organização Mundial do Comércio
OMS – Organização Mundial da Saúde
ONU – Organização das Nações Unidas
RAT – Risco Ambiental do Trabalho
SAT – Seguro de Acidentes de Trabalho
SESMT - Serviço Especializado em Segurança e Medicina do Trabalho
SINPAS – Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
SUS – Sistema Único de Saúde
TRT – Tribunal Regional do Trabalho
TST – Tribunal Superior do Trabalho
UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

INTRODUÇÃO

O tema “meio ambiente do trabalho”, embora recente, tem sido alvo de diversas pesquisas acadêmicas destinadas a analisar os aspectos legais e principiológicos da proteção jurídica da saúde do trabalhador no ordenamento jurídico brasileiro.

Esta dissertação também tem o objetivo de analisar a legislação atual e os princípios que regem o meio ambiente do trabalho, mas o seu foco principal será a investigação das normas legais e principiológicas que visem a proteção da saúde mental do empregado. Esta temática encontra suporte na Linha de Pesquisa número 2 do Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA, qual seja “Atividade Empresarial e Constituição: inclusão e sustentabilidade”, eis que a pesquisa necessariamente compreende tópicos de Direito do Trabalho e de Direito Constitucional, aliando-se ao fato de que o meio ambiente de trabalho é fenômeno decorrente da atividade empresarial.

Nas duas últimas décadas, aproximadamente, tem-se verificado cada vez mais a necessidade de proteção à saúde mental do trabalhador, o qual atualmente se acha cercado de artefatos tecnológicos, que contaminam inclusive o seu tempo que deveria ser de descanso. A legislação brasileira pouco trata deste aspecto, mormente que a preocupação está centralizada na proteção da integridade física do empregado.

Entretanto, cada vez mais se observa um desgaste psicológico, diante da nova roupagem das relações de trabalho estabelecidas pelo ideário neoliberal, que exigem um comportamento competitivo e multifuncional, sob pena de irremediável exclusão natural do mercado de trabalho.

As violências psíquicas ocasionam enfermidades diversas na saúde mental do empregado, como por exemplo a síndrome de *Burnout*, que será objeto de análise nesta dissertação.

As normas de segurança e medicina do trabalho são instrumentos jurídicos extremamente importantes para a concreta e efetiva proteção à saúde do empregado. Todavia, ainda não são suficientes para impor uma conduta de não-fazer (negativa) por parte de empresas que ultrapassam os limites do exercício legal do poder empregatício para humilhar e agredir seus empregados.

Diante deste panorama nefasto, esta dissertação busca analisar vários aspectos normativos que ensejam a defesa do empregado contra as violências psíquicas.

Aliás, o título desta dissertação desde logo demonstra a delimitação positiva da pesquisa em dois aspectos: o primeiro, como já foi dito acima, porque visa a analisar especificamente as normas legais e principiológicas para a proteção da saúde mental do empregado; o segundo, porque a análise estará centrada na figura do “empregado”, ou seja, na pessoa física subordinada ao empregador privado. Portanto, a presente investigação acadêmica terá por base a relação de emprego (espécie) e não a relação de trabalho (gênero), que envolve outras relações jurídicas onde o elemento subordinação é inexistente ou mitigado. Por isso os servidores públicos, os profissionais liberais, dentre outros, decorrentes da relação de trabalho, estão excluídos desta pesquisa acadêmica.

Ainda, a pesquisa será limitada à empresa contemporânea, assim entendido o fenômeno de modernização da teoria da empresa, atualmente reconhecido no atual Código Civil (Lei nº 10.406/2002), decorrente, dentre outros motivos, do crescimento das sociedades de consumo, que aumentam consideravelmente ano a ano, e as atividades concernentes à produção de mercadorias e serviços a fim de satisfazer as necessidades da população consumidora exigem um trabalho árduo, sofisticado, planejado e organizado, que somente pode atingir o seu fim por meio das empresas.

A dissertação está dividida em três capítulos, cujas abordagens serão descritas a seguir.

O primeiro capítulo tem por objetivo traçar os principais aspectos da evolução legislativa e constitucional do tratamento normativo do meio ambiente laboral e os aspectos gerais (teóricos e legais) da proteção jurídica à saúde do trabalhador no Brasil, coletando as principais normas internacionais editadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a temática. Os princípios do Direito Ambiental serão analisados em conjunto com as normas trabalhistas de segurança e medicina do trabalho, buscando demonstrar, posteriormente, a concepção moderna do meio ambiente do trabalho e o entendimento de alguns doutrinadores na assunção de um novo ramo do direito: o Direito Ambiental do Trabalho. Será destacada a atuação normativa da OIT, sem o interesse de esgotar o tema, mesmo porque não é objetivo

desta dissertação. Para tanto, pesquisar-se-ão os entendimentos modernos sobre a aplicação imediata dos tratados internacionais de direitos humanos em face do § 3º do artigo 5º da Constituição da República de 1988 (acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2000), e, via de consequência, das convenções da OIT que tratam de direitos humanos, no ordenamento brasileiro, permeando a noção das teorias monista e dualista para a solução da hierarquia entre as normas nacionais e as internacionais. Na sequência, buscou-se analisar o chamado princípio da norma mais favorável à vítima como baliza para solução de conflitos entre os tratados de direitos humanos e a Constituição, bem como para justificar a imediata eficácia dos tratados internacionais que tratam de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda no primeiro capítulo, tratar-se-á da tutela dos direitos da personalidade no meio ambiente do trabalho partindo da noção e conceito a contar do século XX e sua inserção na Constituição de 1988 e no atual Código Civil. Após, buscar-se-á estabelecer um panorama sobre vários entendimentos acerca da natureza jurídica dos direitos da personalidade, seja como direitos subjetivos, seja como situação subjetiva ou ainda como situação objetiva, estes últimos fundamentados no princípio da dignidade pessoa humana e na concepção de que a personalidade não é um direito, mas, sim, um valor. Por fim, a natureza jurídica do direito à sadia qualidade de vida, prevista no artigo 225 da Constituição de 1988, também será analisado com base nos estudos dos direitos da personalidade e da situação subjetiva.

No segundo capítulo buscar-se-á analisar os direitos fundamentais, nestes incluídos os direitos sociais e, especialmente, o direito à saúde, e a chamada teoria da eficácia horizontal, destinada a fundamentar a vinculação imediata dos direitos, liberdades e garantias individuais nas relações interprivadas. Outras teorias serão apresentadas, ou que rejeitam essa vinculação ou que a limitam (aplicação mediata), bem como se descreverá a posição da doutrina pátria e da jurisprudência brasileira sobre esse tema.

Também será pesquisado o princípio da dignidade da pessoa humana, sem intenção no esgotamento do tema, diante da complexidade e amplitude deste princípio, que, para alguns autores, decorre da cláusula geral de tutela humana. Este princípio, previsto no ápice da Carta Magna de 1988, serve como verdadeira bússola

hermenêutica para a solução de conflito entre direitos fundamentais. Na seqüência, a superação da dicotomia entre o Direito público e privado será alvo de pesquisa para dar pujança à tábua axiológica da Constituição da República de 1988. Assim, com base no entendimento majoritário da doutrina que considera o Direito do Trabalho um ramo do Direito privado, a superação dessa dicotomia é de essencial importância para justificar a vinculação das relações trabalhistas de cunho particular aos direitos fundamentais.

O terceiro capítulo tratará mais detidamente da conceituação do assédio moral e da síndrome de *Burnout* como espécie e efeitos, respectivamente, da violência psíquica no ambiente laboral. O *Burnout* foi analisado como hipótese legal de acidente de trabalho e por isso será importante correlacioná-lo com o chamado nexo técnico epidemiológico previdenciário, criado pela Lei nº 1 1.430/2006.

Logo na seqüência realizar-se-á uma pesquisa sobre a prevenção das agressões psíquicas pelas empresas partindo de fundamentos jurídicos para a limitação do poder empregatício e do abuso de direito. A partir de então, verificar-se-á que a figura da cláusula geral da boa-fé objetiva é um importante instrumento jurídico para oxigenar o microsistema trabalhista e para impor a limitação do direito potestativo e do *ius variandi* do empregador como fonte criadora de deveres anexos de conduta, v.g., a de observar as normas de segurança e medicina do trabalho.

A função social da empresa, após uma breve passagem histórica da concepção da função social da propriedade, também será analisado porque não há como impor limites ao poder empregatício se não se existir uma função social que compreenda, entre outras, a devida observância de medidas destinadas em mitigar os efeitos nefastos de um trabalho mentalmente estafante de modo a preservar a dignidade da pessoa humana em toda as sua facetas (em especial, a proteção à integridade psicofísica).

Os efeitos do neoliberalismo nas relações de emprego, coletando-se as características dos modos de produção fordista e toyotista e das características da sociedade a partir do século XIX, bem como a redução do papel do Estado intervencionista (Estado Social), serão objeto de pesquisa para se compreender o porquê da preocupação da saúde mental do trabalhador no atual contexto da sociedade contemporânea e premente necessidade de proteção.

Haverá, ainda, no terceiro capítulo, uma passagem pela ética empresarial como alicerce para o desenvolvimento sustentável e para a adoção de condutas moralmente responsáveis pelas empresas contemporâneas.

A prevenção por meio do Ministério Público do Trabalho será a última parte do terceiro capítulo, destinado a demonstrar que este órgão possui um papel fundamental para a busca do meio ambiente do trabalho equilibrado, essencial para a defesa dos direitos coletivos e, por isso, à sadia qualidade de vida dos empregados.

1 O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E OS PRINCÍPIOS QUE O REGEM

1.1 – EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E CONSTITUCIONAL

No final do século passado, especialmente a partir da década de 1970, uma questão emblemática surgiu nos corredores dos estudos mundiais: a proteção ao meio ambiente.

A célebre Declaração de Estocolmo, de 1972, aprovada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, tinha como princípio primeiro a seguinte premissa: “o homem tem direito à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada, em um ambiente que esteja em condições de permitir uma vida digna e de bem-estar; tem a ele a grave responsabilidade de proteger e melhorar o ambiente para as gerações presentes e futuras”. Tal princípio, conforme adiante se verá, foi fundamental para a redação do atual artigo 225 da Constituição da República Federativa de 1988.

A Declaração de Estocolmo foi o primeiro documento internacional que contemplou a eminente necessidade dos povos mundiais em proteger a natureza, mais porque naquela época o planeta Terra já apresentava os primeiros sintomas da degradação dos biomas², decorrente da alteração do clima atmosférico.

Em 1983 a Assembléia Geral da ONU decidiu formar uma Comissão³, então presidida pela norueguesa Gro Harlem Brundtland, a fim de examinar os grandes problemas planetários do meio ambiente e do desenvolvimento e de formular proposições realistas para solucioná-las. O relatório final desta Comissão, publicado em 1987, chamado de Relatório Brundtland, ficou conhecido mundialmente pelo nome “nosso futuro comum”, que muito influenciou as diretrizes da ONU para a proteção ao

² Bioma significa, segundo a Embrapa - Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária -, como um conjunto de vida, vegetal e animal, especificado pelo agrupamento de tipos de vegetação e identificável em escala regional, com condições geográficas e de clima similares e uma história compartilhada de mudanças cujo resultado é uma diversidade biológica própria. Disponível em: <<http://www.agencia.cnptia.embrapa.br/Agencia16/catalogo/recelectronico/RE200.0.70.202022007101023.html>>. Acesso em: 4 jul. 2008.

³ *World Commission on Environment and Development*. Cfr. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção ambiental*. Porto Alegre: SAFE, 1993. p. 171.

meio ambiente, bem como foi o primeiro documento a introduzir o conceito de “desenvolvimento sustentável”⁴, atualmente tão conhecida e difundida para a necessária preservação dos recursos naturais.

Em 1992 a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, conhecida como ECO 92, além de reafirmar as diretrizes lançadas pela Declaração de Estocolmo, também impulsiona várias das recomendações do Relatório Brundtland, resultando em um documento denominado “Agenda 21”, que representa um programa de ação que viabiliza o novo padrão de desenvolvimento ambientalmente racional e concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica. O princípio I da ECO 92 assim dispõe: “Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza”.

No Brasil, o conceito de meio ambiente abrolhou com a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 3º, inciso I, *in verbis*:

Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; [...].

Dentre todas as Constituições brasileiras, apenas a de 1988 tratou expressamente do meio ambiente. Em especial, estabeleceu um capítulo próprio⁵, condensado no artigo 225, que elevou a proteção do meio ambiente como direito fundamental das pessoas. Assim ficou textualizado o *caput* do mencionado artigo: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

⁴ Cfr. MACHADO, Sidnei. *O direito à proteção ao meio ambiente do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2001. p 70.

⁵ Capítulo VI do Título VIII – DA ORDEM SOCIAL.

Esta redação certamente foi influenciada pelo princípio primeiro da Declaração de Estocolmo.

Ainda dentro deste espírito, a Constituição da República também estabeleceu a defesa do meio ambiente como alicerce fundamental para a ordem econômica e financeira do país, *ex vi* do artigo 170, inciso VI⁶. Em vários outros dispositivos⁷ o constituinte originário tratou desse tema.

Diante da amplitude que compreende o conceito de meio ambiente, a doutrina pátria criou a sua classificação, que varia muito pouco entre juristas brasileiros⁸, e que pode ser vista da seguinte forma: meio ambiente físico, ou natural, e meio ambiente artificial, que, por seu vez, se subdivide em meio ambiente artificial, ou urbano em sentido estrito; meio ambiente cultural e meio ambiente do trabalho.

Nomeadamente com relação ao meio ambiente do trabalho, espécie do gênero meio ambiente, visualizado como jaez do “meio ambiente artificial”⁹, está previsto de

⁶ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]”

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (inciso com redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).”

⁷ Artigo 5º, inciso LXXIII; artigo 23, inciso VI; artigo 24, incisos VI e VIII; artigo 129, inciso III; artigo 174, § 3º; artigo 186, inciso II; artigo 200, VIII; e, artigo 220, § 3º, inciso II.

⁸ José Afonso da Silva, por exemplo, parte do conceito de meio ambiente para mostrar a existência de seus três aspectos, da origem da sua classificação: **meio ambiente artificial**, constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações e dos equipamentos públicos; **meio ambiente cultural**, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou; **meio ambiente natural**, ou **físico**, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora; enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam. (SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21).

⁹ Para outros, a exemplo de Guilherme Guimarães Feliciano e Celso Antonio Pacheco Fiorillo, o **meio ambiente do trabalho** aparece autonomamente, ao lado do **meio ambiente natural** (constituído pelos elementos físicos e biológicos nativos do entorno: solo, água, ar atmosférico, flora, fauna e suas interações entre si e com o meio), do **meio ambiente artificial** (constituído pelo espaço urbano construído, que compreende o conjunto de edificações espaço urbano fechado e o dos equipamentos públicos espaço urbano aberto; alguns autores referem, ainda, o meio ambiente rural, relativo ao espaço rural construído) e do **meio ambiente cultural** (constituído pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico, que agregou valor especial pela inspiração de identidade junto aos povos), sendo todos manifestações particulares da entidade meio ambiente. (FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Meio ambiente do trabalho: aspectos gerais e propedêuticos*. *Juris Síntese*, Porto Alegre, n. 38, nov./dez. 2002. Não paginado. CD-ROM; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007).

forma inibida na Carta Magna de 1988 no artigo 200, inciso VIII, como atribuições do Sistema Único de Saúde (SUS). Veja-se:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...];

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

A regulamentação constitucional, portanto, é feita em dois patamares, informa Celso Antonio Pacheco Fiorillo: a proteção imediata (artigo 200, inciso VIII) e a mediata (artigo 225, *caput*, incisos IV e VI e § 3º)¹⁰.

A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, regulamenta o disposto na Lei Maior. O artigo 6º, inciso V, estabelece que estão incluídas no campo de atuação do Sistema Único de Saúde a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Outrossim, a referida norma legal, no mesmo artigo 6º, agora no seu § 3º, considera “saúde do trabalhador” o conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo:

I - assistência ao trabalhador vítima de acidentes de trabalho ou portador de doença profissional e do trabalho;

II - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), em estudos, pesquisas, avaliação e controle dos riscos e agravos potenciais à saúde existentes no processo de trabalho;

III - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), da normatização, fiscalização e controle das condições de produção, extração, armazenamento, transporte, distribuição e manuseio de substâncias, de produtos, de máquinas e de equipamentos que apresentam riscos à saúde do trabalhador;

IV - avaliação do impacto que as tecnologias provocam à saúde;

V - informação ao trabalhador e à sua respectiva entidade sindical e às empresas sobre os riscos de acidentes de trabalho, doença profissional e do trabalho, bem como os resultados de fiscalizações, avaliações ambientais e

¹⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Obra citada, p. 322-323.

exames de saúde, de admissão, periódicos e de demissão, respeitados os preceitos da ética profissional;

VI - participação na normatização, fiscalização e controle dos serviços de saúde do trabalhador nas instituições e empresas públicas e privadas;

VII - revisão periódica da listagem oficial de doenças originadas no processo de trabalho, tendo na sua elaboração a colaboração das entidades sindicais; e

VIII - a garantia ao sindicato dos trabalhadores de requerer ao órgão competente a interdição de máquina, de setor de serviço ou de todo ambiente de trabalho, quando houver exposição a risco iminente para a vida ou saúde dos trabalhadores.

Outros dispositivos legais também tornaram a proteção à saúde e segurança do trabalhador como obrigação dos empregadores. Podem-se citar os artigos 154 a 201 da CLT e especialmente a Portaria nº 3214/78, que instituiu as conhecidas “Normas Regulamentadoras”¹¹, a que se refere o Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas à Segurança e Medicina do Trabalho.

Na área rural, até 16 de abril de 2008, data da publicação da Portaria nº 191/2008 do Ministério do Trabalho e Emprego, existiam as chamadas “Normas Regulamentares Rurais – NRR”, que foram revogadas ante a integral substituição pela Norma Regulamentadora de Segurança e Saúde na Agricultura, Pecuária, Silvicultura, Exploração Florestal e Aquicultura, aprovada pela Portaria nº 86 de 3 de março de 2005 do Ministério do Trabalho e Emprego¹² (denominada simplesmente de NR-31).

A Lei nº 8.213/1991, de índole previdenciária, em seu artigo 19, § 1º, ao dispor que “a empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais

¹¹ NR-1 - Disposições gerais; NR-2 - Inspeção Prévia; NR-3 - Embargo e Interdição; NR-4 - Serviço Especializado em Segurança e Medicina do Trabalho – SESMT; NR-5 - Comissão Interna de Prevenção de Acidentes; NR-6 - Equipamentos de Proteção Individual; NR-7 - Exames Médicos; NR-8 - Edificações; NR-9 - Riscos Ambientais; NR-10 - Instalações e serviços de eletricidade; NR-11 - Transporte, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais; NR-12 - Máquinas e equipamentos; NR-13 - Vasos sob pressão; NR-14 – Fornos; NR-15 - Atividades e operações insalubres; NR-16 - Atividades e operações perigosas; NR-17 – Ergonomia; NR-18 - Obras de construção, demolição e reparos; NR-19 – Explosivos; NR-20 - Combustíveis líquidos e inflamáveis; NR-21 - Trabalhos a céu aberto; NR-22 - Norma regulamentadora de segurança e saúde ocupacional na mineração; NR-23 - Proteção contra incêndios; NR-24 - Condições sanitárias dos locais de trabalho; NR-25 - Resíduos industriais; NR-26 - Sinalização de segurança; NR-27 - Registro de Profissionais; NR-28 - Fiscalização e penalidades; NR-29 - Segurança e Saúde no trabalho portuário; NR-30 - Norma Regulamentadora de Segurança e Saúde no Trabalho Aquaviário; NR-31 - Norma Regulamentadora de Segurança e Saúde no Trabalho na Agricultura, Pecuária Silvicultura, Exploração Florestal e Aquicultura; NR-32 - Segurança e Saúde no Trabalho em Estabelecimentos de Saúde; NR-33 - Norma Regulamentadora de Segurança e Saúde nos Trabalhos em Espaços Confinados.

¹² A Portaria nº 86/2005 do Ministério do Trabalho e Emprego tem respaldo no artigo 13 da Lei nº 5.889/1973, *in verbis*: “Nos locais de trabalho rural serão observadas as normas de segurança e higiene estabelecidas em portaria do ministro do Trabalho e Previdência Social”.

de proteção e segurança da saúde do trabalhador”, também demonstra a preocupação do legislador com a segurança do trabalhador para se evitar acidentes do trabalho que, como é cediço, podem prejudicar a sua saúde e a sua capacidade laborativa.

O artigo 6º da Constituição da República de 1988 também estabelece, como direitos sociais fundamentais a saúde e a segurança, e, logo após, no artigo 7º, inciso XXII, a Constituição traz garantia ao trabalhador na redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. As duas Constituições anteriores, a de 1946¹³ e a de 1967¹⁴, apenas preconizavam o direito do trabalhador que visasse a melhorias das condições de higiene e de segurança no trabalho, mas não acostado no campo próprio dos direitos fundamentais.

O Brasil também ratificou o Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (*Protocolo de San Salvador*), de 17 de novembro de 1988, onde garante-se condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho, devendo ser observado pelos países signatários a **proteção à segurança e higiene no trabalho**¹⁵ (artigo 7º).

Assim, não há como negar que a medicina e segurança do trabalho é um dos mais importantes aspectos do Direito do Trabalho, com ampla proteção na legislação nacional, bem como na órbita internacional, consoante diretrizes traçadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT).

1.1.1 – A influência da Organização Internacional do Trabalho

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada no ano de 1919 pelo Tratado de Versalhes (Parte XIII), na Conferência da Paz realizada após a Primeira Guerra Mundial.

¹³ Artigo 157, VIII, do Título V (Da Ordem Econômica e Social).

¹⁴ Artigo 158, IX, do Título III (Da Ordem Econômica e Social).

¹⁵ Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (*Protocolo de San Salvador*), de 17 de novembro de 1988, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 56/1995 e promulgado pelo Decreto nº 3.321/1999. Tradução não oficial da Procuradoria Geral da República. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs_protocolos/prot_dir_humanos.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2008.

A OIT é a agência especializada das Nações Unidas que busca a promoção da justiça social e o reconhecimento internacional dos direitos humanos e trabalhistas e funda-se no princípio de que a paz universal e permanente só pode basear-se na justiça social. Fonte de importantes conquistas sociais que caracterizam a sociedade industrial, a OIT é a estrutura internacional que torna possível abordar estas questões e buscar soluções que permitam a melhoria das condições de trabalho no mundo¹⁶.

A OIT, além de formular normas internacionais trabalhistas, atua como agente de cooperação técnica principalmente nas áreas de formação e reabilitação profissional; políticas e programas de emprego e de empreendedorismo; administração do trabalho; direito e relações do trabalho; condições de trabalho; desenvolvimento empresarial; cooperativas; previdência social; estatísticas e segurança e saúde ocupacional.

No ano de 1998, após a adoção da Declaração sobre Princípios Fundamentais e Direitos do Trabalho durante a sua 86ª sessão, realizada em 1996, a OIT determinou que todos os Estados Membros promovam direitos básicos trabalhistas, tais como liberdade de associação, eliminação do trabalho escravo e infantil e não-discriminação, sendo compulsória até mesmo para países que não ratificaram as respectivas convenções mais importantes sobre esses temas¹⁷. É a luta pelo fim do *dumping* social, também desejada pela Organização Mundial do Comércio (OMC), que impede um preço justo dos produtos manufaturados porque, segundo ensina Roberto Di Sena Junior, “algumas empresas, com o intuito de exportar seus produtos por preço inferior ao de seus concorrentes, utilizariam artifícios ‘desleais’, tais como a contratação de mão de obra infantil ou até mesmo escrava”¹⁸.

Com relação à atividade normativa, informa Arnaldo Süssekind, se dá pelo conjunto de normas consubstanciadas nas convenções e recomendações a que a OIT denomina de “Código Internacional do Trabalho”, figurando as resoluções e outros documentos como seus anexos¹⁹.

¹⁶ Esta autodefinição foi colhida da página eletrônica da OIT no Brasil. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/inst/fund/index.php>>. Acesso em: 26 abr. 2008.

¹⁷ Cfr. DI SENA JUNIOR, Roberto. *Comércio internacional & globalização: a cláusula social na OMC*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 143.

¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 96.

¹⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 180.

Com relação ao meio ambiente do trabalho, o instrumento normativo da OIT mais conhecido²⁰ é a **Convenção nº 155** (aprovada pela 67ª Conferência Internacional do Trabalho realizada em Genebra no ano de 1981), ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 2/1992 e promulgado pelo Decreto nº 1.254/1994, que trata da Segurança e Saúde dos Trabalhadores, a qual estipula que o país signatário deverá estabelecer uma política nacional com o objetivo de prevenir os acidentes e os danos à saúde, que forem conseqüências do trabalho, reduzindo ao mínimo possível as causas e riscos inerentes ao meio ambiente do trabalho, previsto a nível constitucional.

Igualmente importante, a **Convenção nº 148**, de 1977, é conhecida como Convenção sobre o Meio Ambiente de Trabalho (Contaminação do Ar, Ruído e Vibrações), ratificada pelo Brasil em 1981, mediante promulgação do Decreto-Legislativo nº 56/1981 e do Decreto nº 93.413/1986. Dentre os vários princípios constantes dessa Convenção, destaca-se aquele que consagra a tendência moderna de eliminação do risco, ao invés de sua neutralização, devendo os equipamentos de proteção individual ser utilizados como último recurso, na impossibilidade de eliminação técnica do risco.

Basicamente, as convenções se diferenciam das recomendações em razão do tema, ou de um dos seus aspectos, não seja considerado conveniente ou apropriado para ser, no momento, objeto de uma convenção (artigo 19, § 1º, da Constituição da OIT²¹). Mas nem por isso as Recomendações perdem sua importância, pois, lembra Arnaldo Sússekind, têm sido amplamente utilizadas para complementar, com disposições detalhadas, as convenções de princípios²².

²⁰ Outras Convenções correlatas ao tema "segurança e medicina do trabalho" são: nº 115 (Proteção contra radiações); nº 127 (Peso máximo no transporte manual de carga); nº 136 (Proteção contra os riscos de intoxicação ocupacional pelo benzeno); nº 139 (Prevenção e controle de riscos profissionais causados por substâncias ou agentes cancerígenos); nº 152 (Segurança e higiene nos trabalhos portuários); nº 161 (Serviços de saúde do trabalho); nº 170 (Segurança na utilização de produtos químicos no trabalho) e nº 174 (Prevenção de acidentes industriais maiores).

²¹ "Art. 19. 1. Se a Conferência pronunciar-se pela aceitação de propostas relativas a um assunto na sua ordem do dia, deverá decidir se essas propostas tomarão a forma: a) de uma convenção internacional; b) de uma recomendação, quando o assunto tratado, ou de um dos seus aspectos não permitir a adoção imediata de uma convenção. [...]" Tradução fornecida pela página eletrônica da OIT no Brasil. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/info/download/constituicao_oit.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2008.

²² SÚSSEKIND, Arnaldo. Obra citada, p. 181.

Jorge Fontoura e Luiz Eduardo Gunther buscam nos estudos pormenorizados de Nicolas Valticos resumir a distinção entre convenção e recomendação:

- 1) a convenção é o procedimento-tipo da regulamentação internacional do trabalho, sendo ela somente passível de ser objeto de ratificação e criar uma rede de obrigações internacionais, seguidas de medidas de controle;
- 2) a recomendação é um acessório, sendo seu papel definido a partir do princípio geral segundo o qual adota-se essa forma quando o objeto tratado não se preste a adoção imediata de uma convenção. Podem ser distinguidas três funções principais da recomendação: a) é a forma mais apropriada quando um tema ainda não está maduro para a adoção de uma convenção, e a recomendação derivada da autoridade da Conferência contribui para a criação de uma consciência social comum, abrindo espaço para a adoção posterior de uma convenção; b) uma Segunda função é a de servir de complemento a uma convenção, podendo ser útil para inspirar os governos, porém sem o mesmo caráter obrigatório que os termos de uma convenção; c) a recomendação tem um valor intrínseco em um certo número de casos: quando as normas que contém possuem um caráter técnico detalhado, isto pode ser útil às administrações nacionais, contribuindo para a elaboração de uma legislação uniforme sobre a matéria, deixando no entanto a possibilidade de implementarem-se adaptações conforme a necessidade dos países; a mesma coisa acontece quando a recomendação trata de questões nas quais as situações e as práticas variam de tal maneira de um país a outro que dificilmente poder-se-ia pensar em compromissos internacionais estritos a respeito das medidas preconizadas;
- 3) a recomendação cumpre assim, junto à convenção, uma função útil em vários aspectos, residindo a diferença existente entre os dois instrumentos no aspecto relativo à eficácia, uma vez que, por definição, uma recomendação não pode ser objeto de compromissos internacionais e que os Estados dispõem da margem que desejem para dar-lhe o efeito que julguem oportuno, embora estejam obrigados a submeter tanto as recomendações, como as convenções, às autoridades nacionais competentes, informando sobre a execução desta obrigação e sobre o curso dado a tal ou qual recomendação. Estas medidas não são comparáveis, contudo, com as obrigações que a ratificação de uma convenção impõe e com o controle sistemático de que é objeto a execução de tais obrigações;
- 4) Embora a recomendação seja considerada como a parente pobre da convenção, devem se ter presentes dois pontos: a) dada a natureza das questões que geralmente são objeto de recomendação, a alternativa nem sempre se apresenta entre uma recomendação e uma convenção, senão entre uma recomendação e a ausência de toda norma internacional ou na existência de uma convenção que obteria tão poucas ratificações que perderia toda autoridade; b) é incontestável que algumas das recomendações têm tido uma influência considerável em numerosos países, sendo rutilante exemplo a recomendação nº 119, de 1963, sobre a Terminação da Relação de Trabalho.²³

²³ VALTICOS, Nicolas. *Derecho Internacional del Trabajo*. Tradução de Maria José Triviño. Madrid: Tecnos, 1977. p. 234-236 *apud* FONTOURA, Jorge; GUNTHER, Luiz Eduardo. A natureza jurídica e a efetividade das recomendações da OIT. *Apej - Academia Paranaense de Estudos Jurídicos*. Disponível em: <http://www.apej.com.br/artigos_doutrina_leg_01.asp>. Acesso em: 11 jun. 2008.

No ponto de vista de Vólia Bomfim Cassar, as recomendações não criam ou extinguem obrigações, não derivam da vontade dos agentes internacionais, pois apenas contém sugestões dirigidas aos sujeitos de direito²⁴. Por isso, não são passíveis de ratificação²⁵. Assim, não são consideradas fontes formais de direito, e sim fontes materiais de direito²⁶.

As convenções, por outro lado, ensina Arnaldo Süssekind, constituem tratados multilaterais, abertos à ratificação dos Estados-membros, que, uma vez ratificadas, integram a respectiva legislação nacional²⁷. E acrescenta:

A convenção ratificada constitui fonte formal de direito, gerando direitos subjetivos individuais, sobretudo nos países onde vigora a teoria do monismo jurídico e desde que não se trate de diploma meramente promocional ou programático. Já as recomendações e as convenções não ratificadas constituem fonte material de direito, porquanto servem de inspiração e modelo para a atividade legislativa nacional [...].²⁸

Com efeito, no Brasil, apenas as convenções ratificadas²⁹ são fontes formais justralhistas³⁰, ressalvando-se que a doutrina e a jurisprudência pátrias ainda não

²⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 81.

²⁵ Idem, ibidem, p. 81.

²⁶ Idem, ibidem, p. 81.

²⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. Obra citada, p. 182.

²⁸ Idem, ibidem, p. 181.

²⁹ A internalização das convenções da OIT se dá como nos demais tratados internacionais. Nádia Araújo leciona que a competência para a conclusão de tratados internacionais é do Poder Executivo. Segundo a Constituição (artigo 84, VIII), “compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais”. Em seguida, o Presidente remete os tratados para apreciação do Congresso Nacional, a quem cabe resolver definitivamente sobre a sua aprovação (artigo 49, I, da CRFB/88). Uma vez aprovados, por meio de Decreto Legislativo, os atos internacionais voltam ao Executivo, para a ratificação - momento em que ocorre a troca de notas diplomáticas ou o depósito do instrumento de ratificação no local designado, nos casos de tratados multilaterais. Cfr. ARAÚJO, Nádia. A internalização dos tratados internacionais no direito brasileiro e a ausência de regulamentação constitucional. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. XV, p. 01-16, 2005.

³⁰ A 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em novembro do ano de 2007, onde foram aprovados setenta e nove enunciados que poderão subsidiar a jurisprudência trabalhista, tratou deste tema no Enunciado nº 3, *in verbis*:

“3. FONTES DO DIREITO – NORMAS INTERNACIONAIS.

I – FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES DA OIT NÃO RATIFICADAS PELO BRASIL. O Direito Comparado, segundo o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, é fonte subsidiária do Direito do Trabalho. Assim, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho não ratificadas pelo Brasil podem ser aplicadas como fontes do direito do trabalho, caso não haja norma de direito interno pátrio regulando a matéria.

II – FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA OIT. O uso das normas internacionais, emanadas da Organização Internacional

definiram pela adoção da teoria monista ou da teoria dualista³¹ para a solução da hierarquia entre as normas internacionais e as nacionais, atualmente denominadas de dualismo radical, dualismo moderado, monismo radical e monismo moderado³².

O Supremo Tribunal Federal, entretantes, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 84.004, no ano de 1977, acolheu a corrente que equipara juridicamente o tratado internacional à lei federal³³, admitindo, inclusive, a derrogação de um tratado por uma lei posterior.

O certo, entretanto, sem se alongar neste longo debate, porquanto não é objeto desta dissertação, é que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 perfilhou da teoria monista, como se conclui da redação do artigo 105, inciso III, alínea “a”. Dá-se que esse dispositivo constitucional atribui competência ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”. De igual modo, o artigo 102, inciso III, alínea “b”, atribui competência ao Supremo Tribunal Federal (STF) para julgar, mediante recurso

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

<http://www.anamatra.org.br/jornada/anexos/ementas_aprovadas.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2008.

³¹ Ensina Arnaldo Süssekind que para a teoria monista não existe independência, mas interdependência entre a ordem jurídica internacional e a nacional. Por esse motivo, a ratificação de uma Convenção da OIT, por determinado Governo, implica a imediata e automática incorporação daquela à legislação interna do País ratificador. Para a teoria dualista, entretanto, as ordens jurídicas internacional e nacional não se misturam, mantendo-se, pois, independentes, uma em relação à outra. A ratificação do tratado importa no compromisso do Estado-membro legislar de acordo com o texto ratificado, caso contrário esse Estado poderá ser responsabilizado na esfera internacional; mas a complementação ou modificação do sistema jurídico interno exige um ato formal por parte do legislador nacional. Cfr SÜSSEKIND, Arnaldo. Obra citada, p. 63.

³² O dualismo radical exige a edição de lei para a incorporação do tratado à ordem jurídica nacional. No dualismo moderado a incorporação prescinde de lei, embora seja necessária a observância do iter procedimental previsto no direito interno: aprovação congressual e promulgação presidencial. No monismo radical impera a prevalência do tratado sobre a ordem jurídica interna (também chamado monismo internacionalista). No monismo moderado (também chamado de monismo nacionalista) existe a equiparação hierárquica do tratado à lei, e as conseqüências são as seguintes: i) subordinação do tratado à Constituição; ii) quanto à lei ordinária, aplicação dos critérios temporal e da especialidade para soluções de antinomias. Cfr. CASSAR, Vólia Bomfim. Obra citada, p. 82-83.

³³ Cfr. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 61.

extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

Igualmente pacífico é que, no caso de conflito entre uma convenção da OIT e a Constituição, prevalecerá, em princípio, a segunda, exceto se esta dispuser de modo diverso. Vólia Bomfim Cassar esclarece que o Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência, alterando sua posição anterior, mas mantendo a teoria monista, passaram a defender a supremacia da Constituição sobre os tratados e as convenções internacionais, apoiando o monismo nacionalista³⁴.

No caso brasileiro, nenhuma Convenção poderá prevalecer em face da Constituição da República, em virtude de sua posição apical na complexa estrutura normativa do Estado. Basta ver que a República Federativa do Brasil, em suas relações internacionais, se regerá, dentre outros princípios, pelo da “independência nacional”, conforme consta do inciso I, do artigo 4º. Além disso, constitui competência (e dever) comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “zelar pela guarda da Constituição” (artigo 23, inciso I). Ainda: o Presidente e o Vice-Presidente da República, ao serem investidos nos respectivos cargos (em sessão do Congresso Nacional), prestarão o compromisso de “defender e cumprir a Constituição”, nos termos do artigo 78, *caput*, da Suprema Lei do País. Em situações de normalidade democrática, portanto, nenhum Poder poderá colocar-se acima da Constituição.

Cabe ressaltar a posição de Flavia Piovesan, ao comentar sobre a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos. Ela defende a posição da observância do **princípio da norma mais favorável**, porquanto seria a interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, em especial com o valor da dignidade da pessoa humana³⁵. Esse tratamento diferenciado, conferido pelo artigo 5º, § 2º³⁶, da Carta de 1988, justifica-se porque os tratados internacionais de direitos

³⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. Obra citada, p. 85.

³⁵ PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 64.

³⁶ “Art. 5º [...]”

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

humanos apresentam um caráter especial, pois objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e por isso atraem o denominado *jus cogens* (força obrigatória)³⁷.

Nesta esteira, a observação de Flavia Piovesan é pertinente em razão da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, ao inserir o § 3º do artigo 5º da Lei Maior, a saber:

Art. 5º [...]

§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Haveria conflito entre tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e a Constituição? Segundo Flavia Piovesan, a resposta é positiva e a solução se dá pela prevalência da norma mais favorável à vítima, ou seja, aquela que mais proteja os direitos da pessoa humana³⁸. A respeito, Flavia Piovesan ressalva que a escolha da norma mais favorável é tarefa que caberá fundamentalmente aos Tribunais nacionais e outros órgãos aplicadores do direito, no sentido de assegurar a melhor proteção possível ao ser humano³⁹.

De igual modo, Valério de Oliveira Mazzuoli, influenciado por Antônio Augusto Cançado Trindade⁴⁰, defende o princípio da primazia da norma mais favorável às vítimas⁴¹, conforme expressamente assegurado pelo artigo 4º, inciso II, da Constituição da República de 1988⁴², combinado com o princípio da dignidade da pessoa humana e com a válvula de entrada do § 2º do artigo 5º da Constituição de 1988.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 64-65.

³⁸ Idem, ibidem, p. 99-100.

³⁹ PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 100.

⁴⁰ Antônio Augusto Cançado Trindade explica que não há mais pretensão de primazia do direito internacional ou do direito interno quando existe um tratado de direito humano, como ocorria na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente contexto, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefícios de seus protegidos. Crf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. I. Porto Alegre: SAFE, 1997. p. 434.

⁴¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p.13.

⁴² “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]

II - prevalência dos direitos humanos;”

No Direito do Trabalho existem várias convenções que estabelecem direitos humanos⁴³, e também de direitos sociais, que, por sua vez, estão inseridos como direito fundamental pela atual Constituição brasileira e por isso insuscetíveis de alteração por emenda constitucional (artigo 60, § 4º, da CRFB/88 – as chamadas “cláusula pétreas”). A distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos serão oportunamente apreciados neste trabalho acadêmico, mas é importante salientar que, desde a promulgação da mencionada Emenda Constitucional nº 45/2004, que autoriza a equiparação de um tratado internacional relativo a direitos humanos a uma Emenda Constitucional, este tema firmou um novo paradigma nas relações trabalhistas e a internalização das convenções da OIT.

Ora, se as convenções da OIT consolidam dispositivos sociais que visam a proteção ao trabalhador (e, via de conseqüência, da pessoa humana), atualmente não se pode mais sustentar o seu caráter meramente programático (regras de normatividade abstrata), ou seja, que necessitariam de regulamentação legislativa para possuírem eficácia em nosso sistema de direito positivo⁴⁴, mormente que não seriam auto-executórias (*self executing*).

Uma vez ratificada uma determinada convenção da OIT que importe em reconhecimento de direitos humanos, mediante a simples edição de Decreto-legislativo, não havendo necessidade do Decreto do Poder Executivo, uma vez que o § 3º do artigo 5º da Lei Maior assim não exige, bastando a sua aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (*quorum* qualificado), esta se incorpora de imediato⁴⁵ ao ordenamento jurídico com *status* de Emenda Constitucional. Mesmo as Convenções que tratam de direitos humanos, ratificadas antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, por força do artigo 5º, § 2º, da Carta Magna, seriam materialmente constitucionais, independente do *quorum* qualificado (aliás, nem existia essa exigência antes da citada Emenda Constitucional). Flavia Piovesan sempre entendeu que os tratados de direitos humanos

⁴³ Exemplo é a Convenção nº 105 sobre a abolição do trabalho forçado, de 1957.

⁴⁴ Neste sentido, Flavia Piovesan. Cfr. PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 80-81.

⁴⁵ “Art. 5º. [...]”

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

ratificados anteriormente à mencionada Emenda Constitucional têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais⁴⁶.

Portanto, as convenções da OIT, relativas ao meio ambiente do trabalho, antes já mencionadas nesta dissertação, por importarem na proteção e preservação da integridade física e da saúde do trabalhador, qualificavam-se como direitos humanos e, portanto, com plena e imediata eficácia (inclusive nas relações interprivadas, conforme adiante se analisará neste trabalho acadêmico, relativo à chamada teoria da eficácia horizontal dos direitos humanos). Isto porque eram e continuam sendo materialmente constitucionais, por força do § 2º do artigo 5º da Carta de 1988. Porém, é preciso notar-se que a equiparação delas a Emenda Constitucional, exigida pelo novo § 3º do mesmo artigo 5º, veio minar tal interpretação, por exigir a aprovação parlamentar com quorum qualificado.

1.1.2 – O atual meio ambiente do trabalho no Brasil

Indene de dúvidas, o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental são disciplinas autônomas, com conteúdo científico e princípios próprios. Todavia, não há com negar a existência de simbiose entre algumas normas de índole trabalhista (Direito do Trabalho), em especial de segurança e medicina do trabalho, e alguns princípios e postulados do Direito Ambiental.

Embora a “saúde do trabalhador” seja uma preocupação mundial mais antiga, oriunda principalmente de meados do século passado, o meio ambiente do trabalho é um estudo recente, inserido na Constituição da República de 1988 no artigo 200, inciso VIII, mas que bem demonstra duas tendências notoriamente modernas: a preocupação com o meio ambiente vital e a busca na qualidade no sentido amplo, compreendendo-se o do trabalho.

Guilherme José Purvin de Figueiredo ensina que o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental são disciplinas autônomas e modernas, interligadas por um objetivo:

⁴⁶ PIOVESAN, Flavia. Obra citada, p. 73.

[...] **a busca da qualidade de vida é objeto de dois diferentes ramos do direito: o Direito Ambiental e o Direito do Trabalho.** Todavia, a despeito de tal coincidência de objetos, motivos de ordem histórica ensejaram a evolução do Direito do Trabalho com maior rapidez do que a do Direito Ambiental. Isso deve, quiçá, ao fato de que as lesões à saúde e os riscos para a vida dos trabalhadores sempre foram muito mais intensos e flagrantes do que os similares riscos e lesões ambientais que o restante da população viria a sofrer mais séculos e meio após o advento da Revolução Industrial – ou seja, quando os recursos naturais (ar e água puros, por exemplo), passarem a escassear.⁴⁷

Com efeito, os bens tutelados pelo Direito Ambiental e pelo Direito do Trabalho, embora distintos, podem se unir intrinsecamente para constituir os objetivos do hodierno meio ambiente do trabalho, que certamente pode ser galgado a um novo ramo da ciência do Direito: o Direito Ambiental do Trabalho. Aliás, como bem observa Raimundo Simão de Melo, um dos defensores do novel Direito Ambiental do Trabalho, a afirmação do Direito Ambiental como ramo do Direito veio sedimentar a idéia paradigmática da quebra da dicotomia do direito privado e direito público⁴⁸. Portanto, o Direito Ambiental do Trabalho ainda mais corrobora essa afirmativa.

Ressalta Julio César de Sá Rocha, ao estabelecer a natureza jurídica do Direito Ambiental do Trabalho, que essa nova disciplina integra a categoria dos direitos difusos⁴⁹; não se funda na titularidade de situação subjetiva meramente individual, porquanto carrega caracteres essencialmente difusos e coletivos, mas não invalida as hipóteses de compensação individual dos danos à saúde, na medida em que não elimina a possibilidade de reparação individual pelos prejuízos porventura existentes⁵⁰.

Essa preocupação do enfoque multidisciplinar para a melhora do ambiente laboral, segundo preleciona Sebastião Geraldo de Oliveira,

é de suma importância porque o homem passa a maior parte da sua vida útil do trabalho, exatamente no período da plenitude de suas forças físicas e mentais, daí porque o trabalho, freqüentemente, determina o seu estilo de vida, influencia nas condições de saúde, interfere na aparência e apresentação pessoal e até determina, muitas vezes, a forma da morte.⁵¹

⁴⁷ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2000. p. 17-18. (grifou-se)

⁴⁸ MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 30.

⁴⁹ ROCHA, Julio César de Sá. *Direito ambiental do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 281.

⁵⁰ Idem, *ibidem*, p. 282.

⁵¹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 129.

Gradativamente, os autores juslaboralistas vão adotando o termo “meio ambiente do trabalho” em substituição ao termo “segurança e medicina do trabalho”⁵² em suas obras de Direito do Trabalho.

O objeto de estudo do Direito Ambiental do Trabalho será o “meio ambiente do trabalho”, cuja natureza jurídica, assim considerada por Raimundo Simão de Melo, é de direito difuso fundamental inerente às normas sanitárias e de saúde do trabalhador⁵³. José Afonso da Silva ensina que o meio ambiente do trabalho é um complexo de bens imóveis e móveis de uma empresa e de uma sociedade, objeto de direitos subjetivos privados e de direitos invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores que o freqüentam⁵⁴.

Em uma definição mais abrangente, Roberto Basilone Leite conceitua o meio ambiente do trabalho como o lugar onde se concretizam as relações de trabalho e onde, conseqüentemente, o ser humano desenvolve suas virtualidades, obtém os recursos necessários à sua sobrevivência e colabora para a criação de riqueza social e para a promoção do bem comum⁵⁵.

Neste viés, o meio ambiente do trabalho tem por escopo o princípio da solidariedade, previsto no artigo 3º, inciso I, da Constituição da República de 1988⁵⁶, mesmo porque, sendo difusa sua natureza, conforme acima mencionado, as conseqüências decorrentes da sua degradação, como, por exemplo, os acidentes do trabalho, embora com repercussão imediata no campo individual, atingem toda a sociedade, que paga a conta final⁵⁷.

⁵² Um exemplo é Alice Monteiro de Barros. Em sua obra “Curso de direito do trabalho”, na sua 4ª edição, ano de 2008 (Editora Saraiva), intitula o capítulo destinado ao estudo da segurança e medicina do trabalho como “meio ambiente do trabalho – segurança e higiene do trabalho”. Outros, como Raimundo Simão de Melo e Julio César de Sá Rocha, por outro lado, já editaram suas obras com o título Direito Ambiental do Trabalho.

⁵³ MELO, Raimundo Simão de. Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador. Ob. cit., p. 29.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. Ob. cit., p. 24.

⁵⁵ LEITE, Roberto Basilone. Meio ambiente do trabalho e motivação: a ecologia do trabalho como instrumento de equilíbrio e efetividade. *Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 4, n. 10, p. 76, set./dez. 2006.

⁵⁶ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]”

⁵⁷ MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. Ob. cit., p. 29.

Ora, se a busca na qualidade de vida e do bem-estar do trabalhador gerou o incentivo da proteção legal do meio ambiente do trabalho, exige-se, então, um ambiente saudável para a prestação de serviço, evitando-se o contato do trabalhador com agentes químicos, físicos ou biológicos agressivos à sua saúde. Nessa linha de raciocínio, Gisele Ferreira de Araújo é oportuna ao afirmar:

se o meio ambiente, que a Constituição Federal quer ver preservado, é aquele ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida, então o ser humano, a natureza que o rodeia a localização em que vive, e o local onde labora, não podem ser considerados como compartimentos fechados, senão como células de vida, integrados num grande núcleo que se pode denominar de dignidade humana, pois que o trabalho é um meio de vida e não de morte.⁵⁸

Não somente pelo aspecto físico do trabalhador é que se concentram os objetivos tuitivos deste ramo que chamamos de Direito Ambiental do Trabalho. No Direito do Trabalho até aproximadamente quinze anos atrás, na era taylorismo-fordismo, a preocupação do Estado na saúde do trabalhador se restringia basicamente na elaboração de normas que visassem a sua integridade física.

Entretanto, com a nova concepção do capitalismo pós-industrial⁵⁹, onde há valorização do trabalho intelectual e imaterial, a sanidade mental do trabalhador tornou-se foco do aspecto tuitivo do Direito do Trabalho, embora ainda necessite de regulamentação legislativa⁶⁰.

As relações interpessoais também geram a ocorrência das psicopatologias relacionadas ao trabalho. Segundo o ensinamento de Julio César de Sá da Rocha,

⁵⁸ ARAÚJO, Gisele Ferreira de. Meio ambiente do trabalho: aspectos teóricos. In: DARCANCHY, Mara Vidigal (Coord.). *Responsabilidade social nas relações laborais*: homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento. São Paulo: LTr, 2007. p. 147-148.

⁵⁹ Para Domenico De Masi, os parâmetros de referência da sociedade pós-industrial são constituídos pela tecnologia eletrônica, pelo predomínio do trabalho intelectual, sobretudo de tipo criativo; por uma epistemologia da complexidade e da descontinuidade; pelo predomínio das necessidades "fracas", principalmente as de natureza estética; pelo subjetivismo; pela dimensão transnacional e pós-internacional dos problemas de suas possíveis soluções; pela difusão de valores andrógenos; pela recusa das ideologias. (DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho*: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Tradução de Yadir Figueiredo. 6. ed. Rio de Janeiro: José de Olympio, 2001. p. 221).

⁶⁰ Cabe informar que o Ministério do Trabalho, em sintonia com essa nova diretriz, alterou a NR nº 17, que trata da Ergonomia, pela Portaria nº 3.751/1990, para o fim de estabelecer parâmetros para permitir a adaptação das condições de trabalho às "características psicofisiológicas dos trabalhadores". No item.

o meio ambiente do trabalho representa todos os elementos, inter-relações e condições que influenciam o trabalhador **em sua saúde física e mental**, comportamento e valores reunidos no lócus do trabalho, caracterizando-se, pois, como a soma das influências que afetam diretamente o ser humano, desempenhando aspecto chave na prestação e performance do trabalho.⁶¹

Observa que, no que diz respeito às relações humanas no meio ambiente do trabalho, são cada vez mais importantes as análises acerca dos elementos psicológicos, como a pressão para desempenho da atividade, que pode desencadear a depressão e distúrbios emocionais⁶².

Registre-se que a Convenção nº 155 da OIT, em seu artigo 3º, estabelece que a expressão “local de trabalho” abrange todos os lugares onde os trabalhadores devem permanecer ou onde têm que comparecer, e que esteja sob o controle, direto ou indireto, do empregador e que o termo “saúde”, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecção ou de doenças, mas também os elementos **físicos e mentais** que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho.

Por isso é sempre útil lembrar que a Lei de Benefícios da Previdência Social, de nº 8.213/1991, em seu artigo 21⁶³, também estende a noção de local de trabalho para efeitos de equiparação a acidente de trabalho.

17.5.1. preconiza-se a que “as condições ambientais de trabalho devem estar adequadas às características psicofisiológicas dos trabalhadores e à natureza do trabalho a ser executado”.

⁶¹ ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica*. São Paulo: LTr, 1997. p. 19. (grifou-se)

⁶² Idem, ibidem, p. 138.

⁶³ “Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação; II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em conseqüência de: a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho; b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho; c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho; d) ato de pessoa privada do uso da razão; e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior; III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade; IV - o acidente sofrido pelo segurado, ainda que fora do local e horário de trabalho: a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa; b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito; c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado; d) no

Atento a esse novo panorama da mundialização do capital, Arion Sayão Romita salienta:

Importante é a conceituação de meio ambiente do trabalho apta a recolher o resultado das transformações ocorridas nos últimos tempos nos métodos de organização do trabalho e nos processos produtivos, que acarretam a desconcentração dos contingentes de trabalhadores, não mais limitados ao espaço interno da fábrica ou empresa. Por força das inovações tecnológicas, desenvolvem-se novas modalidades de prestação de serviços, como trabalho em domicílio e teletrabalho, de sorte que o conceito de meio ambiente do trabalho se elastece, passando a abranger também a moradia e o espaço urbano.⁶⁴

Onde o trabalho humano for prestado, haverá a proteção pelas normas do Direito Ambiental do Trabalho, não se restringindo tão-somente às relações empregatícias (quando há o elemento **subordinação**), mas também alcançando às relações de trabalho, como, por exemplo, o trabalhador autônomo, o estagiário, o cooperado e os avulsos.

Evidencia-se, desta forma, que a tutela jurídica do hodierno meio ambiente do trabalho vai desde a qualidade do ambiente físico interno e externo do local de trabalho, até as manutenção da boa saúde física e mental do trabalhador.

E o núcleo de proteção do meio ambiente do trabalho é o trabalho humano, que encontra amparo no princípio da dignidade humana, considerado fundamental para a compleição do Estado Democrático de Direito⁶⁵, como previsto no artigo 1º, inciso III, da CRFB/88, e que decorre do reconhecimento dos direitos de personalidade, que se

percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

§ 1º. Nos períodos destinados à refeição ou descanso, ou por ocasião da satisfação de outras necessidades fisiológicas, no local do trabalho ou durante este, o empregado é considerado no exercício do trabalho.

§ 2º. Não é considerada agravamento ou complicação de acidente do trabalho a lesão que, resultante de acidente de outra origem, se associe ou se superponha às conseqüências do anterior.”

⁶⁴ ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 383.

⁶⁵ Gisela Maria Bester, ao comentar sobre o princípio do Estado Democrático de Direito, observa que a possibilidade de uma política verdadeiramente democrática no Brasil passa por uma reformulação da sociedade brasileira: pelo reconhecimento da diferença; pela diminuição, no limite do possível, da desigualdade; pela aceitação do princípio liberal da igualdade perante a lei e, portanto, da justiça como um pólo igualitário e da compreensão de que o poder político é o exercício de uma soberania social, e não de um poder que se separa da sociedade para controlá-la (BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2004. p. 286).

enquadram como direitos de terceira dimensão⁶⁶ (mas idôneos à tutela dos direitos de primeira e segunda dimensão), inspirados nos valores da solidariedade (direitos de fraternidade).

1.2 – PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL APLICÁVEIS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

1.2.1 – Princípio do desenvolvimento sustentável

Convém lembrar que o Relatório Brundtland, mencionado anteriormente, foi o primeiro documento de cunho internacional a mencionar a expressão “desenvolvimento sustentável” para justificar a necessidades de os Estados e os particulares em adotarem gestões adequadas para evitar a degradação da natureza e garantir o equilíbrio sócio-ambiental para as presentes e futuras gerações.

A partir de então, o desenvolvimento sustentável⁶⁷ foi elevado a diretriz normativa axiológica fundante⁶⁸ do Direito Ambiental, ou seja, um princípio nuclear, embora alguns doutrinadores, como Paulo Affonso Leme Machado, não o coloquem exatamente com um princípio próprio deste ramo do Direito, mas como fenômeno corolário dos princípios da atividade econômica e da defesa do meio ambiente, intrinsecamente ligado à função social da propriedade⁶⁹.

⁶⁶ A terminologia adotada para a classificação dos direitos fundamentais, como de “dimensão”, e não de “geração”, ensina Zulmar Fachin, com esteio nos estudos de Antônio Augusto Cançado Trindade, é mais apropriada porque não dá a idéia de substituição, como acontece na expressão “geração”. A chegada de novos direitos não tem o condão de suceder (substituir) aqueles previamente existentes, fazendo-os desaparecer. A concepção de um novo direito fundamental não pode ter como consequência a extinção de outro direito fundamental, concebido em épocas passadas. O que se tem em tais hipóteses é a acumulação de direitos fundamentais, com o acréscimo do novo direito concebido. Em outras palavras, não se trata de substituir o passado, mas de acrescentar um novo elo (FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 203-204).

⁶⁷ Recentemente, a Declaração de Joanesburgo (também conhecida como Rio+10 ou Cúpula da Terra II), firmada na Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável (*World Summit on Sustainable Development*), em setembro de 2002 na cidade de Joanesburgo, África do Sul, ratificou os anseios da Declaração de Estocolmo e da ECO-92, buscando discutir os avanços alcançados pela Agenda 21.

⁶⁸ Juarez Freitas utiliza essa expressão para distinguir os princípios das regras (FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 228).

⁶⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 142-145.

De fato, não há como negar que o desejado desenvolvimento sustentável na atividade pública ou privada deva se pautar nos princípios que regem a ordem econômica prevista no artigo 170 da Constituição da República de 1988. Todavia, a concepção do desenvolvimento sustentável como um princípio⁷⁰ concretiza a interação sistemática do Direito e impede o critério hermenêutico de subsunção dedutiva estrita, mormente que no plano dos princípios se adota a subsunção indutivo-axiológica, baseada nos valores eleitos pela Carta Magna de 1988.

Por tal razão, adota-se o desenvolvimento sustentável como um princípio do Direito Ambiental perfeitamente adaptável ao meio ambiente do trabalho, mesmo porque o trabalhador deve ter o direito de exercer sua atividade em um ambiente que lhe possibilite o bem-estar e vida com qualidade⁷¹.

Celso Antônio Pacheco Fiorillo se refere ao princípio do desenvolvimento sustentável como a busca da coexistência harmônica entre economia e meio ambiente⁷². Para o referido jurista, a idéia central é assegurar existência digna, através de uma vida com qualidade, e continua:

Com isso, o princípio não objetiva impedir o desenvolvimento econômico. Sabemos que a atividade econômica, na maioria das vezes, representa alguma degradação ambiental. Todavia, o que se procura é minimizá-la, pois pensar de forma contrária significaria dizer que nenhuma indústria que venha a deteriorar o meio ambiente poderá ser instalada, e não é essa a concepção apreendida do texto. O correto é que as atividades sejam desenvolvidas lançando-se mão dos instrumentos existentes adequados para a menor degradação possível.⁷³

Neste contexto, Ignacy Sachs observa que a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano (Estocolmo - 1972), reafirmou-se a necessidade de um crescimento eqüitativo que levasse explicitamente em conta o meio ambiente⁷⁴. Este

⁷⁰ Antônio Augusto Cançado Trindade compartilha desse entendimento, afirmando que o desenvolvimento sustentável é um princípio internacional contemporâneo. Cfr. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção ambiental*. Ob. cit., p. 166.

⁷¹ ROCHA, Julio César de Sá. *Direito ambiental do trabalho*. Ob. cit., p. 286.

⁷² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Obra citada, p. 29.

⁷³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Obra citada, p. 31-32.

⁷⁴ SACHS, Ignacy. *Rumo à ecossocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 208.

último apareceria como uma das dimensões do desenvolvimento, que passava doravante a assumir como meta a realização de uma troca positiva com a natureza. Ele explica, então, que devem ser observados três critérios desafiadores que qualquer estratégia de desenvolvimento deve enfrentar:

- a *equidade*, que apela aos objetivos sociais do desenvolvimento, em conformidade com o imperativo ético da solidariedade com todos os viajantes atualmente embarcados na nave espacial Terra;
- a *prudência ecológica*, que se refere a um postulado ético de solidariedade com os viajantes que ainda estão por vir, sem descuidar da melhoria da qualidade de vida no presente;
- a *eficácia econômica*, que nos incita a fazer bom uso da mão-de-obra e dos recursos materiais de um ponto de vista 'macrossocial', isto é, levando-se em consideração os custos sociais e ecológicos até então externalizados.⁷⁵

Na seara do Direito do Trabalho, como bem concluiu Laura Martins Maia de Andrade, ao tratar do mencionado princípio, na proteção do meio ambiente do trabalho é de rigor observar o contido no artigo 7º, inciso XXII, da Constituição da República de 1988, que determina a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, coibindo-se, desta forma, a degradação das condições ambientais, desde que efetivamente observando o quanto resta estabelecido tanta na Consolidação das Leis do Trabalho, como na Portaria nº 3.214/1978, do Ministério do Trabalho, e, também, nas Constituições e leis estaduais e municipais, além, das convenções e acordos coletivos de trabalho, no que respeita à preservação da saúde dos trabalhadores⁷⁶.

É a atuação do Estado intervencionista, cuja finalidade, lembra Raimundo Simão de Melo, é reequilibrar o mercado econômico, sobre o qual, se não houver freios, os aspectos sociais e humanos serão deixados para segundo e terceiro planos diante da prevalência da ordem econômica⁷⁷.

⁷⁵ SACHS, Ignacy. Obra citada, p. 208-209.

⁷⁶ ANDRADE, Laura Martins Maia de. *Meio ambiente do trabalho e ação civil pública trabalhista*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 109.

⁷⁷ MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. Ob. cit., p. 47.

Por isso é imperativo que as empresas contemporâneas não se esquivem das normas regulamentadoras, preconizando o máximo pela eliminação do risco ambiental, ou, se não for possível, que pelo menos se adotem medidas preventivas para neutralizar os efeitos⁷⁸, nestas incluídas os equipamentos de proteção individual, a que se refere, v.g., o artigo 191 da CLT⁷⁹. Deve-se buscar em primeiro lugar a eliminação do risco, para, então, caso não seja possível pelo menos reduzi-lo, adotar a segunda opção, que é fornecimento de equipamentos de proteção para neutralizar os riscos.

Nesta esteira, é oportuno citar a Norma Regulamentadora nº 04, que trata dos serviços especializados em engenharia de segurança e em medicina do trabalho, aprovada pela Portaria nº 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego, que estabelece, em seu item 4.12., alínea “b”:

determinar, **quando esgotados todos os meios conhecidos para a eliminação do risco e este persistir**, mesmo reduzido, a utilização, pelo trabalhador, de Equipamentos de Proteção Individual - EPI, de acordo com o que determina a NR 6, desde que a concentração, a intensidade ou característica do agente assim o exija.⁸⁰

O princípio do desenvolvimento sustentável é um dos principais escopos jurídicos para se exigir que as empresas contemporâneas devam cumprir todas as normas legais de segurança e saúde do trabalhador, mesmo porque a Carta Magna de 1988 insere expressamente como direito fundamental a redução aos riscos ambientais no local de trabalho.

⁷⁸ Sebastião Geraldo de Oliveira noticia que no Brasil há a preferência pela neutralização do risco, em vez de se adotarem medidas para a eliminação do risco. Afirma que em vez de eliminar a insalubridade na fonte ou de adotar medidas coletivas de neutralização, o empresário prefere a solução mais cômoda, mais barata e também menos eficiente: fornecer o equipamento de proteção individual (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. Ob. cit, p. 150).

⁷⁹ “Art. 191 - A **eliminação ou a neutralização** da insalubridade ocorrerá:

I - com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância;

II - com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância.” (grifou-se)

⁸⁰ Atento a essa realidade, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 289, que dispõe o seguinte: “O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado”.

1.2.2 – Princípio do poluidor-pagador

A Lei nº 6.938/1983, em seu artigo 3º, inciso III, considera **poluição** a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

A mesma norma legal considera **poluidor** a pessoa física ou jurídica, de Direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental (artigo 3º, inciso IV). Ainda, o artigo 4º, inciso VII, inclui, dentre dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, “a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

Com base nestas disposições, a doutrina estabeleceu duas premissas para o chamado princípio poluidor-pagador: a) busca evitar a ocorrência de danos ambientais (caráter preventivo); e, b) ocorrido o dano, visa sua reparação (caráter repressivo)⁸¹. Para Raimundo Simão de Melo há uma terceira premissa (ou um terceiro aspecto): solidariedade para suportar os danos causados ao meio ambiente⁸².

Esse princípio fica fácil de perceber no âmbito laboral, pois, no caso de descumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho, haverá um acidente de trabalho, resultado da poluição do ambiente laboral.

Em um primeiro momento, tal princípio estabelece a necessidade de adoção de medidas de prevenção dos danos. Há de se reconhecer, como bem observado por Guilherme Guimarães Feliciano, os riscos são inerentes a toda e qualquer atividade econômica e, diga mais, à maior parte das atividades sociais organizadas da sociedade

⁸¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Obra citada, p. 32.

⁸² MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. Ob. cit., p. 48.

pós-industrial⁸³. Todavia, são toleráveis até certo limite e daí justamente as balizas impostas pelo artigo 7º, inciso XXII, da CRFB/88, pela Consolidação das Leis do Trabalho e pela Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho, para o fim de prevenir os danos no ambiente laboral.

Na hipótese de ocorrência do dano, a reparação na órbita ambiental está prevista no artigo 225, § 3º⁸⁴, da Constituição da República de 1988, que estabelece a responsabilidade objetiva⁸⁵, como antítese à teoria subjetiva da responsabilidade, baseada na comprovação de culpa e que não atendia de forma satisfatória a efetiva reparação do dano. Essa tendência, aliás, foi acolhida pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 927, parágrafo único, consagrado pela doutrina brasileira como uma cláusula geral.

Mesmo diante desta tendência inovadora, na seara trabalhista, em ações indenizatórias decorrentes de acidente de trabalho, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho (artigo 114, inciso VI da CRFB/88)⁸⁶, ainda não se firmou um posição satisfatória sobre a aplicação ou não da responsabilidade objetiva.

A 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em novembro do ano de 2007⁸⁷, tratou deste tema em dois enunciados, a seguir transcritos:

⁸³ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho e responsabilidade civil por danos causados ao trabalhador: dupla face ontológica. *Revista do Tribunal do Trabalho da 18ª Região*, Goiânia, ano 9, p. 129, 2006.

⁸⁴ “Artigo 225. [...]”

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados;”

⁸⁵ O artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 foi recepcionado pela CRFB/88, porquanto estabelece que: “sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

⁸⁶ O Supremo Tribunal Federal, no Conflito de Competência nº 7204, julgado em 29 de junho de 2005, definiu a competência da justiça trabalhista, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, para julgamento das ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, e não mais a justiça comum.

⁸⁷ Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/jornada/anexos/ementas_aprovadas.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2008.

37. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes do trabalho. O art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu caput garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.

38. RESPONSABILIDADE CIVIL. DOENÇAS OCUPACIONAIS DECORRENTES DOS DANOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. Nas doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho, a responsabilidade do empregador é objetiva. Interpretação sistemática dos artigos 7º, XXVIII, 200, VIII, 225, §3º, da Constituição Federal e do art. 14, §1º, da Lei 6.938/81.

Na doutrina juslaboralista, autores como José Affonso Dallegrave Neto⁸⁸, Raimundo Simão de Melo⁸⁹ e Sebastião Geraldo de Oliveira⁹⁰, que também são advogado, procurador do trabalho e magistrado, respectivamente, defendem a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva em acidentes de trabalho.

⁸⁸ José Affonso Dallegrave Neto entende que no caso de acidente de trabalho típico, com efeitos meramente individuais, e causado por empresa que não exerce atividade normalmente de risco, a responsabilidade civil do agente será subjetiva, aplicando-se a parte final do art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, que exige a prova de culpa patronal. Caso o acidente de trabalho (ou doença ocupacional) decorra da atividade normalmente de risco (art. 927, parágrafo único do Código Civil) ou de lesão ambiental com repercussão coletiva (art. 225, § 3º, da Constituição Federal e art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81) a responsabilidade será objetiva (DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 212/213).

⁸⁹ Dentre vários fundamentos, de inegável consistência jurídica, Raimundo Simão de Melo pugna pela aplicação do § 3º do artigo 225 da Lei Maior, que estabelece a responsabilidade objetiva por danos ambientais. Afirma que não há inconstitucionalidade do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil frente ao artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição, considerando que a imposição de responsabilidade ao empregador por acidente de trabalho constitui um direito mínimo do trabalhador, que pode ser melhorado por meio de alteração da Constituição Federal, da lei e das convenções coletivas de trabalho, tudo em atenção ao princípio de que o artigo 7º da lei Maior assegura apenas garantias mínimas e que no Direito do Trabalho a hierarquização das normas leva em conta aquela que for mais favorável ao trabalhador. Alerta que, como os atuais dispositivos que evoluíram a responsabilidade civil, com a adoção da responsabilidade objetiva, fizeram uma melhoria para o trabalhador, direcionada à preservação do bem maior da pessoa humana: a vida (MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. Ob. cit., p. 276).

⁹⁰ Sebastião Geraldo de Oliveira fundamenta sua posição, dentre outros argumentos, que haveria uma quebra de sintonia entre os empregados (relação de emprego) e os trabalhadores (relação de trabalho), pois na hipótese de um trabalhador autônomo ou de um empreiteiro, o tomador de serviços responde pela indenização, independente de culpa, mas, se fosse o caso de um empregado, haveria a necessidade da comprovação da culpa do empregador. Ainda sustenta que o desenvolvimento da responsabilidade objetiva tem estreita ligação histórica com a questão do trabalho (OLIVEIRA, Sebastião. *Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 92).

O Tribunal Superior do Trabalho⁹¹, entretanto, vem se posicionando gradativamente na adoção da teoria da responsabilidade subjetiva, pois entende que o artigo 7º, inciso XXVIII⁹², da Constituição da República de 1988 estabeleceu a necessidade de comprovação de culpa, e por isso não caberia trazer à colação a responsabilidade objetiva de que trata o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002.

Sem a intenção de apontar todas as discussões sobre a aplicação ou não da responsabilidade objetiva, pois não é o objeto de estudo deste trabalho acadêmico, o fato é que, diante do princípio do poluidor-pagador, o empregador, agente de dano, arcará com os prejuízos ocasionados ao trabalhador (sejam morais, estéticos ou materiais). Perfeitamente aplicável o disposto no *caput* do artigo 2º da CLT, onde estabelece que o empregador, ao assumir **os riscos da atividade econômica**, e ao lucrar com sua atividade empresarial, deve responder por tais riscos ou pelas desvantagens dela resultantes.

⁹¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 831/2005-003-20-00.4, da 4ª Turma. Redator do Acórdão Min. Barros Levenhagem. Publicação: DJU 28/09/2007. Ementa: RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS PROVENIENTES DE INFORTÚNIOS DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO EMPREGADOR DE QUE TRATA O ARTIGO 7º, INCISO XXVII DA CONSTITUIÇÃO EM DETRIMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONSAGRADA NO § ÚNICO DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. SUPREMACIA DA NORMA CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE DIREITO INTERTEMPORAL DO § 1º DO ARTIGO 2º DA LICC. I - É sabido que o acidente de trabalho e a moléstia profissional são infortúnios intimamente relacionados ao contrato de emprego, e por isso só os empregados é que têm direito aos benefícios acidentários, daí ser impondosa a conclusão de a indenização prevista no artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição se caracterizar como direito genuinamente trabalhista. II - Essa conclusão não é infirmável pela versão de a indenização prevista na norma constitucional achar-se vinculada à responsabilidade civil do empregador. Isso nem tanto pela evidência de ela reportar-se, na realidade, ao artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição, mas sobretudo pela constatação de a pretensão indenizatória provir não da culpa aquiliana, mas da culpa contratual do empregador, extraída da não-observância dos deveres contidos no artigo 157 da CLT. III - Sendo assim, havendo previsão na Constituição da República sobre o direito à indenização por danos material e moral, provenientes de infortúnios do trabalho, na qual se adotou a teoria da responsabilidade subjetiva do empregador, não cabe trazer à colação a responsabilidade objetiva de que trata o § único do artigo 927 do Código Civil de 2002. IV - Isso em razão da supremacia da norma constitucional, ainda que oriunda do Poder Constituinte Derivado, sobre a norma infraconstitucional, segundo se constata do artigo 59 da Constituição, pelo que não se pode absolutamente cogitar da revogação do artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição, a partir da superveniência da norma do § único do artigo 927 do Código Civil de 2002, não se aplicando, evidentemente, a regra de Direito Intertemporal do § 1º do artigo 2º da LICC. Recurso não conhecido.

⁹² “Art. 7º, XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.”

Com relação ao terceiro aspecto, consoante profícua lição de Raimundo Simão de Melo, é a responsabilidade solidária pelo dano ambiental⁹³, fundamentado nos artigos 392⁹⁴ e 942⁹⁵, ambos do Código Civil, que instituíram o chamado nexos causal plúrimo. De acordo com essas disposições legais, cabe à vítima a escolha, dentre os co-responsáveis, daquele que maior poder econômico, o qual tem o direito de ação regressiva *pro rata* em face dos demais coobrigado⁹⁶.

O princípio do poluidor-pagador, além de representar um princípio-ponte para a responsabilização do agente causador do dano e para a efetiva proteção da vida, saúde e dignidade da pessoa humana, demonstra um aspecto multidimensional, destinado a, lembra Laura Martins Maia de Andrade, coibir condutas que colocam em risco bens de difícil ou mesmo de impossível reparação⁹⁷.

1.2.3 – Princípios da prevenção e da precaução

A aplicação dos princípios da prevenção e da precaução é de fundamental importância para o Direito Ambiental, considerados, então, mega-princípios. A Carta Magna, no *caput* do artigo 225, preconiza o dever do Poder Público e da coletividade em **defender e preservar** o meio ambiente, expressões estas que demonstram a adoção de tais princípios pelo constituinte de 1988.

A ECO 92 (Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento) também contemplou estes princípios, no seguinte teor:

⁹³ MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. Ob. cit., p. 49.

⁹⁴ “Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.”

⁹⁵ “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”

⁹⁶ MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. Ob. cit., p. 49.

⁹⁷ ANDRADE, Laura Martins Maia de. Obra citada, p. 113.

Princípio 15 – De modo a proteger o meio ambiente, **o princípio da precaução** de ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para **prevenir** a degradação ambiental.⁹⁸

Diante da impotência do sistema jurídico, incapaz de restabelecer, em igualdades de condições, uma situação idêntica à anterior, preleciona Celso Antonio Pacheco Fiorelli, adota-se o princípio da prevenção do dano ao meio ambiente como sustentáculo do direito ambiental, consubstanciando-se como seu objetivo fundamental⁹⁹.

Mesmo no princípio do poluidor-pagador a prevenção é fundamental para se assegurar a manutenção de um sadio meio ambiente. Não faria sentido estabelecer apenas a reparação, mormente que os danos ao meio ambiente, em muitas vezes, são irreversíveis. A prevenção exige certa radicalização a ponto de, na dúvida ou na incerteza, não se deve praticar ato ou permitir o uso ou adoção de determinadas substâncias, a fim de se evitar danos irreparáveis ao meio ambiente¹⁰⁰.

Na aplicação do princípio da prevenção no âmbito trabalhista, sua atuação exterioriza-se pelas normas legais de segurança e medicina do trabalho estabelecidas, principalmente, pelas Normas Regulamentadoras de n°s 04, 05, 06 e 07, que tratam, respectivamente, do Serviço Especializado em Segurança e Medicina do Trabalho (SESMT), da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA)¹⁰¹, dos Equipamentos de Proteção Individual (EPI) e do Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional (PCMSO).

⁹⁸ Tradução não oficial retirado da página eletrônica da Procuradoria Geral da República (Ministério Público Federal). Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/conteudo-tematico/conf-nacional-de-direitos-humanos/documentos/instrumentosinternacionais/Declarac255eo%20sobre%20Meio%20Ambiente%20e%20Desenvolvimento.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2008. (grifou-se)

⁹⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Obra citada, p. 42.

¹⁰⁰ SILVA, Américo Luís Martins da. *Direito do meio ambiente e dos recursos naturais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 411. v. 1.

¹⁰¹ A CIPA é um dos mais importantes mecanismos de prevenção instituídos pela legislação trabalhista, porque parte da idéia da co-participação de trabalhadores e do empregador para o mesmo fim, qual seja, a prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho. A CIPA tem previsão no artigo 163 da CLT, obrigatória sua constituição para empresas (públicas ou privadas) com mais de 20 empregados e é composta de representantes do empregador e dos empregados, de acordo com o dimensionamento previsto no Quadro I da Norma Regulamentadora n°05.

A Norma Regulamentadora nº 02 igualmente é importada neste contexto porque estabelece a obrigatoriedade de inspeção prévia de todo estabelecimento novo, antes de iniciar suas atividades. O item 2.6 da referida norma diz:

A inspeção prévia e a declaração de instalações, referidas nos itens 2.1 e 2.3, constituem os elementos capazes de assegurar que **o novo estabelecimento inicie suas atividades livre de riscos de acidentes e/ou de doenças do trabalho, razão pela qual o estabelecimento que não atender ao disposto naqueles itens fica sujeito ao impedimento de seu funcionamento**, conforme estabelece o art. 160 da CLT, até que seja cumprida a exigência deste artigo.
(grifou-se)

Noutro vértice, a Norma Regulamentadora nº 03 complementa a anterior, porquanto estabelece a hipótese de interdição de estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, ou embargo de obra, por ato do Ministério do Trabalho, que demonstre grave e iminente risco para o trabalhador, indicando na decisão tomada, com a brevidade que a ocorrência exigir, as providências que deverão ser adotadas para **prevenção** de acidentes do trabalho e doenças profissionais. Tal dispositivo regulamenta o artigo 161 da CLT, *in verbis*:

Art. 161 - O Delegado Regional do Trabalho, à vista do laudo técnico do serviço competente que demonstre grave e iminente risco para o trabalhador, poderá interditar estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, ou embargar obra, indicando na decisão, tomada com a brevidade que a ocorrência exigir, as providências que deverão ser adotadas para prevenção de infortúnios de trabalho.

§ 1º - As autoridades federais, estaduais e municipais darão imediato apoio às medidas determinadas pelo Delegado Regional do Trabalho.

§ 2º - A interdição ou embargo poderão ser requeridos pelo serviço competente da Delegacia Regional do Trabalho e, ainda, por agente da inspeção do trabalho ou por entidade sindical.

§ 3º - Da decisão do Delegado Regional do Trabalho poderão os interessados recorrer, no prazo de 10 (dez) dias, para o órgão de âmbito nacional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho, ao qual será facultado dar efeito suspensivo ao recurso.

§ 4º - Responderá por desobediência, além das medidas penais cabíveis, quem, após determinada a interdição ou embargo, ordenar ou permitir o funcionamento do estabelecimento ou de um dos seus setores, a utilização de máquina ou equipamento, ou o prosseguimento de obra, se, em consequência, resultarem danos a terceiros.

§ 5º - O Delegado Regional do Trabalho, independente de recurso, e após laudo técnico do serviço competente, poderá levantar a interdição.

§ 6º - Durante a paralisação dos serviços, em decorrência da interdição ou embargo, os empregados receberão os salários como se estivessem em efetivo exercício.

Outras medidas preventivas estão relacionadas à legislação previdenciária. No ano de 2003, o governo federal alterou o critério para arrecadação do chamado seguro acidente de trabalho, compulsoriamente cobrado de todo empregador. O benefício fiscal, com redução da metade da alíquota, somente será concedido para as empresas que demonstrarem investimentos na prevenção de acidente de trabalho típicos, ou de doenças do trabalho. Adiante, nesta pesquisa, serão analisados os chamados FAP – Fato acidentário de prevenção e o NTEP – nexo técnico epidemiológico previdenciário, que melhor elucidarão os objetivos do governo federal para a redução de acidentes de trabalho.

Até agora se falou em **prevenção**, que não significa o mesmo que **precaução**. Desta forma, insta diferenciar a prevenção da precaução, que apresentam distinções principiológicas, sendo possível sustentar que o segundo decorre do primeiro¹⁰². A precaução parte da idéia da incerteza dos riscos de determinada atividade, quando então deve-se adotar medidas acautelatórias, enquanto que a prevenção tem o viés de evitar a ocorrência de dano possível e previsível.

Silvana Brendler Colombo informa que a União Européia faz a seguinte distinção da expressão prevenção e precaução: prevenir significaria evitar ou reduzir tanto o volume de resíduos quanto do risco ("*avoid or reduce both volume of waste and associateal hazard*"), enquanto que precaucionar seria uma obrigação de interveniência quando há suspeitas para o meio ambiente ("*obligation to intervene once there is supcionus to the enviromment*"), devendo neste último caso ocorrer intervenção estatal em relação ao risco¹⁰³.

¹⁰² Raimundo Simão de Melo, v.g., trata de forma autônoma o princípio da precaução, e não como correlato do princípio da prevenção (MELO, Raimundo Simão. Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador. Ob. cit., p. 45-46).

¹⁰³ COLOMBO, Silvana Brendler. O princípio da precaução no Direito Ambiental. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 488, 7 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5879>>. Acesso em: 28 jun. 2008.

Para Julio César de Sá Rocha, o princípio da precaução deriva da política ambiental e do princípio alemão *vorsorgeprinzip*, estabelecendo que medidas devem ser tomadas e/ou evitadas quando exista incerteza científica (*uncertainty*) diante do nível e grau de risco ambiental e a dimensão do impacto ambiental, devem ser tomadas decisões em benefício da proteção ambiental – *in dubio pro ambiente*¹⁰⁴.

Ancorado na redação do princípio 15 da ECO 92, que expressamente se reporta ao princípio da precaução, Paulo Affonso Leme Machado preleciona:

Em caso de certeza do dano ambiental, este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou incerteza, também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção.¹⁰⁵

O mesmo jurista é profícuo ao afirmar que a implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta¹⁰⁶.

Com efeito, os limites impostos em razão das medidas legais de prevenção ou precaução é uma das vertentes que exteriorizam a função social que deve permear as atividades empresarias, conforma adiante se verá.

1.2.4 – Princípio da participação

O princípio da participação é de tal modo tão importante para o Direito Ambiental que autores como Elida Séguin o analisa em tópico estanque, partindo da premissa da

¹⁰⁴ ROCHA, Júlio César de Sá. *Direito ambiental do trabalho*. Ob. cit., p. 88.

¹⁰⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Obra citada, p. 72.

¹⁰⁶ Idem, ibidem, p. 63.

solidariedade e comprometimento na vida social, incabível numa concepção hedonista de vida¹⁰⁷, que, aliás, tem seus auspícios nos motes liberais do século XVIII¹⁰⁸.

A participação popular, sem dúvidas, é uma das características da sociedade pós-moderna, diante da concepção dos direitos coletivos e difusos, que estão interligados aos novos direitos, v.g., o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental. Aliás, o Estado Democrático, escolhido pelo poder constituinte de 1998 para pautar a condução da sociedade brasileira, é um Estado subordinado ao Direito, onde a sociedade toda colabora na tarefa de realização do Direito, onde a democracia, ensina Ruy Samuel Espíndola, deve ser vivida sob a égide de valores que dirijam o agir concreto dos homens, que preserve a dignidade da pessoa humana, das gerações presentes e vindouras, com absoluta igualdade de consideração dos elementos mínimos assegurados desta dignidade¹⁰⁹.

Por tal motivo o *caput* do artigo 225 da Lei Suprema estabelece peremptoriamente o dever do **Poder Público** e da **coletividade** defender e preservar o meio ambiente, ou seja, **dever de todos**, pessoas físicas e pessoas jurídicas. No mesmo sentido, o artigo 194 da Carta Maior¹¹⁰ de igual modo determina a participação conjunta de ações de iniciativa privada e pública (**Poder Público** e **sociedade**) para assegurar os direitos à saúde, à previdência social e à assistência social.

No nível internacional, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO 92) estabeleceu a seguinte diretriz, firmada no princípio 10: “o melhor modo de tratar as questões do meio ambiente é assegurando a participação de todos os cidadãos interessados, no nível pertinente”¹¹¹.

¹⁰⁷ SÉGUIN, Elida. *O direito ambiental: nossa carta planetária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 106.

¹⁰⁸ Thomas Hobbes, Jeremy Bentham (que matizou-se com as cores do hedonismo psicológico), John Locke, Bernard Mandeville, Adam Smith, dentre outros, contribuíram para a filosofia liberal do século XVIII ao afirmar que todas as motivações do homem, inclusive a compaixão, não passavam de manifestações dissimuladas de egoísmo. Cfr. HUNT, E.K.; SHERMAN, Howard J. *História do pensamento econômico*. Tradução de Jaime Larry Benchimol. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 57-60.

¹⁰⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Democracia, constituição e princípios constitucionais: notas de reflexão no âmbito do direito constitucional brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 38, p. 8, 2003.

¹¹⁰ “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

¹¹¹ Cfr. MACHADO, Paulo Affonso Leme. Obra citada, p. 89.

O princípio da participação, portanto, traduz-se no envolvimento de todos os segmentos da sociedade nas questões ambientais como forma do pleno exercício da cidadania¹¹². A participação auxilia na conscientização de que a comunidade também é responsável pela preservação ambiental ao atribuir-lhe responsabilidades¹¹³. Através da participação a coletividade deixa de ser um espectador e assume seu papel de ator social e de parceiro na preservação ambiental¹¹⁴.

Autores como Celso Antônio Pacheco Fiorillo inserem a educação ambiental como um dos vértices do princípio da participação. Para este autor:

Educar ambientalmente significa: a) reduzir os custos ambientais, à medida que a população atuará como guardião do meio ambiente; b) efetivar o princípio da prevenção; c) fixar a idéia de consciência ecológica, que buscará sempre a utilização de tecnologias limpas; d) incentivar a realização do princípio da solidariedade, no exato sentido que perceberá que o meio ambiente é único, indivisível e de titulares indetermináveis, devendo ser justa e distributivamente acessível a todos; e) efetivar o princípio da participação, entre outras finalidades.¹¹⁵

O artigo 225, § 1º, inciso VI, da Constituição da República de 1988 expressamente dispõe o dever do Poder Público e da coletividade promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

Na legislação infraconstitucional, a Lei nº 9.795/1999 dispõe sobre a Política Nacional de Educação Ambiental, definindo educação ambiental como “os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade” (artigo 1º). De acordo com os preceitos da referida norma legal, ensina Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

¹¹² SÉGUIN, Elida. Obra citada, p. 314.

¹¹³ Idem, ibidem, p. 314.

¹¹⁴ Idem, ibidem, p. 314.

¹¹⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Obra citada, p. 47.

Deverá ser implementada no ensino formal, sendo desenvolvida no âmbito dos currículos das instituições de ensino públicas e privadas, englobando a educação básica, a superior, a especial, a profissional e a de jovens e adultos. [...]. A educação ambiental será implementada ainda através de ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente. A esse processo deu-se o nome de educação ambiental não-formal, porquanto realizada fora do âmbito escolar e acadêmico, o que, todavia, não exclui a participação das escolas e universidades na formação e execução de programas de atividades vinculadas a esse fim (art. 13, parágrafo único, II).¹¹⁶

Na esfera do Direito do Trabalho, o artigo 3º da mesma lei, no inciso V, assim preconiza:

às empresas, entidades de classe, instituições públicas e privadas, promover programas destinados à capacitação dos trabalhadores, **visando à melhoria e ao controle efetivo sobre o ambiente de trabalho**, bem como sobre as repercussões do processo produtivo no meio ambiente; [...]
(grifou-se)

Observa-se, assim, que a participação e educação ambiental também alcançam o meio ambiente do trabalho. Tanto empregadores, como empregados, assim como os sindicatos¹¹⁷, devem participar e se envolver na tarefa de divulgação das normas de proteção ambiental. O Ministério do Trabalho, por expressa disposição legal (artigo 156 da CLT¹¹⁸), também está obrigado a tanto, mesmo porque é o órgão estatal de fiscalização em matéria trabalhista.

¹¹⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Obra citada, p. 48.

¹¹⁷ Por força do artigo 8º, inciso III, da CRFB/88, “a o sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Ao interpretar referido dispositivo constitucional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco, em 12 de junho de 2006, firmou entendimento de que o sindicato pode atuar na defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria por ele representada. Notícia vinculada na página eletrônica do STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=67190&caixaBusca=N>>. Acesso em: 7 jul. 2008.

¹¹⁸ “Art. 156 - Compete especialmente às Delegacias Regionais do Trabalho, nos limites de sua jurisdição:

I - promover a fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho;
II - adotar as medidas que se tornem exigíveis, em virtude das disposições deste Capítulo, determinando as obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, se façam necessárias;
III - impor as penalidades cabíveis por descumprimento das normas constantes deste Capítulo, nos termos do art. 201.”

Do princípio da participação se consolida o direito do trabalhador à informação sobre as condições ambientais a que está exposto, bem como às formas de prevenção e treinamento adequados¹¹⁹. Neste sentido, o artigo 19, § 3º, da Lei nº 8.213 /1991, determina que “é dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular”. O § 4º, do mesmo artigo, prescreve: “O Ministério do Trabalho e da Previdência Social fiscalizará e os sindicatos e entidades representativas de classe acompanharão o fiel cumprimento do disposto nos parágrafos anteriores, conforme dispuser o Regulamento”.

Outros dispositivos legais também corroboram a obrigatoriedade de informação, treinamento e orientação ao trabalhador, e participação do mesmo, sob pena, inclusive, de despedida por justa causa, conforme se infere dos seguintes artigos da CLT:

Art. 157 - **Cabe às empresas:**

I - **cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;**

II - **instruir os empregados**, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;

III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;

IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.
(grifou-se)

Art. 158 - **Cabe aos empregados:**

I - **observar as normas de segurança e medicina do trabalho**, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;

II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo.

Parágrafo único - **Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada:**

a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior;

b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.
(grifou-se)

A Norma Regulamentadora nº 05¹²⁰, que dispõe sobre a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), representa um bom exemplo de co-participação de empregados e empregador sobre a divulgação das normas de segurança e medicina do trabalho. Dentre as atribuições da CIPA (item 5.16), pode-se relacionar as seguintes, relativas à participação e educação ambiental do trabalho:

¹¹⁹ ANDRADE, Laura Martins Maia de. Obra citada, p. 115.

¹²⁰ Portaria nº 3214/1978 do MTE.

- a) identificar os riscos do processo de trabalho, e elaborar o mapa de riscos, com a participação do maior número de trabalhadores, com assessoria do SESMT, onde houver;
- b) elaborar plano de trabalho que possibilite a ação preventiva na solução de problemas de segurança e saúde no trabalho;
- c) participar da implementação e do controle da qualidade das medidas de prevenção necessárias, bem como da avaliação das prioridades de ação nos locais de trabalho;
- f) divulgar aos trabalhadores informações relativas à segurança e saúde no trabalho;
[...]
- i) colaborar no desenvolvimento e implementação do PCMSO e PPRA e de outros programas relacionados à segurança e saúde no trabalho;
- j) divulgar e promover o cumprimento das Normas Regulamentadoras, bem como cláusulas de acordos e convenções coletivas de trabalho, relativas à segurança e saúde no trabalho;
[...]
- m) requisitar ao empregador e analisar as informações sobre questões que tenham interferido na segurança e saúde dos trabalhadores;
[...]
- o) promover, anualmente, em conjunto com o SESMT, onde houver, a Semana Interna de Prevenção de Acidentes do Trabalho - SIPAT;
- p) participar, anualmente, em conjunto com a empresa, de Campanhas de Prevenção da AIDS.

Aliás, é importante registrar que o empregado eleito membro da CIPA para cargo de direção, na condição de titular ou de suplente, por força do artigo 10, inciso II, alínea “a”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, bem como do artigo 165 consolidado¹²¹, não pode ser dispensado sem justa causa, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato. É uma garantia de emprego, obstativo ao direito potestativo do empregado em rescindir o contrato de trabalho, para que o membro eleito da CIPA possa exercer suas funções com imparcialidade, liberdade e sem qualquer tipo de perseguição.

Com efeito, o princípio da participação, na esfera do meio ambiente do trabalho, exige a atuação quadripartite (empregados, empregadores, sindicatos e Estado), todos voltados para a conscientização da sociedade em zelar pelo meio ambiente do trabalho equilibrado e seguro.

¹²¹ “Art. 165 - Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”.

1.2.5 – Princípio da ubiqüidade

A ubiqüidade tem uma ligação umbilical com os direitos humanos, porquanto, na lição de Celso Antonio Pacheco Fiorillo,

Este princípio vem evidenciar que o objeto de proteção do meio ambiente, localizado no epicentro dos direitos humanos, deve ser levado em consideração toda vez que uma política, atuação, legislação sobre qualquer tema, atividade, obra etc. tiver que ser criada e desenvolvida. Isto porque, na medida em que possui como ponto cardeal de tutela constitucional a vida e a qualidade de vida, tudo que se pretende fazer, criar ou desenvolver deve antes passar por uma consulta ambiental, enfim, para saber se há ou não a possibilidade de que o meio ambiente seja degradado.¹²²

Assevera Raimundo Simão de Melo que não há como se pensar em meio ambiente de modo restrito e dissociado dos demais flancos da sociedade, exigindo, desse modo, uma atuação globalizada e solidária dos povos¹²³.

A palavra ubiqüidade significa onipresença, que está ao mesmo tempo em toda a parte¹²⁴, e por isso essa expressão, no campo do Direito Ambiental, deve ser adotada no sentido da conscientização de todos os atores sociais (Poder público e sociedade civil) na efetiva proteção e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Celso Antonio Pacheco Fiorillo é oportuno em acrescentar que é necessário combater as causas dos danos ambientais, e nunca somente os sintomas, porquanto, evitando-se apenas estes, a conservação dos recursos naturais será incompleta e parcial¹²⁵.

No meio ambiente do trabalho, a ubiqüidade abrange a proteção da integridade psicofísica do trabalhador (pessoa humana), pois a ocorrência de acidentes de trabalho (degradação ambiental com conseqüências danosas) atinge não somente o trabalhador, de forma imediata, e a sociedade em geral, de forma mediata, mormente

¹²² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Obra citada, p. 48.

¹²³ MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. Ob. cit., p. 51.

¹²⁴ Cfr. FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio*: século XXI. versão 3.0. Dicionário eletrônico. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1999, CD-ROM.

¹²⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Obra citada, p. 49.

que todos respondem pelas conseqüências financeiras¹²⁶ por meio de pagamento de tributos.

1.3 – TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

1.3.1 - Noção de direito da personalidade a partir do século XX: a proteção no Direito Constitucional

A compreensão da categoria dos direitos da personalidade é de fundamental importância para a efetiva proteção da integridade psicofísica, intelectual e moral do trabalhador, bem como para garantir a tão-desejada sadia qualidade de vida. Por isso a importância deste tema, que certamente repercute na esfera de proteção jurídica do empregado no seu ambiente laboral.

Tradicionalmente, diz-se que a idéia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, consoante ensina Caio Mário da Silva Pereira¹²⁷. Entrementes, o mesmo doutrinador ensina que hoje o direito reconhece os atributos da personalidade com um sentido de universalidade¹²⁸.

Essa concepção, sem dúvidas, decorre do final das duas grandes guerras mundiais e da viragem da visão atomista dos códigos oitocentistas, preocupado no individualismo, para um novo paradigma, conexionado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao interesse social. José Carlos Moreira Alves noticia que a disciplina dos direitos da personalidade não constava do antigo Código Civil brasileiro de 1916 por uma razão singela: na época em que foi elaborado, ainda se discutia se, realmente, havia direitos subjetivos da personalidade, tendo em vista que forte corrente doutrinária

¹²⁶ A Seguridade Social, que compreende a saúde, a previdência social e a assistência social, é financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos dos artigos 194 e 195, ambos da Constituição da República de 1988.

¹²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil*. 1. ed. eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 48. v. 1.

¹²⁸ Idem, *ibidem*, p. 48.

considerava não ser possível que o titular do direito subjetivo fosse ao mesmo tempo objeto desse direito, pelo fato de não se distinguirem os aspectos da personalidade e de se considerarem que esses aspectos formavam uma unidade e, portanto, tratava-se sempre da personalidade una da pessoa física ou natural¹²⁹.

Orlando Gomes confirma que os direitos da personalidade compreendem-se naqueles direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade¹³⁰.

Os direitos de personalidade são apontados sob duas dimensões, segundo doutrina Maria Helena Diniz: a axiológica, pela qual se materializam os valores fundamentais da pessoa, individual ou socialmente considerada; e a objetiva, pela qual consistem em direitos assegurados legal e constitucionalmente, vindo a restringir a atividade dos três poderes, que deverão protegê-los contra quaisquer abusos, solucionando problemas graves que possam advir com o progresso tecnológico, v. g., conciliando a liberdade individual com a social¹³¹.

Como bem observa Gustavo Tepedino, poucos temas revelam maiores dificuldades conceituais quanto os chamados direitos da personalidade. De um lado, os avanços da tecnologia e dos agrupamentos urbanos expõem a pessoa humana a novas situações que desafiam o ordenamento jurídico, reclamando disciplina, de outro lado, a doutrina parece buscar em paradigmas do passado as bases para as soluções das controvérsias que, geradas na sociedade contemporânea, não se ajustam aos modelos nos quais se pretende enquadrá-las¹³². E remata com oportuna visão epistemológica:

A categoria dos direitos da personalidade constitui-se, portanto, em construção recente, fruto de elaborações doutrinárias germânica e francesa da segunda metade do século XIX. Compreendem-se, sob a denominação de direitos da personalidade, os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade.¹³³

¹²⁹ ALVES, José Carlos Moreira. A parte geral do código civil. *Revista CEJ*, n. 09, dez./1999. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo1.htm>>. Acesso em: 08 fev. 2008.

¹³⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 1. ed. eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 80.

¹³¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 119. v. 1.

¹³² TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 23-24.

¹³³ Idem, *ibidem*, p. 24.

A Carta Magna de 1988, em sintonia com o novo panorama mundial¹³⁴, apresenta diversos direitos fundamentais da personalidade, tais como: direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (artigo 5º, X), à inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, XI), ao sigilo de correspondência e das comunicações (artigo 5º, XII); ao direito de acesso às informações (artigo 5º, XIV); à liberdade de consciência e de crença (artigo 5º, VI); à liberdade de reunião e de associação (artigo 5º, XVII e XVIII); ao direito autoral e à proteção de inventos industriais (artigo 5º, XXVII); à proteção contra a tortura (artigo 5º, III); à pessoalidade da pena, ao princípio da predefinição de delito (artigo 5º, XXXIX); à presunção de inocência e à inaplicabilidade de toda espécie de penas cruéis e tratamento desumano (artigo 5º, XLVII e LVII); o princípio do devido processo legal, assegurando que ninguém será privado de seus bens “sem o devido processo legal” (artigo 5º, LIV), dentre outros.

O Código Civil de 2002 acolhe essa nova roupagem, afirmando que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (artigo 1º), empregada a palavra **pessoa** para assumir uma posição pré-normativa, não sendo construída pelo ordenamento, mas recebida por ele. E, ao recebê-la, o direito admite toda a carga valorativa que lhe é inerente, não podendo diminuí-la ou represá-la; pode até limitar a capacidade de exercício dos direitos reconhecidos, mas não pode alterar seu conteúdo axiológico¹³⁵.

O Código Civil, nada obstante seu projeto anteceder à Constituição, está em perfeita sintonia à lei suprema, sendo flagrante a visão de valorização do indivíduo e da sua personalidade. Não poderia ser de outro modo, mormente que na perspectiva do direito civil-constitucional, as normas constitucionais, sejam elas princípios ou regras, são hierarquicamente superiores, é dizer: a) as normas de direito civil não podem ser com elas incompatíveis, sob pena de inconstitucionalidade; b) as normas constitucionais determinam o conteúdo das normas de direito civil, no plano da

¹³⁴ As Constituições contemporâneas não tutelam a simples coexistência entre indivíduos (na base do único valor fundamental da liberdade individual), mas pretendem elevar a vida associada com base em outros valores fundados na consciência comum e positivados no pacto constitucional (PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Tradução: Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 82).

¹³⁵ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. A evolução dos direitos de personalidade e os novos paradigmas do direito civil contemporâneo. *Juris Síntese*, Porto Alegre, n. 56, out./nov. 2005. Não paginado. CD-ROM.

interpretação. Assim, devem ser extraídos da Constituição os fundamentos de qualquer análise¹³⁶.

Outrossim, o Código Civil pouco desenvolveu sobre os direitos de personalidade, tratando timidamente nos artigos 11 *usque* 21 (Capítulo II do Título I). Mas, conforme salienta Maria Helena Diniz, com o objetivo primordial de preservar o respeito à pessoa e aos direitos protegidos constitucionalmente, o Código Civil não assumiu o risco de uma enumeração taxativa prevendo em poucas normas a proteção de certos direitos inerentes ao ser humano, talvez para que haja, posteriormente, o desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário e regulamentação por normas especiais¹³⁷.

Paulo Luiz Netto Lôbo também adota essa orientação, que lhe parece majoritária, da tipicidade aberta, ou seja, os tipos previstos na Constituição e na legislação civil são apenas enunciativos, não esgotando as situações suscetíveis de tutela jurídica à personalidade¹³⁸. Prossegue:

O tipo, conquanto menos abstrato que o conceito, é dotado de certa abstração, pois se encontra em plano menos concreto que os fatos da vida. Os fatos concretos, que ocorrem na vida, para serem enquadrados em determinado tipo, necessitam de reconhecimento social, de uma certa tipicidade social. Desse modo, são apreensíveis pelo intérprete, reduzindo-se o juízo de valor subjetivo.¹³⁹

José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco Ferreira Muniz também são contrários a uma tipificação enumerada e exaustiva. Esclarecem que tipologia que se pretenda exaustiva não exaure a realidade e camufla o sentido único de toda a problemática, sendo necessário, assim, a introdução de uma cláusula geral apta, através da concreção, fornecer a base de uma jurisprudência coerente, mas suficientemente sensível para a solução das mais variadas hipóteses de lesão aos

¹³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 08 fev. 2008.

¹³⁷ DINIZ, Maria Helena. Obra citada, p. 123-124.

¹³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. Ob. cit., não paginado.

¹³⁹ Idem, *ibidem*, não paginado.

direitos da personalidade¹⁴⁰. Só assim encontra o Direito justificação em termos de uma vinculação com a vida real¹⁴¹.

Um bom exemplo para ilustrar é o caso do empregado lixeiro que, no seu horário de refeição, obrigado pelo empregador, se alimenta no lado do caminhão de lixo. Ora, não há tipificação legal para esse caso em concreto (nem na lei, e nem na Constituição), mas a sociedade reconhece que esse fato é suscetível de violação à dignidade daquele trabalhador, e via de corolário, há um direito da personalidade que certamente foi transgredido.

Não se olvide que o § 2º do artigo 5º da CRFB/88 estabelece que não se excluem outros direitos e garantias quando decorrentes do regime e dos princípios adotados pela ordem constitucional, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Portanto, com esteio nesse parágrafo, poder-se-á dar guarida à não-tipificação exaustiva dos direitos de personalidade¹⁴², uma vez que a cláusula geral de tutela da pessoa humana é a bússola orientadora para o enquadramento jurídico-fático do caso concreto.

Com efeito, a partir da construção do direito de personalidade, e ante as mudanças tecnológicas e comportamentais da sociedade pós-moderna, principalmente a partir do final do século XX, buscou-se no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da CRFB/88, a base fundamental normativa e a fonte deontológica para o comportamento do poder público e da sociedade.

Os direitos da personalidade, no âmbito do meio ambiente do trabalho, têm por finalidade a proteção à intimidade, vida privada, honra, imagem, integridade psicofísica (corpo) do empregado. Não é um rol taxativo, visto que outras hipóteses podem surgir, conforme acima delineado, sempre em face da ampla proteção à dignidade humana.

¹⁴⁰ MUNIZ, Francisco Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. O estado de direito e os direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 19, p. 227-228, 1979/1980.

¹⁴¹ Idem, *ibidem*, p. 227-228.

¹⁴² Ingo Wolfgang Sarlet afirma que o rol apresentado no artigo 5º da Constituição de 1998, apesar de analítico, não tem cunho taxativo. Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 93.

1.3.2 – A natureza jurídica dos direitos da personalidade

À primeira vista, o tema natureza jurídica dos direitos da personalidade não aponta importância ou mesmo interesse na comunidade jurídica. Todavia, algumas situações fáticas do dia-a-dia demonstram que um conceito fechado de direito da personalidade, ou a sua tipificação exaustiva, não se amolda ao modelo solidarista e humano adotado pela Constituição da República de 1988.

A concepção de direito da personalidade como um direito subjetivo, visto na concepção clássica dos códigos oitocentistas, apegados aos valores liberais (de cunho individualista), assume uma postura patrimonialista e despreocupada com o valor existencial da pessoa humana. O ordenamento jurídico, portanto, apenas se preocuparia contra danos injustos como reflexo do direito objetivo (responsabilidade civil). Entretanto, a doutrina moderna – a seguir comentada – vem paulatinamente mitigando a noção de direito subjetivo em virtude dos motes axiológicos da Carta Magna de 1988, dando-se ênfase à cláusula geral da tutela humana, decorrente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Em Portugal, na interpretação do artigo 70 do Código Civil¹⁴³, a doutrina se debateu em discutir se o direito da personalidade é ou não um direito subjetivo. Para Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, após coletar o entendimento de clássicos autores portugueses (Orlando de Carvalho, Mota Pinto, Castanheira Neves, Gomes da Silva, Manuel de Andrade e Menezes de Cordeiro)¹⁴⁴, e segundo a adoção das definições de “direito subjetivo” dos mesmos, demonstra que o direito geral de

¹⁴³ “Artigo 70º (Tutela geral da personalidade). 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.”

¹⁴⁴ É oportuno destacar a definição de direito subjetivo de Menezes de Cordeiro, como sendo uma “permissão normativa específica de aproveitamento de um bem”. Portanto, explica que o titular do direito geral de personalidade tem no artigo 70 do Código Civil uma permissão normativa específica de aproveitamento da sua personalidade humana, com liberdade de ação e com exclusão dos não titulares. Na verdade, o titular do direito geral de personalidade dispõe de diversos meios jurídicos para efetivar tal aproveitamento (desde poderes jurídicos de fruição e de autodeterminação da sua personalidade até meios de garantia face ao incumprimento de deveres jurídicos), sujeitando-se às condições determinadas para a permissão (máxime, não abusando de seu direito). Cfr. SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 614.

personalidade é um direito subjetivo privado¹⁴⁵ com tutela “mais reforçada”¹⁴⁶, baseada na compreensão de uma cláusula geral¹⁴⁷.

Na doutrina italiana, Adriano De Cupis, em clássica obra elaborada em meados do século passado¹⁴⁸, quando então iniciaram-se os primeiros estudos modernos sobre a aceitação dos direitos da personalidade, sintetiza que estes têm por objetivo dar conteúdo à personalidade, admitindo-os na categoria de direito subjetivo¹⁴⁹. Igualmente, Francesco Ferrara defende os direitos da personalidade como direitos subjetivos, conceituando o direito subjetivo como aquele direito que respeita a incidência da vontade do sujeito sobre a tutela do interesse¹⁵⁰. Para tal autor, no direito subjetivo a alavanca do movimento do mecanismo de proteção é colocada nas mãos do titular. Este pode movimentá-la no seu interesse, quando quiser. Interessante destacar que para Roberto de Ruggiero, a personalidade não constituiu um direito subjetivo, mas é fonte de todos os direitos subjetivos¹⁵¹.

Na Argentina, informa Ricardo Luis Lorenzetti, predomina o entendimento de que os direitos personalíssimos – denominação adotada por este jurista - tratam de direitos subjetivos¹⁵².

No Brasil, prevalece o entendimento de que os direitos da personalidade são direitos subjetivos.

Carlos Alberto Bittar, um dos primeiros juristas brasileiros a tratar do assunto, afirma que os direitos da personalidade configuram direitos subjetivos. Assim se posicionou textualmente:

¹⁴⁵ Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa explica que o direito subjetivo age como um autêntico poder de exigir de outras pessoas um comportamento positivo ou negativo, normativamente determinado, com a possibilidade de recurso aos tribunais para instauração de providências coativas, caso tal comportamento não se verifique (SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Obra citada, p. 93).

¹⁴⁶ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Obra citada, p. 614-615.

¹⁴⁷ Idem, ibidem, p. 93.

¹⁴⁸ DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalittá*. Milano: Giuffre, 1950.

¹⁴⁹ *Apud* SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 77.

¹⁵⁰ *Apud* SZANIAWSKI, Elimar. Obra citada, p. 78.

¹⁵¹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1971. p. 305. v. 1.

¹⁵² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 292.

Configuram-se direitos subjetivos, que, para os autores positivistas (como De Cupis e Tobeñas), têm função especial em relação à personalidade, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Constituem direitos cuja ausência torna a personalidade uma suscetibilidade completamente irrealizável, sem valor concreto: todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo e a pessoa não existiria como tal. São, pois, direitos 'essenciais', que formam a medula da personalidade.¹⁵³

Bittar também entende que os direitos da personalidade constituem direitos inatos, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – a nível constitucional ou a nível de legislação ordinária – e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou às incursões de particulares¹⁵⁴.

Na visão de Arnaldo Wald, os direitos da personalidade são verdadeiros direitos subjetivos, pois implicam criar um dever jurídico de abstenção para todos os membros da coletividade; trata-se de bens jurídicos protegidos pela lei não apenas na esfera penal, como também no campo do direito civil¹⁵⁵.

Silvio Rodrigues também enquadra os direitos da personalidade como direitos subjetivos, não destacáveis da pessoa, ou seja, direitos inerentes à pessoa humana e, portanto, a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra¹⁵⁶.

Para Maria Helena Diniz, os direitos da personalidade são direitos subjetivos da pessoa para defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social)¹⁵⁷.

¹⁵³ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 6. (grifo no original)

¹⁵⁴ Idem, *ibidem*, p. 7.

¹⁵⁵ WALD, Arnaldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 121.

¹⁵⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 61.

¹⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. *Obra citada*, p. 138.

Silvio Romero Beltrão define os direitos da personalidade como categoria especial dos direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas¹⁵⁸.

Francisco Amaral curva-se aos doutrinadores que os consideram um direito subjetivo que tem, como particularidade inata e original, um objeto inerente ao titular, que é a sua própria pessoa, considerada, nos seus aspectos essenciais e constitutivos, pertinentes à sua integridade física, moral e intelectual¹⁵⁹. Da natureza do próprio objeto, afirma Francisco Amaral, e da sua importância, decorre uma tutela jurídica “mais reforçada” do que a generalidade dos demais direitos subjetivos já que se distribui nas esferas de ordem constitucional, civil e penal¹⁶⁰.

Nota-se claramente que a doutrina brasileira, pelo menos em sua maioria, reconhece a subjetividade dos direitos da personalidade, mas a dissocia daquela noção de direito subjetivo arraigado à tutela das relações patrimoniais (ter) para então conceber uma nova concepção atrelada à promoção da pessoa humana (ser).

Nesta conjuntura, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão esmiúça a enquadramento dos direitos da personalidade como um direito subjetivo, mas tutelado por novos valores da sociedade contemporânea, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, a saber:

Os direitos da personalidade são reconhecidos como direitos subjetivos, que têm por finalidade os valores essenciais da pessoa humana nos seus aspectos físico, moral, e intelectual. Como direitos subjetivos, eles têm como caráter imanente a possibilidade de o sujeito provocar a atuação de uma sanção, e não a possibilidade de pôr fim ao próprio direito. Os direitos da personalidade são direitos subjetivos por terem por objeto os bens e os valores essenciais da pessoa. Como direitos subjetivos, os direitos da personalidade conferem ao seu titular o poder de agir em defesa dos bens ou valores essenciais da personalidade, que compreendem o direito à vida e ao próprio corpo, o direito à liberdade de ‘pensamento, de criação, de liberdade de proteção à honra, à imagem, ao nome, à própria identidade, e o direito de exigir o respeito a esses direitos’.[...]. Um novo paradigma se aproxima da realidade social. A crise vivida pela ausência de direitos objetivos a tutelar os direitos subjetivos tem gerado no interior do ser humano uma súplica por mudança. Essa face do mundo jurídico,

¹⁵⁸ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005. p. 25.

¹⁵⁹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil* – introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 251.

¹⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 251-252.

onde os valores interiores são importantes, em que o conceito de direito se exprime nessa interiorização do ser humano - os seus sentimentos -, visualiza-se o lado subjetivo do direito, que corresponde à consciência do indivíduo e tem mostrado uma expectativa de mudança de paradigma, na qual o ser humano será o centro de toda a norma jurídica.¹⁶¹

E continua:

Nos tempos atuais, a pessoa humana tem os seus direitos e prerrogativas tutelados pelo Estado. Os direitos extrapatrimoniais são valorizados - como a dignidade humana, o direito à honra, ao nome, à imagem e outros. Aquele que tiver os seus direitos subjetivos desrespeitados poderá, dependendo de sua vontade e de seu interesse, buscar na ordem jurídica a tutela desses direitos.¹⁶²

Na mesma direção, Danilo Doneda observa que a objeção ao tratamento dos direitos da personalidade como direitos subjetivos decorre que estes foram moldados para a proteção de direitos patrimoniais, especificamente o direito de propriedade¹⁶³. Por isso a doutrina atual vem adotando uma posição suavizada sobre o conceito de direito subjetivo, de modo a adequá-lo a uma realidade diversa daquela na qual foi concebida, em especial a circulação de bens, com uma necessária ponderação dos diversos interesses presentes em cada caso¹⁶⁴.

Dessa dificuldade em aceitar a noção de direito subjetivo como se originou, uma nova figura vem despertando interesse na doutrina brasileira: a chamada “situação jurídica”. Francisco Amaral explica que a situação jurídica, destinada a substituir a noção de direito subjetivo, consiste no conjunto de direitos e deveres atribuídos pelo direito objetivo a uma pessoa, em determinadas circunstâncias¹⁶⁵. Acrescenta:

A mais conhecida tentativa de substituir a noção de direito subjetivo pela de situação jurídica é a Duguit, para quem não haveria direitos subjetivos mas sim situação jurídicas. Inspirando-se no positivismo sociológico, segundo o qual o direito é produto da sociedade, emergindo da consciência coletiva (Durkheim) ou das consciências individuais (Duguit), este autor rejeita a idéia dos direitos inerentes à pessoa humana que, em sua opinião, traduzem a superioridade de

¹⁶¹ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os Direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. *Revista Jurídica CESUMAR*, Maringá, v. 6, n.1, p. 258, dez. 2006.

¹⁶² Idem, ibidem, p. 263.

¹⁶³ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo código civil (arts. 11 a 21). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 44.

¹⁶⁴ Idem, ibidem, p. 45.

¹⁶⁵ AMARAL, Francisco. Obra citada, p. 203.

uma vontade sobre a outra. O que importa, segundo ele, são as regras jurídicas objetivas que, aplicadas aos indivíduos, criam situações, não direitos. A doutrina distingue-as em objetivas, quando resultantes da própria norma que as determina, apresentando as mesmas características de generalidade e permanência, como, por exemplo, a situação de cônjuge ou de proprietário. E subjetivas, se resultantes da manifestação da vontade particular e, por isso mesmo, adaptadas aos interesses do agente, como a situação de comprador, de locatário etc. Neste caso, a situação é especial e temporária. Outra característica, introduzida por Roubier nesta matéria, consistiria no fato de que, nas situações objetivas, haveria mais deveres do que direitos, pois o elemento dever seria predominante, enquanto que nas subjetivas se daria o contrário, haveria uma tendência a criar mais direitos do que deveres, como se pode verificar nos exemplos acima.¹⁶⁶

José de Oliveira Ascensão realiza uma análise díspar da natureza dos direitos da personalidade, permeando a noção de direito subjetivo e a de situação jurídica. Para esse jurista português, o direito de personalidade se amolda à noção de direito subjetivo, assim considerada uma vantagem atribuída à da pessoa de meios que permitem a autonomia na sua tutela¹⁶⁷, embora a disponibilidade seja fortemente cerceada. Ele remete, ato-contínuo, ao estudo das situações jurídicas, que pressupõem uma valoração normativa do objeto de que resulta uma relação jurídica. Explica, então, a noção de situação jurídica (no sentido subjetivo):

Situações jurídicas são situações de pessoas, resultantes da valoração histórica da ordem jurídica. [...] A valoração jurídica dos casos concretos implica a produção de conseqüências jurídicas. Essas conseqüências jurídicas traduzem-se justamente na modelação de situações jurídicas. Aqui temos outra manifestação do princípio de que as pessoas são o fim do direito. Todas as situações jurídicas são situações de pessoas. A ordem jurídica exprime-se portanto, no ponto de vista formal ou técnico, pela modelação de situações jurídicas subjectivas.¹⁶⁸

Pietro Perlingieri considera o direito da personalidade uma situação subjetiva (ou também chamada de situação jurídica existencial). Com proficiência, assim se posicionou:

¹⁶⁶ AMARAL, Francisco. Obra citada, p. 203-204.

¹⁶⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral – introdução*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000-2003. p. 82-83. v. 1.

¹⁶⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral - relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002-2003. p. 11-12. v. 3.

A esta matéria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do 'ter'. Na categoria do 'ser' não existe a dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica. Onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar; tornar-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação. 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 tanto bens, em isoladas ocasiões, como nas teorias atomísticas.

A personalidade é, portanto, não um direito, mas um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessante mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações.¹⁶⁹

Maria Celina Bodin de Moraes leciona que no quadro contemporâneo, marcado pela superação da dicotomia clássica entre o direito público e o privado, perderam relevo as concepções que consideraram o direito subjetivo, *a priori*, como um poder atribuído à vontade individual, para a realização de um seu interesse exclusivo, cabendo-lhe respeitar insignificantes limites externos, dispostos no interesse de terceiros ou da coletividade¹⁷⁰. Acrescenta:

Ao contrário, as limitações deixam de constituir exceção e passam a contribuir para a identificação da função dos institutos jurídicos. A própria noção de ordem pública, sempre invocada como limite à livre atuação do sujeito, teve seu conteúdo redesenhado pelo projeto constitucional, com particular ênfase nas normas que tutelam a dignidade da pessoa humana e que, por isso mesmo, ocupam a mais alta hierarquia da ordem pública, o fundamento último do ordenamento constitucional. Como já se acentuou, toda e qualquer situação subjetiva recebe a tutela do ordenamento se e enquanto estiver não apenas em conformidade com o poder de vontade do titular, mas também em sintonia com o interesse social. O conceito de direito subjetivo, em consequência, guarda em si mesmo importantes limitações, devendo seu exercício estar em

¹⁶⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 155-156.

¹⁷⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 137.

consonância com os objetivos, os fundamentos os princípios estabelecidos pela normatividade constitucional¹⁷¹.

Portanto, na visão de Maria Celina Bodin de Moraes, mitiga-se o conceito clássico de direito subjetivo para substituí-lo ao da situação subjetiva, de forma que o poder da vontade individual não se contraponha ao do interesse social.

No mesmo sentido, Gustavo Tepedino assevera que a tutela da personalidade não pode se conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos e de outro as chamadas situações jurídicas de direito privado. A pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana¹⁷². Justifica que a personalidade, a rigor, pode ser considerada sob dois pontos de vista:

Sob o ponto de vista dos atributos da pessoa humana, que a habilita a ser sujeito de direito, tem-se a personalidade como capacidade, indicando a titularidade das relações jurídicas [...]. De outro ponto de vista, todavia, tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. A pessoa, vista deste ângulo, há de ser tutelada das agressões que afetam a sua personalidade, identificando a doutrina, por isso mesmo, a existência de situações jurídicas subjetivas oponíveis *erga omnes*.¹⁷³

Danilo Doneda, aliás, também salienta que a questão, hoje, deve ser tratada do ponto de vista civil-constitucional, visto que a fonte normativa da matéria se encontra na Constituição Federal. Ao parafrasear Gustavo Tepedino e Pietro Perlingieri, acrescenta:

A posição da cidadania e da dignidade da pessoa humana como fundamentos da República (Constituição Federal, art. 1º, II e III), juntamente com as garantias de igualdade material (art. 3º, III) e formal (art. 5º), 'condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte' e marcaram a presença, em nosso ordenamento, de uma cláusula geral da personalidade. Tal cláusula representa o ponto de referência para todas as situações nas quais algum aspecto ou desdobramento da personalidade esteja em jogo, estabelecendo com decisão a prioridade a ser dada à pessoa humana, que é 'o

¹⁷¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. Ob. cit., p. 137.

¹⁷² TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Ob. cit., p. 52-53.

¹⁷³ Idem, ibidem, p. 26-27.

valor fundamental do ordenamento, e está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela'.¹⁷⁴

Noutro vértice, a posição içada por Paul Robier sobre a chamada “situação objetiva”, também contribuiu para o combate ao conceito liberal de direito subjetivo, embora o mesmo negue a existência dos direitos da personalidade no sentido próprio do termo. Elimar Szaniawski sintetiza o pensamento de Roubier:

Para Roubier, os direitos subjetivos devem ser inseridos num quadro de atividades jurídicas. A aplicação da norma jurídica, que é sempre geral, abstrata, e impessoal, dá nascimento a situações jurídicas individuais e concretas. Estas situações jurídicas são consideradas como direitos subjetivos, devido à inspiração liberal individualista do direito civil. Já os positivistas encaram as mencionadas situações jurídicas como meras situações objetivas. Neste passo, existem, igualmente, direitos subjetivos e situações objetivas no ordenamento jurídico. Os direitos subjetivos visam a satisfazer os interesses particulares e as situações objetivas têm por escopo um interesse geral. Assim, não se deve conceber o direito subjetivo em oposição a situações objetivas. O direito subjetivo resume-se numa situação preestabelecida, criada pela vontade dos particulares ou pela lei, e não em uma simples reação da lei contra um fato ou ato jurídico. Essa situação preestabelecida dá segurança a alguém e consiste em uma prerrogativa que lhe é apropriada ao modo de um bem. Pode, conseqüentemente, ser objeto de disposição a qualquer título, gratuito ou oneroso, ou mesmo ser renunciado. Deste modo, se apresentam os direitos subjetivos como situações juridicamente estabelecidas, seja por ato voluntário, seja pela lei, das quais decorrem principalmente prerrogativas que são a favor de seus beneficiários e às quais podem os mesmos, em princípio, renunciar. Partindo desta definição, sustenta Roubier, que as situações jurídicas designadas sob o nome de direitos de personalidade, não devem assim ser denominadas. Isto porque o direito subjetivo sendo prerrogativa própria de um bem, faz obrigatoriamente parte do patrimônio e, conseqüentemente, pode seu titular dispor.¹⁷⁵

Todavia, esse entendimento encontrou severas críticas, em especial do compatriota Pierre Kayser¹⁷⁶, que não vê incompatibilidade entre a noção do direito subjetivo e de direito da personalidade, sendo este uma aplicação deste; isto porque os direitos subjetivos não objetivam apenas os interesses materiais na estrita concepção tradicional de alguns, mas, também, têm por finalidade a proteção dos interesses morais das pessoas¹⁷⁷.

¹⁷⁴ DONEDA, Danilo. Obra citada, p. 46.

¹⁷⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Obra citada, p. 75-76.

¹⁷⁶ *Apud* SZANIAWSKI, Elimar. Obra citada, p. 77.

¹⁷⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Obra citada, p. 77.

Vislumbra-se, conseqüentemente, consoante já afirmado no início deste item, que a doutrina pátria (e também estrangeira) se posicionou majoritariamente no sentido de que o direito da personalidade se enquadra na categoria dos direitos subjetivos. Todavia, a noção de direito subjetivo é mitigada em virtude dos nortes axiológicos da Carta Magna de 1988, dando-se ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana e à cláusula geral da tutela humana¹⁷⁸.

A concepção do direito da personalidade como situação subjetiva, entretanto, ainda é minoritária na doutrina, mas de incontestável consistência jurídica, que certamente contribuirá para novos estudos na compreensão da natureza e conseqüentes efeitos para a concretude do principal objetivo do direito da personalidade: a proteção da pessoa humana.

Salienta Cristiane Beuren Vasconcelos que a tendência quando se fala em direitos da personalidade é o de estabelecermos seu confronto com os direitos subjetivos, o que é errôneo, pois enquanto estes dizem diretamente com a capacidade de direito ou de gozo, aqueles estão ligados à noção e à construção dos direitos humanos fundamentais¹⁷⁹.

Evidentemente, o apego aos antigos conceitos jurídicos, oriundos dos códigos oitocentistas, podem acarretar um esvaziamento do modelo atual eleito pela Constituição da República de 1988, baseados na cidadania, na dignidade da pessoa humana, no solidarismo, na função social da propriedade e na igualdade material, oriunda do modelo do Estado do Bem Estar Social.

Por isso a concepção de direito da personalidade como uma situação subjetiva melhor espelha o novo paradigma da repersonalização e da constitucionalização do direito privado, de forma que tutela do ordenamento não se restringe apenas no poder de vontade do titular, mas também, e principalmente, no interesse social.

¹⁷⁸ Para Gustavo Tepedino, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento (TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Ob. cit., p. 50).

¹⁷⁹ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. Obra citada, não paginado.

A personalidade é mais do que um reduto de poder individual no âmbito do qual seria exercido a sua titularidade. A vida, a saúde, a honra, a intimidade e a integridade física não se enquadrariam na categoria do “ter”, mas do “ser”, o que os tornaria incompatíveis com a noção clássica de direito subjetivo.

1.3.3 – Extensão do direito fundamental da sadia qualidade de vida nas relações de emprego e sua natureza jurídica

A interligação da proteção ambiental e a salvaguarda do direito à vida evidenciam o direito fundamental à **sadia qualidade de vida**¹⁸⁰.

No âmbito internacional, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (*Protocolo de San Salvador*), de 1988, no seu artigo 11, determina que “toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos”¹⁸¹.

Ao transpor essa premissa para o meio ambiente de trabalho, vislumbra-se dos empresários, muitas vezes, a preocupação apenas na integridade física do empregado, mesmo porque são poucas as normas legais que estabelecem diretrizes para a proteção da integridade mental do trabalhador. No item 1.1. desta dissertação, demonstrou-se a evolução legislativa e constitucional das normas de segurança e medicina do trabalho e poucas delas tratam da proteção da integridade mental do trabalhador.

Por isso o **direito fundamental à sadia qualidade de vida** não se resume apenas às dependências físicas do empregador, mas abrange também os locais onde o empregado esteja sobre controle do empregador, direta ou indiretamente, como é, por exemplo, o caso dos motoristas de caminhões, que permanecem longe da sede da empresa, mas estão à disposição do empregador nas 24 horas do dia, longe da família,

¹⁸⁰ Zulmar Fachin considera o dispositivo do artigo 225 da Carta de 1988 um direito fundamental exposto, embora não transcrito no catálogo específico (artigos 5º ao 17). Cfr. FACHIN, Zulmar. Obra citada, p. 222.

¹⁸¹ Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), de 17 de novembro de 1988, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 56/1995 e promulgado pelo Decreto nº 3.321/1999. Tradução não oficial da

e correndo risco de morte nas estradas brasileiras. Aliás, é a dicção do artigo 3º da Convenção nº 155 da OIT, mencionada anteriormente.

Por oportuno, convém trazer a seguinte observação de Sebastião Geraldo de Oliveira:

A força de trabalho exigida do operário está se deslocando rapidamente dos braços para o cérebro, especialmente com o ritmo acentuado da informatização. Com isso percebe-se que vem ocorrendo uma diminuição efetiva da fadiga física, porém um aumento acentuado da fadiga psíquica, cuja recuperação é muito mais lenta e complexa. Ademais, o trabalhador dirige-se para a empresa carregando toda a carga de apreensões da sociedade moderna em que está inserido, cujos problemas de moradia, segurança, trânsito, além dos aspectos familiares, são fatores adicionais que completam as agressões psicossociais.¹⁸²

É cediço que nos tempos atuais, o ambiente laboral é considerado uma extensão do lar do trabalhador e, por tal razão, ainda mais lhe é imperioso garantir um ambiente externo saudável e em condições para a efetiva fruição de períodos de descanso e de lazer, além de momentos de ginástica laboral nas próprias empresas.

De fato, o trabalhador passa boa parte de seu tempo dedicado ao serviço. Além do mais, nos últimos quinze anos, aproximadamente, tem-se constatado ser o trabalhador infestado de artefatos tecnológicos que contaminam inclusive o seu tempo que deveria ser de descanso¹⁸³. A competitividade do atual sistema capitalista-globalizado, renovado por uma nova ideologia que resgata o liberalismo econômico, tem exigido dos trabalhadores um esforço para aumento de produtividade, aliado à cobrança de aperfeiçoamento e resultados, mediante o poder empregatício do empregador, tudo isso acarretando euforia, ansiedade, irritação, angústia e, nos casos mais grave, problemas de saúde, como a síndrome de *Burnout*, que incapacitam o trabalhador.

Procuradoria Geral da República. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs_protocolos/prot_dir_humanos.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2008.

¹⁸² OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. Ob. cit., p. 190.

¹⁸³ Algumas ferramentas muito utilizadas, e.g., principalmente pelos executivos, são os computadores de mão (*notebook*), os celulares com *palm top* e acesso à rede de comunicação virtual e os *blackberry's*, que mantém o empregado ligado ao serviço após o final do expediente, interferindo em seu período de repouso e lazer.

Desse modo, segundo ensina Maria Aparecida Alkimin,

A qualidade de vida no trabalho é elementar para a organização do trabalho, pois reflete em aumento da produtividade e correlata motivação e satisfação do trabalhador; assim, a qualidade de vida no trabalho (QVT) corresponde a:

- a) compensação adequada e justa;
- b) condições de segurança e saúde no trabalho;
- c) oportunidade de desenvolvimento profissional e da capacidade humana;
- d) oportunidade de crescimento contínuo e seguro;
- e) integração social na organização do trabalho;
- f) respeito, tratamento digno, cumprimento dos deveres, etc.;
- g) preservação da auto-estima e valorização dos atributos pessoais profissionais do trabalhador.¹⁸⁴

Essa mudança de comportamento da sociedade contemporânea é explicada por Domenico De Masi. Para ele, a força de trabalho, que na época de Marx era em sua grande maioria composta por operários e trabalhadores braçais, com a introdução das técnicas científicas de administração, especialmente de Taylor (adotada por Ford), no início do século XX, dando origem à denominada “sociedade pós-industrial”¹⁸⁵, passou a se intelectualizar, ou seja, a ênfase se desloca do processo executivo ao ideativo, da substância à forma, do duradouro ao efêmero, da prática à estética¹⁸⁶. Para Domenico De Masi, então, é necessário a substituição de uma cultura (moderna) do sacrifício e da especialização, cuja finalidade era o consumismo, por uma outra (pós-moderna) do bem-estar e da interdisciplinaridade, cuja finalidade é o crescimento da subjetividade, da afetividade e da qualidade de trabalho e da vida¹⁸⁷.

Para a busca da efetiva “sadia qualidade de vida”, portanto, assim como ocorre com os direitos da personalidade, deve-se adotar uma nova perspectiva sobre a sua natureza jurídica, ou seja, não mais baseada como mero direito subjetivo, assim entendido como um poder atribuído à vontade individual enraizada à tutela das relações patrimoniais dos códigos oitocentistas.

¹⁸⁴ ALKIMIN, Maria Aparecida. *Assédio moral na relação de emprego*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 31-32.

¹⁸⁵ DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*. Ob. cit., p. 159.

¹⁸⁶ DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*. Tradução de Léa Manzi. 2. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000. p. 304.

¹⁸⁷ Idem, *ibidem*, p. 304-305.

A “sadia qualidade de vida”, por consonância, não é uma opção ou uma faculdade renunciável à mercê da vontade individual, mas sim uma **situação subjetiva** que assegura ao trabalhador uma vida digna e inviolável.

A revalorização do ser humano somente pode ser alcançada com base no solidarismo, na função social da empresa e no princípio da dignidade da pessoa humana, e o ressurgimento da necessidade de se valorizar os direitos de segunda dimensão, a qualidade de vida do trabalhador é um dos escopos da efetividade das relações sociais, sendo certo que o ambiente do trabalho tem sua parte de influência.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: HERMENÊUTICA E CONSTITUIÇÃO

2.1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS: COMPREENSÃO NECESSÁRIA

Prefacialmente, importante investigar o significado da expressão “direitos fundamentais” antes de se adentrar no tema em foco.

De início, cabe gizar que o conceito de direitos fundamentais não se confunde com o de direitos humanos, embora essa terminologia tenha sido fundida por alguns autores para o fim de denominá-la como “direitos humanos fundamentais”¹⁸⁸, seguindo de perto a terminologia da UNESCO, e também em que pese existam vários autores que sustentam a sua sinonímia.

A expressão “direitos fundamentais” é empregada principalmente pelos autores alemães, na esteira da Constituição de Bonn, que dedicava o capítulo inicial aos *Grundrechte*¹⁸⁹.

Até a Emenda Constitucional nº 1/1969 o Brasil adotava a expressão “direitos individuais”, conforme se infere do seu artigo 153 (Capítulo IV – Dos Direitos e Garantias Individuais), como sinônimo da moderna denominação de “direitos fundamentais”. Naquela época vingava a influência dos albores do liberalismo, e a sua visão eminentemente individualista, que não distinguia as liberdades coletivas e não conhecia a definição de pessoa.

Ricardo Luis Lorenzetti¹⁹⁰ afirma que a expressão “direitos fundamentais” é a mais apropriada porque não exclui outros sujeitos que não sejam o homem e também porque refere-se àqueles direitos que são fundantes do ordenamento jurídico e evita uma generalização prejudicial.

Ingo Wolfgang Sarlet apresenta um traço de distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões “direitos do homem”, “direitos

¹⁸⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

¹⁸⁹ Cfr. TORRES, Ricardo Lobo. Direitos fundamentais. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 243.

¹⁹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. Obra citada, p. 151.

humanos” e “direitos fundamentais”, sendo a primeira de cunho jusnaturalista, ainda não positivados; a segunda relacionado à positivação no direito internacional; e, a terceira, como direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado¹⁹¹. Conceitua direitos fundamentais da seguinte forma:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição Formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).¹⁹²

Com efeito, pode-se afirmar que o direito fundamental decorre de um processo legislativo interno de um determinado país, que eleva à positivação, sendo então um direito outorgado e/ou reconhecido. Já os direitos humanos possuem caráter supralegal, desvinculados a qualquer legislação escrita ou tratado internacional, pois pré-existe a eles. Neste sentido se posicionou Gisela Maria Bester, filiada à tese de Antonio-Enrique Pérez Luño, adepta pela terminologia “direitos fundamentais” para designar os direitos e garantias assegurados pelo complexo normativo constitucional interno¹⁹³.

Sidney Guerra explica que a partir da Declaração dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro de 1948, confirmou-se a idéia de que os direitos humanos extrapolam o domínio reservado dos Estados, invalidando o recurso abusivo ao conceito de soberania para encobrir violações, ou seja, os direitos humanos não mais matéria exclusiva das jurisdições nacionais¹⁹⁴.

Destarte, a positivação dos direitos humanos, dando origem aos direitos fundamentais, é a nítida amostra da consciência de um determinado povo de que certos

¹⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Ob. cit., p. 36.

¹⁹² Idem, ibidem, p. 91.

¹⁹³ BESTER, Gisela Maria. Obra citada, p. 561.

¹⁹⁴ GUERRA, Sidney. O direito internacional do trabalho e a dignidade da pessoa humana: breves reflexões. In: DARCANCHY, Mara Vidigal (Coord.). *Responsabilidade social das relações laborais: homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento*. São Paulo: LTr, 2007. p. 265.

direitos do homem são de tal relevância que o seu desrespeito inviabilizaria a sua própria existência do Estado. Aliás, ninguém mais nega, hoje, que a vigência de direitos humanos independe do seu reconhecimento constitucional, ou seja, de sua consagração no direito positivo estatal como direitos fundamentais¹⁹⁵.

Esse contexto histórico é relatado da seguinte forma por Paulo Bonavides:

Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir, talvez, nesse espaço teórico, o conceito de juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado Social e seus postulados de justiça, inspirados na universidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Coroam-se, assim, os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do Homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder.¹⁹⁶

No Brasil, os direitos fundamentais estão preconizados no Título II da CRFB/88, sendo que o constituinte considerou ilegítima qualquer proposta tendente a aboli-los, *ex vi* do artigo 60, § 4º da Constituição (as chamadas cláusulas pétreas). Nada obstante, consoante observa Zulmar Fachin, os direitos fundamentais não se exaurem na relação do catálogo. Podem ser localizados dispersos na Constituição, portanto, fora do catálogo. Como exemplos, podem ser mencionados, além de outros, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) e o princípio da legalidade tributária (art. 150, inciso I)¹⁹⁷.

2.2 – DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir da consolidação dos direitos fundamentais na nova fase do constitucionalismo moderno, a doutrina partiu para o reconhecimento da dupla dimensão dos mesmos em razão da eficácia perante terceiros (particulares), e não mais somente em face do Estado. No estudo de Daniel Sarmento, a chamada “dimensão

¹⁹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 136.

¹⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 587.

¹⁹⁷ Cfr. FACHIN, Zulmar. *Obra citada*, p. 220.

objetiva dos direitos fundamentais” decorre do advento do Estado Social, quando então a concepção de direitos fundamentais, até então visualizados numa perspectiva subjetiva pelo então Estado Liberal, cuidava apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica¹⁹⁸. Em contraposição a essa postura do Estado Liberal, passou-se a adotar um novo efeito, qual seja: a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ligado ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, as bases da ordem jurídica da coletividade¹⁹⁹. E continua:

Com efeito, na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte de sua atuação. Tal fenômeno foi bem captado por Perez Luño, quando este assinalou que, com a passagem do modelo do Estado Liberal para o de Estado Social, ‘(...) *los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio de poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos*’.

Mas não é só. A dimensão objetiva do reconhecimento de que os direitos fundamentais condensam os valores mais relevantes para determinada comunidade política. E, como garantia de valores morais coletivos, os direitos fundamentais não são apenas um problema do Estado, mas de toda a sociedade. Neste sentido, é preciso abandonar a perspectiva de que a proteção aos direitos humanos constitui um problema apenas do Estado e não também de toda a sociedade. A dimensão objetiva liga-se a uma perspectiva comunitária de direitos humanos, que nos incita a agir em sua defesa, não só através dos instrumentos processuais pertinentes, mas também no espaço público, através de mobilizações sociais, de atuação de ONG’s e outras entidades do exercício responsável do direito de voto.²⁰⁰

José Joaquim Gomes Canotilho igualmente reconhece a dimensão objetiva ao mencionar a “fundamentação objectiva” das normas consagradoras de direitos fundamentais, explicando:

¹⁹⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Lúmen Juris, 2006. p. 105.

¹⁹⁹ Idem, *ibidem*, p. 105-106.

²⁰⁰ Idem, *ibidem*, p. 106-107. (grifos no original)

Fala-se de uma fundamentação objectiva de uma norma consagrada de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse publico, para a vida comunitária. É esta fundamentação objectiva que se pretende salientar quando se assinala à liberdade de expressão uma função objectiva, um valor geral, uma dimensão objectiva para a vida comunitária (liberdade institucional).²⁰¹

Ingo Wolfgang Sarlet assim se posiciona, considerando o desenvolvimento, pela doutrina, da noção de uma vinculação também dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento da sua dimensão objetiva, deixando de considerá-los meros direitos subjetivos do indivíduo perante o Estado:

Há de acolher, portanto, a lição de Vieira de Andrade, quando destaca os dois principais e concorrentes da problemática, quais sejam, a constatação de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda a ordem jurídica, inclusive privada, bem como a necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares.²⁰²

No mesmo sentido é a lição de Rogério Magnus Varela Gonçalves:

Outro fator determinante para a validade dos direitos fundamentais no trato entre os particulares diz correlação com a tese, hoje reinante, de que eles possuem uma dupla dimensão: a) a subjetiva, que é tradicional, consistindo na abstinência estatal de intromissão na vida dos cidadãos (os direitos fundamentais como direitos de defesa) e; b) a objetiva, esta se revestindo de um carácter prestacional, eis que ao Estado não basta não desrespeitar os direitos inerentes ao seu elemento subjetivo (povo), mas ele deve se aplicar na missão de evitar que quaisquer outros indivíduos (mesmo alheios aos muros do próprio Estado) o façam.²⁰³

Alice Monteiro de Barros sintetiza da seguinte forma, baseada na mitigação do dogma da autonomia da vontade:

²⁰¹ CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1240-1241.

²⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Ob. cit., p. 403.

²⁰³ GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas. *Revista Eletrônica Prima Facie da Universidade Federal da Paraíba*, João Pessoa, ano 3, n. 5, p. 76, jul./dez. 2004.

[...] os direitos fundamentais continuam como direitos subjetivos, mas possuem uma dimensão objetiva, com dois sentidos. O primeiro sentido consiste na garantia dos direitos fundamentais pelo Estado, que geram para ele uma obrigação negativa de não interferir no seu exercício, e uma obrigação positiva consistente no dever de editar medidas capazes de facilitar de modo real e efetivo a aplicação desses direitos. O outro sentido implica estender a vinculação dos direitos fundamentais aos particulares, pouco importando sejam pessoas físicas ou jurídicas.²⁰⁴

Os direitos fundamentais, portanto, vistos objetivamente, concretizam os valores máximos do ordenamento jurídico na forma propugnada na Lei Maior e por isso devem subordinar toda a sociedade, nela incluída o Poder Público (Estado) e os particulares (pessoas físicas e jurídicas).

2.3 – DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES

2.3.1 – Os direitos sociais constitucionais aplicáveis no ambiente laboral

Historicamente, os direitos sociais são aqueles chamados de “direitos de segunda dimensão”²⁰⁵, decorrentes da reação ao desenvolvimento desenfreado do capitalismo industrial na Europa no século XIX²⁰⁶, mas que, em nível constitucional, ocorreu somente no século XX, primeiro com a Constituição do México (1917) e depois da República Alemã (1919)²⁰⁷, salientando que esses direitos fundamentais sociais “não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais”²⁰⁸.

Neste contexto, a Constituição da República de 1988 reconhece a existência dos direitos sociais, estando previstos no Capítulo II do Título II (denominado “dos direitos e garantias fundamentais”), arrolados especificamente nos artigos 6º ao 11.

²⁰⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 617-618.

²⁰⁵ Registre-se que há alguns autores como Gisela Maria Bester que classificam os direitos sociais como sendo de terceira dimensão, uma vez que os de segunda dimensão seriam os direitos políticos. Cfr. BESTER, Gisela Maria. Obra citada, p. 591.

²⁰⁶ Cfr. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 96.

²⁰⁷ Cfr. SIMM, Zeno. *O acosso psíquico no ambiente de trabalho: manifestações, efeitos, prevenção e reparação*. São Paulo: LTr, 2008. p. 21.

²⁰⁸ Andreas Joachim Krell *apud* SIMM, Zeno. Obra citada, p. 21.

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (artigo 6º da CRFB/88).

Por tratarem de direitos fundamentais, tem aplicação imediata (eficácia plena), consoante disposição do artigo 5º, § 1º, da Carta da República de 1988. Sua vinculação alcança os particulares (teoria da *drittwirkung* – eficácia horizontal dos direitos fundamentais), conforme será mais bem detalhado nesta dissertação no item 2.5.

A Carta Magna de 1988 consagrou a proteção aos direitos dos trabalhadores, essencial para a efetivação do direito à sadia qualidade de vida. Os direitos sociais visam o equilíbrio entre a saúde e o bem-estar dos trabalhadores, e por isso os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 1º da CRFB/88) e os princípios gerais da atividade econômica (artigo 170 da CRFB/88) são essenciais para a realização da justiça social²⁰⁹ e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

2.3.2 – Direito à saúde

A saúde do ser humano, definido pela Organização Mundial de Saúde (OMS), é o completo bem-estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doenças ou enfermidades²¹⁰.

A OMS, desta forma, esclarece Germano Schwartz, alargou o conceito de saúde, que anteriormente estava resignado aos aspectos “curativos” e “preventivos”²¹¹. Adentra na chamada “promoção” da saúde ao propor que a saúde não é a apenas a ausência de doenças, mas também um completo bem-estar, seja físico, mental ou social²¹². O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de

²⁰⁹ Para Eros Roberto Grau, o princípio da justiça social conforma a concepção de existência digna cuja realização é o fim da ordem econômica e compõe um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III). Cfr. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988* (interpretação e crítica). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 249.

²¹⁰ Cfr. ARAÚJO, Gisele Ferreira de. Obra citada, p. 151.

²¹¹ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 35.

²¹² Idem, *ibidem*, p. 35.

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (*Protocolo de San Salvador*), ratificado pelo Brasil, no seu artigo 10º, preconiza que “toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 193, estabelece que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Para a concretização dessa premissa, o constituinte de 1988 inseriu o direito à saúde como um dos vértices da Seguridade Social, destinando nos artigos 196 *usque* 200 os seus preceitos basilares.

Antes da promulgação da Constituição da República de 1988, a natureza jurídica da saúde era de um benefício previdenciário, ligado ao Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência social (INAMPS), autarquia vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência social até o ano de 1990, quando passou a fazer parte do Ministério da Saúde²¹³.

Até então, juntamente com o Instituto Nacional da Previdência social (INPS), a Legião Brasileira de Assistência (LBA), a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FEBEM), a Empresa de Processamento de Dados da Previdência social (DATAPREV), o Instituto de Administração da Previdência e Assistência social (IAPAS) e a Central de Medicamentos (CEME), integrava o Sistema Nacional de Previdência e Assistência social (SINPAS), criado pela Lei nº 6.439, de 1º de setembro de 1977²¹⁴, com a finalidade de atrelar as seguintes funções: concessão e manutenção de benefícios e prestação de serviços, custeio de atividades e programas, gestão administrativa, financeira e patrimonial. Ao INAMPS competia prestar assistência médica, de acordo com os programas de atendimento aos trabalhadores urbanos, aos servidores do estado e aos trabalhadores e empregados rurais (*ut* artigo 6º da Lei nº 6.439/1977). A fonte de custeio do SINPAS, dentre outras previstas no artigo 17 da Lei nº 6.439/1977²¹⁵, eram as contribuições previdenciárias dos segurados e das empresas,

²¹³ O INAMPS foi extinto em 1993, pela Lei nº 8.689 de 27 de julho.

²¹⁴ Lei nº 6.439 – de 1º de setembro de 1977 - DOU DE 02/09/77 - instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência social, e dá outras providências.

²¹⁵ “Art. 17. Constituem receita das entidades do SINPAS:

I - as contribuições previdenciárias dos segurados e das empresas, inclusive as relativas ao seguro de acidentes de trabalho, e as calculadas sobre o valor da produção e da propriedade rural; II - a contribuição da União destinada ao Fundo de Liquidez da Previdência Social - FLPS; III - as dotações

inclusive as relativas ao seguro de acidentes de trabalho, e as calculadas sobre o valor da produção e da propriedade rural.

No ano de 1988 a Constituição da República traduziu institucionalmente a descentralização das ações de saúde, com a criação do SUS, que privilegiou as esferas estaduais e municipais na gestão das verbas destinadas à saúde.

Em 1990 foi editada a Lei nº 8.080, de 19 de setembro, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, ou seja, regulamenta o atual Sistema Único de Saúde.

O artigo 2º da mencionada lei preconiza o direito à saúde como direito fundamental do ser humano, *in verbis*:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

(grifou-se)

Com efeito, o direito à saúde, que antes era visto como um benefício previdenciário, foi elevado a direito fundamental pela Carta de 1988, desvinculado da Previdência Social, mas ainda sob a responsabilidade do Estado a sua promoção e execução (artigos 23, inciso II²¹⁶ e artigo 24, inciso XII, da CRFB/88²¹⁷). O direito à saúde é direito fundamental do homem, na ótica de Germano Schwartz, fulcrado

orçamentárias específicas; IV - os juros, correção monetária, multas e outros acréscimos legais devidos à Previdência Social; V - as receitas provenientes da prestação de serviços e fornecimento ou arrendamento de bens; VI - as receitas patrimoniais, industriais e financeiras; VII - a remuneração recebida por serviços de arrecadação, fiscalização e cobrança dos prestados a terceiros; VIII - as doações, legados, subvenções e outras receitas eventuais; IX - as demais receitas das entidades de Previdência e Assistência Social integrantes do SINPAS.”

²¹⁶ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; [...]”

²¹⁷ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]

na Declaração Universal dos Direitos do Homem e com base na sistemática adotada pela Constituição Brasileira e em um constitucionalismo ‘comunitário’ brasileiro, em que, utilizando-se de uma validade derivada de todos os atores que influem no processo de concretização de uma constituição – quaisquer que sejam eles (comunidade, política, direito,...) e tendo como norte uma constituição aberta, os direitos fundamentais positivados são legitimados justamente por esse grupo de intérpretes, visto que tais direitos ‘fazem parte da consciência ético-jurídica de uma determinada comunidade histórica’.²¹⁸

Observa Nilton Correia que, dentro da moldura constitucional de 1988, a saúde é componente integrativo do direito à vida²¹⁹. Diz ele:

Assim foi feito, na Constituição, por instinto de preservação jurídica, à vista de que, qualquer que seja o regime, o direito à vida goza de foro próprio, com inteira estabilidade constitucional. Vale dizer: a esperança é que, estando sob a aba desse ‘chapéu jurídico’, o direito à saúde, especialmente quando associado ao trabalho, fique protegido da chuva, sol e quaisquer intempéries advindas de alterações políticas ou infraconstitucionais.²²⁰

Na lição proficiente de Antônio Augusto Cançado Trindade, o direito à saúde encontra-se inelutavelmente interligado com o próprio direito à vida, e constitui uma pré-condição para o exercício da liberdade²²¹. A exemplo do direito à vida (direito de viver), o direito à saúde acarreta obrigações negativas assim como positivas. Explica:

O direito à saúde implica a obrigação *negativa* de não praticar qualquer ato que possa por em risco a saúde de cada um, ligando assim este direito básico ao direito à integridade física e mental e à proibição da tortura e de tratamento cruel, desumano ou degradante (como reconhecido e disposto no Pacto de Direitos Civis e Políticos, artigo 7; na Convenção Européia de Direitos Humanos, artigo 3; na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 4 e 5). Mas este dever de abstenção (tão crucial, e.g., no tratamento de detidos e prisioneiros) faz-se acompanhar da obrigação *positiva* de tomar todas as providências apropriadas para proteger e preservar a saúde humana (inclusive medidas de prevenção de enfermidades).

Tal obrigação *positiva* (como reconhecido e disposto, e.g., no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigo 12, e na Carta Social Européia, artigo 11, além de resoluções da OMS e da OIT sobre aspectos específicos), ligando o direito à vida ao direito a um padrão de vida adequado, é reveladora do fato de que o direito à saúde, em sua dimensão própria e ampla, compartilha a

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; [...]"

²¹⁸ SCHWARTZ, Germano. Obra citada, p. 51.

²¹⁹ CORREIA, Nilton. Direito à saúde pela constituição brasileira de 1988. In: MADEIRA, Auta et alii (Coord.). *Temas laborais luso-brasileiros*. São Paulo: LTr, 2006. p. 297.

²²⁰ Idem, ibidem, p. 297.

²²¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção ambiental*. Ob. cit., p. 83.

natureza de um direito a um tempo individual e social. Pertencendo, como o direito à vida, ao domínio dos direitos básicos ou fundamentais, o direito à saúde é um direito individual no sentido de que requer a proteção da integridade física e mental do indivíduo e de sua dignidade; e é também um direito social no sentido de que impõe ao Estado e à sociedade a responsabilidade coletiva pela proteção da saúde dos cidadãos e pela prevenção e tratamento das doenças. O direito à saúde, assim apropriadamente entendido, fornece, como o direito à vida, uma ilustração vívida da indivisibilidade e da inter-relação de todos os direitos humanos.²²²

Assim considerado, o direito à saúde, portanto, pertence aos direitos de primeira dimensão, vinculado ao princípio da liberdade, surgido no decorrer do século XVIII, ligados às liberdades civis básicas e clássicas, abrangendo direitos ditos negativos, aqueles exercidos contra o Estado²²³.

Entretanto, considerando que a Constituição da República de 1988 estabelece o direito à saúde como um direito social, *ex vi* do artigo 6º²²⁴, como bem observa Germano Schwartz, logo há de se entender que é, também, um direito de segunda dimensão²²⁵. Passa a ser um direito que exige do Estado prestações positivas no sentido da garantia/efetividade da saúde, pena de ineficácia de tal direito²²⁶.

Também pode se afirmar que o direito à saúde é um direito de quarta dimensão, vinculado aos direitos de solidariedade²²⁷, onipresente na esfera internacional, com previsão em declarações, pactos e cartas internacionais de proteção ao ser humano. Neste está compreendido o necessário direito ao **meio ambiente sadio**, que não lição de Gisela Maria Bester:

²²² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção ambiental*. Ob. cit., p. 83-84. (grifos originais)

²²³ Cfr. BESTER, Gisela Maria. Obra citada, p. 588.

²²⁴ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

²²⁵ SCHWARTZ, Germano. Obra citada, p. 53.

²²⁶ Idem, ibidem, p. 53.

²²⁷ Cabe ressaltar que autores como Zulmar Fachin, que se reporta a Paulo Bonavides, entendem que os direitos fundamentais de terceira dimensão são aqueles vinculados à solidariedade (fraternidade) desenvolvidos a partir da segunda metade do século XX (Cfr. FACHIN, Zulmar. Obra citada, p. 204). Para Maria Celina Bodin de Moraes, quem adota a expressão “geração”, são chamados direitos de primeira geração os direitos políticos e civis que surgiram logo após a Revolução Francesa. De segunda geração, são os direitos sociais dos trabalhadores, decorrentes da reação ao desenvolvimento desenfreado do capitalismo industrial na Europa no século XIX; de terceira geração, os direitos metaindividuais, difusos e coletivos, como o direito ambiental (direito a um meio ambiente sadio) e o direito do consumidor (Cfr. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Ob. cit., p. 96).

Necessário porque o crescimento urbano e desenvolvimento tecnológico têm causado profundos danos ao habitat natural dos seres humanos, a ponto de podermos falar inclusive em um espécie de vingança da tecnologia: o homem patrocina sempre uma nova invenção para tornar sua vida mais cômoda, mais agradável, mas esquece que a tecnologia mais cedo ou mais tarde lhe mandará a conta, como é caso de alguns componentes dos telefones celulares que constituem lixo altamente tóxico e não-degradável.²²⁸

A natureza jurídica do direito à saúde, segundo Germano Schwartz, é de direito público subjetivo e fundamental²²⁹, seja do brasileiro, seja do estrangeiro aqui residente, assim reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal²³⁰. Desse modo, constituindo um direito fundamental, é auto-aplicável e de eficácia imediata (artigo 5º, §º 1º da CRFB/88), não sendo possível se admitir que o artigo 196 da Carta de 1988 seja considerado uma norma meramente programática²³¹. É direito público subjetivo oponível contra o Estado, observado o requisito da preservação da vida e do respeito à

²²⁸ BESTER, Gisela Maria. Obra citada, p. 596.

²²⁹ SCHWARTZ, Germano. Obra citada, p. 56.

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286/RS, da 2ª Turma. Redator do Acórdão Min. Celso de Mello. Publicação: DJU 24/11/2000. Ementa: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...].

²³¹ Dita programaticidade, segundo Germano Schwartz, afronta o caráter dirigente e principiológico da Constituição de 1988, que visa a uma sociedade fraterna, pluralista e com objetivo de concretização de uma justiça social e ignora o caráter transformador do status que o Estado Democrático de Direito impinge e, também, a faceta dirigente e vinculativa de nossa Carta Magna, além de desconhecer seu caráter comunitário (SCHWARTZ, Germano. Obra citada, p. 60-61).

dignidade humana, e na hipótese de o cidadão não tiver condições financeiras para garantir a sua saúde sem que comprometa seu sustento próprio e/ou de sua família²³².

Também é oportuno delinear o significado da expressão “saúde mental”, igualmente objeto de necessária proteção jurídica. Embora a doutrina não apresente um conceito específico²³³, pode-se concluir que a saúde mental é o bem-estar da saúde psíquica, ou seja, da saúde da mente (assim considerada a parte do cérebro ligada aos processos psicológicos superiores, chamados de cognição: intelecto, pensamento, entendimento, concepção e imaginação etc.). Como disse Navarro González, “o que é a saúde mental senão a saúde da mente, a saúde psíquica, a saúde da alma?”²³⁴. Para o mesmo jurista espanhol, a proteção à saúde “quer se referir não só à saúde física (a saúde do corpo), mas também a saúde anímica, à saúde mental, à saúde psíquica, à saúde da alma”²³⁵.

Em todo este contexto insofismável de defesa ao direito fundamental à saúde, em especial a saúde mental, o trabalhador encontra guarida para a tutela de sua vida e dos direitos de personalidade, neste incluídos o direito à integridade psicofísica. A empresa contemporânea, desta forma, não pode negar ao seu empregado o direito ao sadio meio ambiente laboral, assim considerado o local de trabalho onde não existam agentes físicos, biológicos, químicos, e mesmo agentes humanos²³⁶, que lhe causem danos físicos ou psíquicos.

²³² SCHWARTZ, Germano. Obra citada, p. 86-87.

²³³ A Secretaria de Estado da Saúde do Paraná, em sua página eletrônica, define saúde mental como o equilíbrio emocional entre o patrimônio interno e as exigências ou vivências externas. É a capacidade de administrar a própria vida e as suas emoções dentro de um amplo espectro de variações sem contudo perder o valor do real e do precioso. É ser capaz de ser sujeito de suas próprias ações sem perder a noção de tempo e espaço. É buscar viver a vida na sua plenitude máxima, respeitando o legal e o outro. Saúde Mental é estar de bem consigo e com os outros. Aceitar as exigências da vida. Saber lidar com as boas emoções e também com as desagradáveis: alegria/tristeza; coragem/medo; amor/ódio; serenidade/raiva; ciúmes; culpa; frustrações. Reconhecer seus limites e buscar ajuda quando necessário. Disponível em: <<http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1059>>. Acesso em: 29 set. 2008.

²³⁴ Francisco González Navarro *apud* SIMM, Zeno. Obra citada, p. 133.

²³⁵ Idem, *ibidem*.

²³⁶ Adiante se demonstrará, nesta dissertação, que superiores hierárquicos ou mesmo colegas de trabalho, podem gerar lesões psíquicas no empregado.

2.4 – O ELO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O elo de concretude dos direitos fundamentais, sem dúvidas, é o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no ápice da Carta Magna de 1988, do qual resulta a cláusula geral de tutela humana.

Na pós-modernidade²³⁷ os princípios jurídicos foram elevados ao *status* de norma jurídica e ao núcleo do ordenamento jurídico. Essa compreensão partiu, em especial, da lição de Robert Alexy sobre a distinção entre regras e princípios, adotando-se a teoria material dos direitos fundamentais em bases normativas. Trata de importante marco na história pós-positivista. Para esse jurista:

*tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.*²³⁸

Afirma Cleber Francisco Alves, após analisar a evolução da doutrina acerca da normatividade dos princípios jurídicos, que os princípios constitucionais traduzem os valores elementares que informam todo um sistema jurídico, difundindo-se e inspirando

²³⁷ Na lição de Daniel Sarmiento, discute-se hoje a crise da Modernidade e há quem fale no advento de uma era Pós-moderna. Afirma-se que a Modernidade falhou nos seus objetivos, pois não conseguiu resolver ou minimizar os problemas da Humanidade, em dar respostas para as questões que são verdadeiramente importantes para as pessoas. Segundo alguns, o ideário da Modernidade teria se exaurido no século XX, com a constatação da impotência do seu discurso e das suas propostas grandiloquentes para enfrentar os problemas emergentes em uma sociedade hipercomplexa, globalizada, fragmentada e descentrada. Na sociedade pós-industrial, característica da era Pós-moderna, o poder e a riqueza passam a residir não mais na propriedade dos meios de produção, mas na posse de conhecimento e de informações, que, diante dos avanços tecnológicos, circulam com velocidade impressionante. Mas o volume das informações disponível é tamanho, que, como num paradoxo, acabam todos condenados à superficialidade. A estética substitui a ética e a aparência torna-se mais importante que o conteúdo. São tantos os caminhos possíveis, tão múltiplas as variáveis, tão complexos os problemas, que não é factível programar uma direção, um sentido unívoco para o comportamento individual e coletivo. O pensamento moderno, com sua obsessão pela generalização e racionalização, ter-se-ia tornado imprestável para compreender o caos das sociedades contemporâneas. Cfr. SARMENTO, Daniel. Obra citada, p. 37-38.

²³⁸ ALEXY, Robert. *Teoría dos los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 83.

a interpretação e aplicação das normas que o compõem, conferindo-lhe harmonia e unidade²³⁹. A inserção constitucional dos princípios ultrapassa a fase da velha hermenêutica das chamadas normas programáticas, ensina Paulo Bonavides²⁴⁰, que realça a normatização dos princípios a partir do pós-positivismo.

O enquadramento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, portanto, adotando-se a tipologia de José Joaquim Gomes Canotilho²⁴¹, é a de um princípio jurídico fundamental, porquanto encontra residência no cume da normatividade constitucional. Na lição de Cleber Francisco Alves:

[...] traduz a prioridade axiológica da personalidade humana, tem uma eficácia hermenêutica e normativa decisiva, ou seja, é eficaz não só para dirimir dúvidas interpretativas ou auxiliar no esclarecimento de preceitos normativos intra e extra constitucionais, especialmente no caso de colisão ou conflitos de direitos fundamentais, mas também para servir de fundamento autônomo para decisões no âmbito da jurisdição constitucional, especialmente no controle de constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais. Portanto, ao lado da função interpretativa dos princípios constitucionais, in casu, parece-nos que deva merecer todo destaque e primazia a sua força normativa autônoma, enquanto fundamentos para 'juízos concretos de dever'.²⁴²

Nesta ótica, Luís Roberto Barroso considera o princípio da dignidade da pessoa humana um princípio fundamental por considerá-lo o centro axiológico da concepção de Estado democrático de Direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais²⁴³.

²³⁹ ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 97

²⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 259.

²⁴¹ Há princípios com diferentes conteúdos normativos e por isso José Joaquim Gomes Canotilho enuncia a seguinte tipologia: 1) princípios jurídicos fundamentais, aqueles historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional; 2) princípios políticos constitucionalmente conformadores, aqueles que explicam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte; 3) princípios constitucionais impositivos, já citados anteriormente nesta dissertação, os quais subsumem-se todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas, São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados. Estes princípios designam-se, muitas vezes, por preceitos definidores dos fins do Estado; e, 4) princípios-garantia, que visam instituir direta e imediatamente uma garantia aos cidadãos, como, v.g., o princípio do juiz natural (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Obra citada, p. 1149-1151).

²⁴² ALVES, Cleber Francisco. Obra citada, p. 105-106.

²⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 375.

Na qualidade de princípio fundamental, afirma Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa²⁴⁴.

Ana Paula de Barcellos esclarece que o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos. Isto é: terá respeitada a sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles²⁴⁵. Os direitos fundamentais, salienta Luiz Edson Fachin, neles incluídos os direitos sociais, são invioláveis e inerentes à dignidade da pessoa humana; neles se traduzem e concretizam as faculdades que são exigidas pela dignidade, assim como circunscrevem o âmbito que se deve garantir à pessoa para aquela se torne possível²⁴⁶.

Na lição de Maria Celina Bodin de Moraes, ao parafrasear Kant²⁴⁷, traça-se um perfil filosófico da dignidade:

No mundo social existem duas categorias de valores: o preço (*preis*) e a dignidade (*Würden*). Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade. O valor moral se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente. Daí a exigência de jamais transformar o homem em meio para alcançar quaisquer fins. Em consequência, a legislação elaborada pela razão

²⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 72.

²⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: 2002. p. 110-111.

²⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 181.

²⁴⁷ Na lição de Gláucia Correa Retamozo Barcelos Alves, ao estudar a dignidade na concepção de Kant, a dignidade de uma pessoa independe do seu *status* social, ou do cargo que ocupa, ou da sua popularidade ou de sua utilidade para os outros. Esses fatores podem mudar, mas a dignidade atribuída ao ser humano enquanto agente moral não. Por isso não se pode dizer que uma pessoa tenha mais dignidade que outra. Ao afirmar que a dignidade não admite equivalente, Kant afirma também que aquele que é dotado de dignidade não pode ser trocado ou sacrificado sob qualquer pretexto. O que tem dignidade não tem preço e não pode ser mensurado (ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexo dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 221-222).

prática, a vigora no mundo social, deve levar em conta, como sua finalidade máxima, a realização de valor intrínseco da dignidade humana.²⁴⁸

No Brasil, a Constituição da República de 1988 foi a primeira a estabelecer expressamente, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III). Certamente o constituinte originário de 1988 foi influenciado por outras Constituições que inseriam em seu texto a proteção à dignidade da pessoa, como fez, e.g., a Constituição Italiana de 1947 (“artigo 3º. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais”) e a Constituição Portuguesa de 1976 (“artigo 1º. Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”).

Os países europeus, atônicos pela crueldade e pela degradação desumana das duas grandes guerras mundiais, buscaram na noção cristã de “dignidade humana” um instrumento de proteção contra os abusos do Estado. É por isso que se torna necessário identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurídica, diz Rizzatto Nunes, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana²⁴⁹.

Em um primeiro momento histórico apenas o Estado se subordinava aos comandos constitucionais, e não o indivíduo. Atualmente, no novo contexto econômico mundial da globalização e no resgate dos motes liberais, vislumbra-se a necessidade da efetivação e incidência imediata do princípio da dignidade pessoa a toda a sociedade, e não somente ao Estado.

Como bem lembrado por Cármen Lúcia Antunes Rocha, a produção da miséria não se faz apenas no sentido da rejeição do homem pelo mundo; o sinistro globalismo fascista, que busca dominar idéias e práticas políticas-econômicas contemporâneas, gera não apenas a expulsão do homem pelo outro, mas a sua rejeição por si mesmo,

²⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 115-116.

²⁴⁹ NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 48.

tal como posto na fórmula de Hannah Arendt²⁵⁰. Antes, negava-se ao homem a sua plena integração; hoje, expulsa-se o homem do mundo; ou, o que é pior, faz-se com que ele se intimide e se dê por excluído, rejeite-se por não ter obtido o mérito de poder ser aceito, inclusive por si mesmo²⁵¹.

Mas não é fácil delimitar o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de esvaziá-lo na esfera da abstração absoluta. Mesmo no campo da filosofia do Direito encontram-se vozes que reconhecem essa abstração, como, v.g, Chaïm Perelman, reconhecido filósofo contemporâneo que aspira um direito construído sobre os valores. Para ele, o respeito à dignidade da pessoa humana é considerado atualmente um princípio geral de direito comum a todos os povos civilizados, mas, ele mesmo alerta que esse acordo geral só diz respeito a noções abstratas, cujo caráter vago, e mesmo confuso, aparecerá imediatamente quando se tratar de passar do acordo sobre o princípio para a as aplicações particulares²⁵².

Em razão dessa dificuldade, a doutrina busca um recheio concreto para mitigar essa abstração. Para Maria Celina Bodin de Moraes o substrato material da dignidade pode ser desdobrado em quatro postulados:

i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.²⁵³

Para a mesma jurista, **são corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral (psicofísica), da liberdade e da solidariedade**²⁵⁴.

²⁵⁰ *Apud* ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In: _____ (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 29.

²⁵¹ *Idem*, *ibidem*, p. 29.

²⁵² PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 401.

²⁵³ MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *Ob. cit.*, p. 119.

²⁵⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 119.

O fundamento da dignidade humana manifesta-se, primeiramente, no princípio da igualdade, manifesta-se no direito de não receber qualquer tratamento discriminatório²⁵⁵.

No princípio de proteção à integridade psicofísica, a dignidade humana, na esfera cível, vem servindo para garantir numerosos direitos de personalidade, o que se poderia entender como um amplíssimo “direito à saúde”, compreendida esta como completo bem-estar psicofísico e social²⁵⁶. Tal concepção, observe-se, está em perfeita sintonia com os ditames protetivos do meio ambiente do trabalho.

Com relação ao princípio da liberdade, Maria Celina Bodin de Moraes faz um paralelo com a superação da dicotomia clássica entre direito público e o privado, e conclui que esse princípio se consubstancia, hoje, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada. Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projeto, exercendo-o como melhor convier²⁵⁷.

Por fim, com relação ao princípio da solidariedade, Maria Celina Bodin de Moraes explica que está estampado no artigo 3º, inc iso I, da Constituição da República, princípio este inovador e dotado de força normativa capaz de tutelar o respeito devido a cada um²⁵⁸, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do Direito²⁵⁹. Ela defende que do ponto de vista jurídico:

[...] a solidariedade está contida no princípio geral instituído pela Constituição de 1988 para que, através dele, se alcance o objetivo da ‘igual dignidade social’. O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos e marginalizados.²⁶⁰

²⁵⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. Ob. cit., p. 120.

²⁵⁶ Idem, ibidem, p. 127. Na área criminal, ensina Maria Celina Bodin de Moraes, a proteção da integridade psicofísica da pessoa humana contempla o direito de não ser torturado e o de ser titular de cartas garantias penais, como o tratamento do preso nas detenções e nos interrogatórios, a proibição de penas cruéis, etc.

²⁵⁷ Idem, ibidem, p. 138.

²⁵⁸ Idem, ibidem, p. 143.

²⁵⁹ Idem, ibidem, p. 140.

²⁶⁰ Idem, ibidem, p. 142.

Rizzatto Nunes salienta que, para definir dignidade, é preciso levar em conta todas as violações que foram praticadas, para, contra elas, lutar. Na seqüência de seu pensamento, acrescenta:

Então, se extrai dessa experiência histórica o fato de que a dignidade nasce com o indivíduo. O ser humano é digno porque é. Aqui temos de recorrer a Heidegger - que paradoxalmente, em vida, chegou a sonhar com o nacional-socialismo alemão como um elemento de construção do ser. A formulação sobre o ser é de conjugação única e tautológica. O ser é. Ser é ser. Logo, basta a formulação: sou. Então, a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência. Mas acontece que nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. E aí, nesse contexto, sua dignidade ganha - ou, como veremos, tem o direito de ganhar - um acréscimo de dignidade física e psíquica, mas chega um momento do seu desenvolvimento que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento - isto é, sua liberdade -, sua imagem, sua intimidade, sua consciência - religiosa, científica, espiritual - etc., tudo compõe sua dignidade.²⁶¹

Também preocupado com a vacatura no conceito da dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet apresenta uma conceituação jurídica que reúne a perspectiva ontológica e a busca da sua faceta intersubjetiva (relacional) e das suas dimensões negativa (defensiva) e positiva (prestacional):

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁶²

Raimundo Simão de Melo acrescenta que o valor ou princípio da dignidade da pessoa humana deve ter sentido de normatividade e cogência e não de meras cláusulas “retóricas” ou de estilo ou de manifestação de bons propósitos²⁶³.

²⁶¹ NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. Ob. cit., p. 49.

²⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana – parte II. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 223.

²⁶³ MELO, Raimundo Simão de. Dignidade da pessoa humana e meio ambiente do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 31, n. 117, p. 208, jan./mar. 2005.

Luiz Edson Fachin batalha em favor de um “patrimônio mínimo”²⁶⁴ da pessoa, conexionado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para esse jurista, a dignidade da pessoa é o princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que se chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista do direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminado de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata²⁶⁵.

Destaca-se, também, a ilação de Gustavo Tepedino, ao compreender a dignidade da pessoa humana, prevista na Carta Magna de 1988, uma cláusula geral. Para ele, a cláusula geral da dignidade da pessoa humana representa o principal instrumento de tutela da pessoa nas relações entre particulares, representando um valor máximo do nosso ordenamento pátrio e ponto de referência para a defesa da pessoa. E assim se posiciona:

A dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, remodeladora das estruturas e da dogmática do Direito Civil Brasileiro. Opera a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, realizando assim processo de verdadeira inclusão social com a ascensão à realidade normativa dos interesses coletivos, direitos de personalidade e renovadas situações jurídicas existenciais, desprovidas de titularidades patrimoniais, independentemente destas ou mesmo em detrimento destas. Se o direito é uma realidade cultural, o que parece hoje fora de dúvida, é a pessoa humana, na experiência brasileira, quem se encontra no ápice do ordenamento, devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado [...].²⁶⁶

Maria Celina Bodin de Moraes também compartilha desse entendimento ao defender que tutela da pessoa humana não pode ser fracionada em isoladas hipóteses, micro sistemas, em autônomas *fattispecie* não-intercomunicáveis entre si²⁶⁷. Ela

²⁶⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Ob. cit., p. 287.

²⁶⁵ Idem, ibidem. p. 179-181.

²⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. In: _____. *Temas de direito civil – tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 342.

²⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. Ob. cit., p. 146.

defende que os direitos das pessoas estão, todos eles, garantidos pelo princípio constitucional da dignidade humana, e vêm a ser concretamente protegidos pela cláusula geral de tutela da pessoa humana²⁶⁸. E continua a explicar:

O ponto de confluência desta cláusula geral é, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana, posta no ápice da Constituição Federal de 1988 (artigo 1º, III). Como foi aludido, em seu cerne encontram-se a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade. Neste sentido, deve-se inibir ou reparar, em todos os seus desdobramentos, a conformação de tratamentos desiguais – sem descurar da injustiça consubstanciada no tratamento idêntico aos que são desiguais -; o atentado à saúde, entendida esta em sua mais ampla concepção; o constrangimento e o estreitamento da liberdade individual, com foco voltado para as situações existenciais, e o desprezo pela solidariedade social – mandamento constitucional que não admite nem a marginalização, nem tampouco a indiferença. A cláusula geral visa a proteger a pessoa em suas múltiplas características, naquilo ‘que lhe é próprio’, aspectos que se recompõem na consubstanciação de sua dignidade, valor reunificador da personalidade a ser tutelada. Evidentemente, também se abrigam sob seu manto os demais direitos que se relacionam com a personalidade, alguns deles descritos pelo próprio legislador constituinte no artigo 5º da Constituição.²⁶⁹

Por isso, é mister dar tratamento adequado aos instrumentos de efetivação dos direitos que poderão realmente garantir a dignidade da pessoa, assim considerada a preocupação sobre a pessoa humana (valor existencial - “ser”) e não sobre o patrimônio (valor monetário - “ter”), como era propugnado pelos códigos oitocentistas (liberal-individualista).

Desse modo, assevera Dinaura Godinho Pimentel Gomes, ao ligar o contexto mundial da globalização e precarização das condições de trabalho, no Estado Democrático de Direito onde a Constituição de 1988 só reconhece a existência e a eminência da dignidade da pessoa humana, mas transforma-se em valor supremo da ordem jurídica²⁷⁰. Continua:

²⁶⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. Ob. cit., p. 146.

²⁶⁹ Idem, ibidem, p. 146-147.

²⁷⁰ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2005. p. 95.

não se pode dar mais atenção aos interesses da economia que condicionem e engessem a atuação governamental, e deixar o trabalhador vagar solitário no meio das leis do mercado. Ao contrário, ele deve ser amparado – de fato e de direito – pelas normas pétreas da Constituição, que não podem ser afastadas nem eliminadas por Emenda Constitucional, todavia implementadas.²⁷¹

Com efeito, essa observação é pertinente porque o reconhecimento a um sadio meio ambiente do trabalho decorre da função primordial de defesa à pessoa humana do empregado, que não pode sucumbir em razão de leis de mercado, muitas vezes encabeçadas e idealizadas por pequena parcela da sociedade que não tem interesse na expansão da solidariedade e que despreza a atuação do Estado quando atinge seus objetivos mais egoísticos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, na nova perspectiva pós-positivista, representa o coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana²⁷², destinado a orientar posturas negativas ou positivas do Estado e dos particulares que visem não violar direito alheio (direito de personalidade) e que concretizem os objetivos da República Federativa do Brasil preconizados no artigo 3º da Carta Magna de 1988 (construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação).

²⁷¹ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Obra citada, p. 95.

²⁷² Ingo Wolfgang Sarlet adota essa expressão de Cármen Lúcia Antunes Rocha e ensina que é imprescindível que se outorgue ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em todas as suas manifestações e aplicações, a máxima eficácia e efetividade possível, em suma, que se guarde e proteja com todo o zelo e carinho este coração de toda sorte de moléstias e agressões, evitando ao máximo o recurso a cirurgias invasivas e, quando estas se fizerem inadiáveis, que tenha por escopo viabilizar que este coração (ético-jurídico) efetivamente esteja (ou, pelo menos, que venha a estar) a bater para todas as pessoas com a mesma intensidade. Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. Ob. cit., p. 144.

2.5 – A TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS INDIVIDUAIS

2.5.1 – Direitos fundamentais X relações privadas: correntes doutrinárias

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não dispõe expressamente sobre a vinculação dos direitos, liberdades e garantias individuais à terceiros e por isso poder-se-ia perguntar se é possível aplicar as normas consagradoras dos direitos fundamentais nas relações privadas?

Essa resposta, positiva ou negativa, ainda hoje gera polêmica, embora não se negue que o constitucionalismo contemporâneo tenha atribuído à Constituição a função de modelar também as relações sociais e econômicas, conforme ensina Eugênio Facchini Neto, ao contrário da concepção liberal clássica que somente visava limitar o poder político, sem afetar as relações privadas²⁷³.

Antes, é interessante destacar que há autores que repudiam a terminologia “eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas”. Neste sentido, Rogério Magnus Varela Gonçalves, com base no alerta feito por Peces Barba e Vieira de Andrade acerca da imprecisão da expressão supracitada, opta pela adoção do termo “validade dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares” em razão dos seguintes fatores:

- a) a pretensão da salvaguarda jusfundamental dos indivíduos nas relações privadas possui natureza jurídica material e não apenas processual. Logo, é mais técnico o uso do verbete “validade” em detrimento da palavra ‘eficácia’.
- b) a expressão “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais merece duplo reparo, eis que além do já exposto acima, o outro equívoco consiste no fato de que ela dá a falsa idéia de que os particulares estarão em posição igualitária em todas as relações jurídicas travadas entre pessoas de direito privado. Isso não é verdade, posto que são várias as relações jurídicas travadas sem a participação estatal direta em que um dos particulares contraentes está em posição de supremacia em face do outro particular negociante. A relação consumerista exemplifica esta questão. Sim, o poder econômico e o conhecimento técnico colocam o fornecedor de produto e/ou serviço como que em uma posição privilegiada em desprestígio do consumidor. Tanto isso é fato que é usual a

²⁷³ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 46.

criação de normas protetivas do consumidor com o intuito de equilibrar esta balança que lhe é desfavorável. Logo, não obstante seja uma relação firmada entre dois particulares, há certa verticalidade entre eles.²⁷⁴

Entretanto, essa questão terminológica é meramente retórica, mormente que, conforme ensina Miguel Reale, na validade da norma jurídica, como gênero, estão incluídos três aspectos: a validade formal ou técnica-legislativa (vigência), a validade social (eficácia ou efetividade) e a validade ética (fundamento), como espécies²⁷⁵. Ao considerar a eficácia uma regra jurídica enquanto momento da conduta humana, acrescenta:

A sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o Direito, é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade. [...] O Direito autêntico não é apenas declarado, mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte, ser *formalmente válida e socialmente eficaz*.²⁷⁶

Especificamente no que tange à chamada “eficácia horizontal”, não se questiona a validade da Constituição da República, mas a sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das conseqüências que lhe são próprias²⁷⁷ entre os particulares. Aliás, consoante ensina Luís Roberto Barroso, as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa²⁷⁸.

A partir dessa premissa, a expressão adotada nesta dissertação – eficácia horizontal –, a saber, será aquela adotada por diversos autores, como por exemplo, Daniel Sarmento²⁷⁹.

Embora o artigo 5º, § 1º, da Constituição da República de 1998 estabeleça que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, são auto-aplicáveis, o fato é a nossa Lei Maior não estende expressamente essa

²⁷⁴ GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. Obra citada, p. 95.

²⁷⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 105. (grifos no original)

²⁷⁶ Idem, ibidem, p. 112-113.

²⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 83.

²⁷⁸ Idem, ibidem, p. 89.

²⁷⁹ Daniel Sarmento, em sua obra “Direitos fundamentais e relações privadas”, já mencionada nesta dissertação, intitula a segunda parte como “A eficácia horizontal dos direitos fundamentais”.

eficácia às relações privadas de forma expressa. Ingo Wolfgang Sarlet, aliás, informa que parte da doutrina sustenta que a norma contida naquele dispositivo constitucional confere vinculação de todos os órgãos públicos e particulares aos direitos fundamentais, no sentido que os primeiros estão obrigados a aplicá-los e os segundos a cumpri-los, independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo²⁸⁰.

Todavia, em que pese esse entendimento, é necessário delinear os contornos das teorias existentes sobre a chamada eficácia dos direitos fundamentais sobre terceiros (particulares).

Várias correntes são postas no mundo jurídico para atribuir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

José Joaquim Gomes Canotilho informa que a Constituição Portuguesa de 1976, em seu artigo 18º, consagra essa possibilidade ao estabelecer que: “1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

A vinculação de entidades privadas, prevista na Constituição de Portugal, segundo aquele constitucionalista português, significa que os efeitos dos direitos fundamentais deixam de ser apenas efeitos verticais perante o Estado para passarem a ser efeitos horizontais perante entidades privadas (efeitos externo dos direitos fundamentais)²⁸¹.

Deste ponto, José Joaquim Gomes Canotilho traz um estudo sobre a “eficácia externa”, ou também chamada de “eficácia em relação a terceiros” ou ainda, modernamente, de “efeitos horizontais”, para se entender como se concebe esta eficácia²⁸². Para tanto, se reporta a duas teorias: 1) teoria da eficácia direta ou imediata

²⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Ob. cit., p. 282.

²⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Obra citada, p. 1269.

²⁸² Canotilho apresenta seis grupos com diferentes aplicações da eficácia horizontal dos direitos, liberdade e garantias: grupo I – eficácia horizontal expressamente consagrada na Constituição, quando o particular pode invocar imediatamente a norma constitucional; grupo II – eficácia horizontal através da mediação do legislador no âmbito da ordem jurídica privada, quando vincula o legislador “da ordem jurídica privada” a aplicar e cumprir as normas de direitos, liberdades e garantias; grupo III – eficácia horizontal imediata e mediação do juiz, quando afirma que os Tribunais devem encontrar uma solução justa para o caso de conflitos de posições fundamentais; grupo IV – poderes privados e eficácia horizontal, onde se encontram os casos mais delicados da problemática da eficácia vinculativa das normas de direitos fundamentais, onde é maior a complexidade por resultar não apenas dos poderes públicos, mas também de poderes privados (associações, empresas, igrejas, etc.), inclusive citando

(*unmittelbare, direkte drittwirkung*) e 2) teoria da eficácia indireta ou mediata (*mittelbare, indirekte drittwirkung*), assim explicadas:

De acordo com a primeira teoria – a teoria da eficácia directa -, os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga aplicam-se obrigatória e directamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais ou colectivas). Teriam, pois, eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos, fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias. Para a teoria referida em segundo lugar – a teoria da eficácia indirecta -, os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indirecta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exercer-se-ia *prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantias.²⁸³

Daniel Sarmento colaciona as várias correntes para negar ou admitir a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. Vejam-se as três principais, sendo as duas primeiras igualmente referidas por José Joaquim Gomes Canotilho:

A primeira corrente – da eficácia indireta ou mediata (*mittelbare indirekte Drittwirkung*) – liderada pelo alemão Günter Dürig (obra publicada em 1956), é até hoje adotada pela maioria dos juristas alemães. Em resumo, segundo Daniel Sarmento, a teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional²⁸⁴. Via de consequente, para os seguidores dessa corrente, cabe, antes de tudo, ao legislador privado a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, estabelecendo

exemplos na esfera do direito do trabalho; grupo V – o núcleo irreductível da autonomia pessoal, trazendo a possibilidade de soluções diferenciadas para cada caso concreto, de forma justa, sem desprezar o valor dos direitos, liberdades e garantias e não podendo ser base de justificativa para a chamada “dupla ética”, que ocorre, como exemplo, quando se considera como violação da integridade física e moral a exigência de testes de gravidez às mulheres que procuram um emprego público e, ao mesmo tempo, se toleram e aceitam esses mesmos testes quando o pedido de emprego é feito a entidades privadas, em nome da “produtividade das empresas” e da “autonomia contratual e empresarial”; e, grupo VI – direitos subjetivos públicos e direitos subjetivos privados, ou seja, se os direitos fundamentais têm eficácia nas relações jurídicas civis com direitos privados ou como direitos subjetivos públicos, a resposta é que os direitos, liberdades e garantias são hoje direitos subjetivos, independente do carácter público ou privado. Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Obra citada, p. 1272-1277.

²⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Obra citada, p. 1268-1269.

²⁸⁴ SARMENTO, Daniel. Obra citada, p. 198.

uma disciplina das relações privadas que se revele compatível com os valores constitucionais²⁸⁵.

É oportuno identificar que na doutrina alemã há uma variação desta teoria, sustentada por Claus-Wilhelm Canaris. É a chamada de doutrina dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais²⁸⁶. Claus-Wilhelm Canaris rejeitou a teoria da eficácia imediata em relação a terceiros porque privaria a autonomia e autenticidade, em especial, do direito dos contratos e da responsabilidade civil, com conseqüências dogmáticas insustentáveis²⁸⁷. Então, sustenta que os sujeitos de direito privado e o seu comportamento não estão, em princípio, sujeitos à vinculação imediata aos direitos fundamentais²⁸⁸. Estes desenvolvem, porém, os seus efeitos nesta direção, por intermédio da sua função como imperativos de tutela²⁸⁹, ou seja, conforme explica Daniel Sarmiento, o Estado, além de editar normas e prestar a jurisdição, está obrigado não apenas a abster-se de violar os direitos fundamentais, como também a protegê-los diante das lesões e ameaças provenientes dos particulares²⁹⁰.

A segunda corrente – da eficácia direta ou imediata – (*unmittelbare direkte Drittwirkung*), igualmente com raízes no direito alemão, sendo seu precursor Hans Carl Nipperdey (início da década de 1950)²⁹¹. Referida tese, embora não tenha logrado grande aceitação da Alemanha, é majoritária em países europeus, como por exemplo, Portugal, diante da previsão do artigo 18º da sua Constituição, bem como na Espanha²⁹² e Itália²⁹³. Essa corrente reconhece a ampla oponibilidade dos direitos

²⁸⁵ SARMENTO, Daniel. Obra citada, p. 200.

²⁸⁶ Assim denominada por Daniel Sarmiento, que também cita outros juristas alemães adeptos dessa corrente, como Joseph Isensee, Stefan Oeter e Klaus Stern. Cfr. SARMENTO, Daniel. Obra citada, p. 216.

²⁸⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006. p. 53-54.

²⁸⁸ Idem, ibidem, p. 132.

²⁸⁹ Idem, ibidem, p. 132.

²⁹⁰ SARMENTO, Daniel. Obra citada, p. 217.

²⁹¹ Idem, ibidem, p. 204.

²⁹² Daniel Sarmiento explica que na Espanha o texto constitucional é silente sobre a matéria, mas autores como Tomás Quadra-Salcedo, Juan Maria Bilbao Ubillos, Pedro de Veja Garcia, Antonio-Enrique Perez Luño e Rafael Naranjo de la Cruz, dentre outros, se manifestaram claramente em prol desta doutrina. Cfr. SARMENTO, Daniel. Obra citada, p. 206.

²⁹³ Na Itália, informa Daniel Sarmiento, o texto constitucional de 1947 não aponta a mesma clareza da Constituição Portuguesa, mas o ideário que a fundamentou, do Estado Social, rechaça a visão liberal dos direitos fundamentais. Por isso a jurisprudência italiana aderiu à teoria da eficácia direta dos direitos

fundamentais nas relações privadas, eis que não é apenas o Estado o agente capaz de violar os mesmos.

A terceira corrente nega a oponibilidade dos direitos fundamentais entre particulares, sendo a adotada pelos norte-americanos, mais conhecida como doutrina da *state action*²⁹⁴. Essa corrente dispõe que apenas o Estado está sujeito à observância das garantias fundamentais, isto é, os direitos fundamentais vinculam apenas os Poderes Públicos. Naquele País é praticamente consenso o fato de que o *bill of rights*, Carta que veicula os direitos fundamentais naquela nação, impõe limitação apenas aos poderes públicos, não atribuindo aos particulares direitos fundamentais frente a outros particulares, com exceção da 13ª Emenda, responsável por coibir a escravidão. Por outro lado, há nessa corrente uma certa margem de tolerância, posto que ressalva a oponibilidade de direitos fundamentais entre particulares se um deles estiver no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal, assim como vincula à observância de direitos fundamentais aqueles particulares que recebem benefícios fiscais e subsídios do Estado (os norte-americanos chamam de *public function theory*)²⁹⁵. Daniel Sarmento tece sua opinião sobre a referida doutrina, no seguinte sentido:

Enfim, parece-nos que a doutrina da *state action*, apesar dos erráticos temperamentos que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que os maiores perigos e ameaças a estes não provém apenas do Estado, mas também de grupos, pessoas e organizações privadas. Ademais, ela não foi capaz de construir *standards* minimamente seguros e confiáveis na jurisdição constitucional norte-americana. Tal teoria está profundamente associada ao radical individualismo que caracteriza a Constituição e a cultura jurídica em geral do Estados Unidos [...].²⁹⁶

fundamentais às relações privadas e o mesmo ocorreu com a doutrina, sendo possível citar Pietro Perlingeri, Vezio Crisafulli e Alessandro Pace. Cfr. SARMENTO, Daniel. Obra citada, p. 213-214.

²⁹⁴ SARMENTO, Daniel. Obra citada, p. 189.

²⁹⁵ Essa mitigação foi aplicada no caso *Marsh v. Alabama*, julgado em 1946, ocasião em que a Suprema Corte Norte-Americana declarou inválida a proibição, levada a efeito por uma empresa privada detentora de terras no interior das quais se localizavam ruas, residências, estabelecimentos comerciais, de que houvesse a pregação de Testemunhas de Jeová no interior de sua propriedade, conquanto ao manter uma “cidade privada”, a empresa se equiparava ao próprio Estado, se sujeitando à 1ª Emenda da Constituição Norte-Americana, que assegura a liberdade de culto. Cfr. SARMENTO, Daniel. Obra citada, p. 190-191.

²⁹⁶ SARMENTO, Daniel. Obra citada, p. 196-197. (grifos no original)

Como foi visto, as três correntes possuem pontos de inegável consistência jurídica para negar ou admitir a eficácia horizontal, ou mesmo para relativizar, mas certamente a segunda corrente (teoria da eficácia direta) é aquele melhor se amolda na construção de um Brasil mais justo e solidário, consoante a doutrina pátria vem entendendo.

2.5.2 – Posição da doutrina e da jurisprudência brasileira

Diferentemente do que ocorre em Portugal, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não estabeleceu qualquer regra expressa de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Por outro lado, a doutrina pátria é homogênea em aceitar a eficácia horizontal, com algumas variantes para cada jurista.

Ingo Wolfgang Sarlet lança sua posição favoravelmente ao reconhecimento da eficácia imediata dos direitos fundamentais na seara privada, embora também reconheça que a incidência dependerá, para cada caso concreto, de uma ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um²⁹⁷.

Na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, Luiz Edson Fachin manifestou-se afirmando que a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais à relações privadas é derivada da própria natureza intrínseca da dignidade da pessoa humana com princípio fundamental que promove a integração normativa do ordenamento jurídico. Eis o fio condutor da travessia para o Direito Civil contemporâneo²⁹⁸.

Daniel Sarmento²⁹⁹ também é defensor da teoria da eficácia horizontal, consoante infere:

²⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Ob. cit., p. 408.

²⁹⁸ FACHIN, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p. 93.

No Brasil, considerando a moldura axiológica da Constituição de 88, é indubitoso que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata, ressalvados aqueles direitos que, pela sua própria natureza, só podem produzir efeitos em face do Estado (e.g, direitos do preso). A Carta de 88 não chancelou a clivagem absoluta entre o público e privado, na qual se assentam as teses que buscam negar ou minimizar a incidência da Constituição e dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. [...]. O reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não importa em amesquinamento do papel do legislador nesta seara. Cabe ao legislador, num primeiro momento, concretizar os direitos fundamentais na esfera privada, empreendendo a ponderação de interesses necessária com a autonomia individual dos particulares. As ponderações do legislador, em princípio, devem ser respeitadas pelo Judiciário, diante da presunção de constitucionalidade das leis, que deriva do reconhecimento da sua intrínseca legitimidade democrática. Porém, em face da ausência de norma adequada, ou quando a que tiver sido editada pelo legislador afasta-se dos parâmetros axiológicos extraídos da Constituição, deverá o Judiciário aplicar diretamente os direitos fundamentais na resolução dos litígios privados.³⁰⁰

Ainda neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes, que eleva a importância da hermenêutica jurídica, assevera que mesmo quando o legislador ordinário permanece inerte devem o juiz e o jurista proceder ao inadiável trabalho de adequação da legislação civil, através de interpretações dotadas de particular “sensibilidade constitucional” que, em última análise, e sempre, verifiquem o teor e o espírito da Constituição³⁰¹.

Para Gilmar Ferreira Mendes, os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Assim, enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor seus interesses não só em face dos órgãos obrigados, mas também em face de particulares, determinando a abstenção de atos que impeçam a realização daqueles interesses legítimos do cidadão, ou, ainda, que venham a propiciar

²⁹⁹ Daniel Sarmiento ainda aponta outros doutrinadores que se filiam à teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, como Wilson Steinmetz, Luís Roberto Barroso, Virgílio Afonso da Silva, Carlos Roberto Siqueira Castro, Gustavo Tepedino, Paulo Gustavo Gonet Branco, Marcos Augusto Maliska e André Ramos Tavares. Cfr. SARMENTO, Daniel. *Obra citada*, p. 246-250.

³⁰⁰ SARMENTO, Daniel. *Obra citada*, p. 328-329.

³⁰¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, Departamento de Ciências Jurídicas da PUC/RJ, vol. 1, 1991. Não paginado.

o pleno gozo e fruição dos mesmos³⁰². Essa posição foi defendida por Gilmar Ferreira Mendes enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, em caso concreto, no Recurso Extraordinário 201819, cuja ementa abaixo se transcreve:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a

³⁰² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 2-4.

própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.³⁰³

Cabe destacar o seguinte trecho do voto do Ministro Celso de Mello no mencionado Recurso Extraordinário:

É por essa que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de sua relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Luciano Dalvi identifica nesse importante julgamento o reconhecimento do Poder Judiciário da eficácia dos direitos humanos na relação entre particulares. Conclui, portanto, que é nítida a relação da eficácia horizontal dos direitos humanos com a construção de uma sociedade mais justa, humana, solidária e com uma dignidade humana respeitada singular e conjuntamente no seio social³⁰⁴.

Para Antônio Augusto Cançado Trindade, ao tratar da questão do *drittwirkung* para garantir o direito ao meio ambiente sadio, conclui que há de ter efeito direto em relação a particulares terceiros, de modo a assegurar sua proteção eficaz³⁰⁵. Diz ele que *drittwirukng* equivale à situação em que todos são beneficiários daquele direito e todos têm deveres *vis-à-vis* os demais cidadãos e grupos sociais e *vis-à-vis* toda a comunidade³⁰⁶.

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201819, da 2ª Turma. Recorrente: UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES – UBC. Recorrido: ARTHUR RODRIGUES VILLARINHO. Redator do Acórdão Min. Gilmar Mendes. DJU 27/10/2006, p. 64. *Juris Síntese IOB*, Porto Alegre, n. 68, nov./dez. 2007. Não paginado. CD-ROM.

³⁰⁴ DALVI, Luciano. *Curso de direito constitucional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 86.

³⁰⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção ambiental*. Ob. cit., p. 150.

³⁰⁶ Idem, *ibidem*, p. 150.

Na seara dos juslaboristas, cabe enfatizar José Affonso Dallegrave Neto, encomiástico defensor dos direitos sociais e adepto da aplicação dos preceitos constitucionais na ordem privada, que bem salienta a necessidade premente de uma hermenêutica axiológica baseada na Constituição da República de 1988:

Findou o tempo em que o magistrado acolhia somente os pedidos fundamentados na rigorosa interpretação literal da lei. Isso ocorreu na era do Positivismo Científico dos séculos XVIII e XIX quando, em nome da 'segurança jurídica', sequer se admitia a hipótese de existência de lacunas dentro do direito positivo. Vive-se hoje uma nova ordem jurídica em que os princípios e valores estampados na Constituição Federal e nas legislações esparsas vinculam o operador jurídico. Um tempo em que a exegese sistêmica prefere a gramática.³⁰⁷

De igual modo, José Antônio Peres Gediel é categórico em afirmar que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é exigência do projeto político e da normatividade constitucional assumidos pela sociedade brasileira de 1988³⁰⁸.

Sidnei Machado compartilha do mesmo entendimento, salientando que a relação de trabalho é o local privilegiado para enfrentamento da questão da eficácia dos direitos fundamentais em face da autonomia privada dos particulares, embora há muito se consolidou o entendimento sobre a sua limitação no direito laboral³⁰⁹.

Por outro ângulo, Alice Monteiro de Barros defende a aplicação imediata dos direitos fundamentais e sua vinculação aos particulares, que pode se dar pela penetração desses direitos mediante pelo ordenamento internacional sobre direitos humanos³¹⁰.

Quanto ao entendimento dos Tribunais, há muito tempo têm, acertadamente, utilizado diretamente os direitos fundamentais para dirimir conflitos de ordem privada. Acontece que, com raras exceções, os julgamentos não são precedidos de fundamentação teórica sobre o assunto em tela. Apenas há pouco tempo o tema tem

³⁰⁷ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. Ob. cit., p. 141.

³⁰⁸ GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 157.

³⁰⁹ MACHADO, Sidnei. Obra citada, p. 84.

³¹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. Ob. cit., p. 619.

encontrado eco na jurisprudência nacional, conforme se infere das recentes ementas exemplificativas:

153140195 I. – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – II – NOTÍCIA JORNALÍSTICA SOBRE MORTE DE ASSALTANTE, COM EXIBIÇÃO DE FOTOGRAFIA – DOCUMENTOS DO AUTOR QUE FORAM FURTADOS E ENCONTRADOS NO BOLSO DO ASSALTANTE – EQUÍVOCO – EXPOSIÇÃO INDEVIDA DO NOME E DA IMAGEM DO AUTOR – III – ATIVIDADE DE RISCO – AUSÊNCIA DE QUALQUER DILIGÊNCIA A RESPEITO DA REAL IDENTIDADE DO ASSALTANTE – APLICAÇÃO DO ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO DO CC – ENUNCIADO 38 DO CEJ – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – IV – O ART. 49 CAPUT DA LEI 5.250/67 NÃO É IMPEDIMENTO PARA A APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL QUANDO SE TRATAR DE ATIVIDADE DE RISCO, DADA A ESPECIFICIDADE DESTA REGRA – V – **PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS** – IMPOSIÇÃO DE OBSERVÂNCIA QUE ALCANÇA TAMBÉM OS ENTES PRIVADOS, PRINCIPALMENTE QUANDO ENTRE ELÉS HÁ UMA SIGNIFICATIVA DIFERENÇA ECONÔMICA, SOCIAL E DE INFLUÊNCIA – VI – APLICAÇÃO DOS ARTS. 14 E 19 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO – VII – DANO MORAL CARACTERIZADO – PEDIDO PROCEDENTE – VALOR DA INDENIZAÇÃO R\$ 20.000,00 – VIII – RECURSO PROVIDO – Configura dano moral a publicação em jornal do nome e fotografia de pessoa, como assaltante, que teve seus documentos furtados, os quais foram encontrados no bolso daquele, sem que houvesse qualquer diligência no sentido de conferir a identificação. (TJPR – AC 0442493-3 – 8ª C. Cív. – Rel. Juiz Jorge de Oliveira Vargas – DJPR 07.03.2008)³¹¹

42128925 – DIREITO DE DEFESA – RELAÇÃO DE EMPREGO – PROCEDIMENTO INTERNO PARA DESPEDIDA – EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS – **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais não só incidem sobre as relações jurídicas mantidas em face do Estado, mas, também, nas relações de direito privado.** Partindo-se do pressuposto de que os direitos fundamentais incidem nas relações entre particulares, é inexorável concluir que a cláusula que impõe o respeito ao devido processo quando se deseja restringir direitos ou bens também se inserem nas relações entre particulares. Nula é a despedida que não observa o direito de defesa do empregado em procedimento interno da empresa tendente a confirmar a intenção do empregador em despedir o trabalhador. (TRT 5ª R. – RO 00811-2002-134-05-00-9 – (8544/07) – 4ª T. – Rel. Juiz Conv. Edilton Meireles – J. 10.04.2007)³¹²

³¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 0442493-3, da 8ª Câmara Cível. Relator do Acórdão Juiz Convocado Jorge de Oliveira Vargas. DJPR 07/03/2008. *Juris Síntese IOB*, Porto Alegre, n. 71, maio/jun. 2008. Não paginado. CD-ROM. (grifou-se)

³¹² BRASIL. Tribunal do Trabalho da 5ª Região (Bahia). Recurso Ordinário nº 00811-2002-134-05-00-9, da 4ª Turma. Relator do Acórdão Juiz Convocado Edilton Meireles. DJBA 19/04/2007. *Juris Síntese IOB*, Porto Alegre, n. 71, maio/jun. 2008. Não paginado. CD-ROM. (grifou-se)

O Superior Tribunal de Justiça também vem julgando de acordo com a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, embora não tenha adotado o termo “eficácia horizontal”, cumprindo destacar a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS – PRISÃO CIVIL – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – DIREITOS FUNDAMENTAIS DE IGUALDADE E LIBERDADE – CLÁUSULA GERAL DOS BONS COSTUMES E REGRA DE INTERPRETAÇÃO DA LEI SEGUNDO SEUS FINS SOCIAIS – Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. **Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida. (STJ – HC 12547 – DF – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 12.02.2001 – p. 00115)**³¹³

Veja-se, portanto, que a doutrina pátria, pelo menos a sua grande maioria, é adepta à corrente da eficácia imediata, principalmente em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, que, frise-se, é um princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Mas deve-se registrar que a aplicação mitigada da teoria da eficácia horizontal é defendida pela maioria da doutrina, adotando-se um critério de ponderação com o princípio da autonomia privada, desde que jamais viole os motes axiológicos da Carta Magna de 1988, em especial o mencionado princípio da dignidade da pessoa humana.

2.5.3 – Conflitos entre direitos fundamentais: a ponderação de bens e valores

Sem dúvidas, a adoção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais pode gerar conflitos entre bens e valores de mesma hierarquia constitucional. Mas como solucionar esse conflito?

³¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 12547, da 8ª Turma. Relator do Acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJU 12/02/2001, p. 115. (grifou-se)

Prefacialmente, é importante colacionar a clássica lição de Robert Alexy para a solução do conflito de regras e princípios, ambos situados como normas jurídicas. O conflito de regras resolve na dimensão da “validade”, enquanto a colisão de princípio na dimensão do “valor”, melhor explicando:

Cuando los principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.³¹⁴

Com efeito, na viragem paradigmática do pós-positivismo, o ensinamento de Robert Alexy em muito contribuiu para novos estudos de técnicas de solução no conflito entre direitos fundamentais, mormente na hipótese da adoção da eficácia horizontal quando então várias serão os casos de conflitos entre particulares detentores de diferentes direitos fundamentais.

Luís Roberto Barroso adota uma metodologia que denomina de “ponderação de bens e valores”, que inspirou o título deste item da dissertação, consistente em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas³¹⁵. Para este jurista, o fim condutor da ponderação é o princípio instrumental da proporcionalidade, ou da razoabilidade, assim definido:

³¹⁴ ALEXY, Robert. Obra citada, p. 89.

³¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. Ob. cit., p. 358.

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir-se se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.³¹⁶

Nesta linha de raciocínio, Maria Celina Bodin de Moraes, ao considerar que a Constituição da República de 1988 garante tutela especial e privilegiada a qualquer pessoa humana, afirma que no caso de um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, dessa forma, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como valor cardinal do sistema³¹⁷.

José Carlos Viera de Andrade compartilha dessa idéia, pois reconhece a possibilidade de conflitos de direitos fundamentais entre particulares, e apresenta a seguinte solução passível: aceitar a liberdade de atuação individual, mas só desde que não prejudique intoleravelmente a idéia da dignidade da pessoa humana³¹⁸. Acrescenta:

[...] lembrar-se-á que as normas de direito privado contém cláusulas gerais que também permitem à jurisprudência graduar, dentro de certos limites, a influência dos princípios constitucionais, ponderando, consoante as circunstâncias concretas dos casos, numa perspectiva de adequação social, a medida em que o sentimento jurídico comunitário exige a restrição da liberdade de cada indivíduo para a defesa da liberdade e da dignidade dos outros homens. Fica, pois, aberta a possibilidade de o legislador ou o juiz comprimirem a liberdade individual para a preservação ou repressão de situações de injustiça e que o abuso da liberdade por vezes conduz, quando sejam intoleráveis para o sentimento jurídico geral.³¹⁹

³¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. Ob. cit., p. 224.

³¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. Ob. cit., p. 145.

³¹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 295.

³¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 295-296.

De igual modo, após a compreensão do tema da eficácia horizontal, José Joaquim Gomes Canotilho adotou uma posição moderada com relação à disposição da Constituição de Portugal, embora ainda seja fiel à corrente da eficácia imediata, sugerindo a necessidade de “soluções diferenciadas” em decorrência da multifuncionalidade ou pluralidade de funções dos direitos fundamentais, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o referente de direito fundamental que estiver em causa no caso concreto³²⁰.

Efetivamente, a adoção da razoabilidade como critério da ponderação é um importante mecanismo para valorar os direitos fundamentais em conflito. Todavia, na seara do meio ambiente do trabalho, sobretudo em razão da proteção à pessoa humana, sempre sobressairá o princípio da dignidade da pessoa humana quando este estiver em jogo.

2.6 – A APLICAÇÃO DA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL NO DIREITO DO TRABALHO

2.6.1 – A superação da teoria do Direito do Trabalho como ramo do Direito Privado: a constitucionalização do Direito Privado

A dicotomia³²¹ entre o Direito público e o Direito privado tem origem nos auspícios da ideologia liberal dos anos oitocentistas, oriunda da Revolução Francesa (*laissez faire*), arraigado no patrimonialismo e individualismo, atualmente está superado

³²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Obra citada, p. 1271.

³²¹ Marcos de Campos Ludwig esclarece que a “distinção” é antiga, mas a “dicotomia” é recente. A distinção entre Direito Público e Privado remonta da antiga Roma, onde a divisão entre *ius publicum* e *ius privatum* se referia a algo substancialmente diverso do que hoje se entende por essas expressões. A dicotomia, como critério dotado de pretensão científica, veio afinal manifestar-se claramente através da técnica normativa adotada pelos países da família romano-germânica, a partir da Revolução Francesa, para moldar seus ordenamentos jurídicos. Nessa época, surgiu o outro pólo da relação que hoje conhecemos – a Constituição (LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexo dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 94-96).

em virtude da compreensão de que o sistema jurídico é um só³²², estancado na base axiológica da Constituição.

Norberto Bobbio, ao tratar das grandes dicotomias do Direito, ensina que no caso da distinção entre direito privado e público, esta dicotomia surgiu no século passado, à medida que a contraposição sociedade civil e Estado ganhava espaço e se evidenciava a prioridade da primeira em relação ao segundo, afirmando-se a idéia do progressivo depericimento do Estado, preconizou-se o advento do momento privatista do direito (é neste sentido que se deve interpretar, do ponto de vista da teoria geral do direito, a tese da passagem da sociedade de *status* para a de *contractus*)³²³. Continua:

Em seguida, houve uma inversão de tendência: já no início deste século, obras sobre o inexorável declínio das instituições tradicionais do direito privado chamavam a atenção para o fenômeno contrário, isto é, para a progressiva publicização do sistema jurídico. Menosprezada como um mal, ou exaltada como um bem, essa tendência foi reconhecida de modo unânime como uma das características do direito contemporâneo. Que tal tendência tenha sido vista no primado das relações de subordinação sobre as de coordenação, ou das normas de organização sobre as de conduta, ou do momento da heteronomia sobre o da autonomia, ou da vontade coletiva sobre a soma das vontades individuais, e assim por diante, não tem grande importância em relação à opinião concorde sobre o caráter do processo, que distinguiria a evolução do direito na passagem do Estado liberal para o social, do Estado tutor da ordem pública para o Estado curador e promotor do bem-estar público.³²⁴

Com efeito, essa viragem para a publicização do Direito Privado, fruto da assunção do Estado Social (Estado intervencionista), teve por base a defesa no existencialismo, resultando na chamada “despatrimonialização”, ou também chamado de “constitucionalização”, do direito privado. Nesta tessitura, Paulo Luiz Netto Lôbo leciona:

A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social. O conteúdo conceptual, a

³²² FREITAS, Juarez. Obra citada, p. 227.

³²³ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*: novos estudos da teoria do direito. Tradução de Daniela Baccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 146. (grifo no original)

³²⁴ Idem, *ibidem*, p. 146-147.

natureza, as finalidades dos institutos básicos do direito civil, nomeadamente a família, a propriedade e o contrato, não são mais os mesmos que vieram do individualismo jurídico e da ideologia liberal oitocentista, cujos traços marcantes persistem na legislação civil. As funções do Código esmaeceram-se, tornando-o obstáculo à compreensão do direito civil atual e de seu real destinatário; sai de cena o indivíduo proprietário para revelar, em todas suas vicissitudes, a pessoa humana. Despontam a afetividade, como valor essencial da família; a função social, como conteúdo e não penas como limite, da propriedade, nas dimensões variadas; o princípio da equivalência material e a tutela do contratante mais fraco, no contrato.³²⁵

O termo “despatrimonialização” foi adotado por Pietro Perlingieri, civilista italiano, que suscitou o debate moderno para uma nova roupagem do direito privado, devendo prevalecer a “pessoa” sobre qualquer “valor patrimonial”. Para Pietro Perlingieri, deve ocorrer uma passagem da jurisprudência civil baseada nos interesses patrimoniais para uma mais atenta aos valores existenciais. Assim se posicionou:

[...] com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre o personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtismo, antes, e do consumismo, depois).³²⁶

O direito civil é hoje evidentemente diverso daquele que tinha lugar no período oitocentista, explica Michele Costa da Silveira, pelos estancos limites do indivíduo, da família, da propriedade, do contrato e da responsabilidade civil³²⁷. Agora, diz ela,

É buscada à luz da Constituição a renovação do direito privado, à medida que as normas consideradas ‘privadas’ invadem a Carta, o que somente faz reforçar a constatação da invalidade da perspectiva dicotômica dos dois clássicos ramos do ordenamento, nos quais a modificação dos padrões constitucionais passa a iluminar o direito privado. Na verdade, o direito civil hoje se funda necessariamente em um ser social, que possui uma perspectiva pública e uma privada, cuja dignidade deve ser assegurada, partindo-se da premissa de que o mesmo direito civil deve resguardar ‘valores existenciais’, modificando-se a idéia da tutela de especialmente, ‘valores patrimoniais’.³²⁸

³²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Mundo Jurídico*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=64>. Acesso em: 03 set. 2007.

³²⁶ PERLINGIERI, Pietro. Obra citada, p. 33.

³²⁷ SILVEIRA, Michele Costa. As grandes metáforas da bipolaridade. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexo dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 48.

³²⁸ Idem, *ibidem*, p. 48-49.

Zulmar Fachin possui o mesmo entendimento, afirmando que o novel Direito Civil Constitucional assenta no princípio da dignidade da pessoa humana a posição central axiológica no desenvolvimento das relações jurídicas entre os particulares³²⁹.

Juarez Freitas possui uma visão bastante eloqüente sobre o fenômeno da constitucionalização do Direito, pois para ele

O Direito privado e o Direito público – nada obstante persistirem diferenças funcionais (ex: maior ou menor grau de transparência nas relações jurídicas), que não podem ser esmaecidas por inteiro, sob pena de se reeditarem lamentáveis equívocos ‘patrimonialistas’ – precisam encontrar os seus fundamentos mais profundos no bojo da Constituição, uma que, a rigor, implícita ou explicitamente, qualquer seara deve ser vista como campo nobre de incidência e de concretização das regras e princípios constitucionais.³³⁰

De fato, a separação entre o Direito privado e o Direito público tem fundamento no plano didático e prático³³¹. Para Roberto de Ruggiero, público será o Direito que tenha por finalidade regular as relações do Estado com outro Estado ou as do Estado com os seus súditos (idéia de titularidade), procedendo em razão do poder soberano e atuando na tutela de bem coletivo (idéia de interesse); privado, por sua vez, será o Direito que discipline as relações entre pessoas singulares (titularidade), nos quais predomine imediatamente o interesse de ordem particular (interesse)³³².

Com relação ao Direito do Trabalho, ensina José Antônio Peres Gediel que este ramo do Direito, para cumprir sua função instrumental, em sua vertente liberal, buscou no Direito Privado o instrumento jurídico do contrato, e focou o trabalho, principalmente, como objeto de uma operação econômica e como objeto da relação jurídica contratualizada³³³. Por tal motivo Amauri Mascaro Nascimento entende que o Direito do

³²⁹ FACHIN, Zulmar. Obra citada, p. 23.

³³⁰ FREITAS, Juarez. Obra citada, p. 227.

³³¹ Outros autores, como Rizzatto Nunes, dividem o Direito Positivo, além do direito público e direito privado, em mais um ramo, chamado de difuso, ou, para outros, de misto, decorrentes da migração do Direito Privado ante a mitigação da plena autonomia da vontade privada, como acontece no Direito do Trabalho e Direito do Consumidor, porquanto haveria a interferência do Estado nas relações de índole privada, a fim de resguardar direitos mínimos. Para esse jurista, o Direito do Trabalho, o Direito Previdenciário, o Direito Econômico, o Direito do Consumidor, o Direito Ambiental e o Direito Internacional Privado estão enquadrados como ramos do Direito Difuso, como terceira espécie do Direito Positivo (NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 138).

³³² RUGGIERO, Roberto de. Obra citada, p. 46-47.

³³³ GEDIEL, José Antônio Peres. Obra citada, p. 154.

Trabalho é ramo do Direito privado, vez que regula interesses imediatos dos particulares, é pluricêntrico, e tanto a convenção coletiva de trabalho como o contrato individual não se desvinculam do âmbito do Direito privado³³⁴.

Todavia, assim como o Direito Civil contemporâneo, iluminado pela luz do constitucionalismo pós-positivista, que deve ser aberto, móvel, entremeado por cláusulas gerais, para que seus institutos jurídicos possam ser constantemente arejados pelos princípios constitucionais fundamentais³³⁵, o Direito do Trabalho se imiscui dessa nova roupagem, ainda mais porque o objetivo de proteção desse ramo do Direito é a pessoa do trabalhador, alvo de tutela permanente com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Como observa José Antônio Peres Gediel, a cultura juslaboralista contemporânea tem-se mostrado sensível aos movimentos teóricos e às construções normativas resultantes de transformações sociais recentes e, sobretudo, a Justiça do Trabalho brasileira vem percebendo, com acuidade, as matizes constitucionais e a especificidade dos direitos fundamentais dos trabalhadores³³⁶.

Além do mais, o empregador privado (e mesmo o público) deverá ser - sempre - alcançado pela eficácia dos direitos fundamentais, ainda mais porque no Direito do Trabalho, de característica eminentemente protecionista, que nasceu de manifestações populares contra os abusos e descasos dos patrões, para os quais o proletariado prestava serviços em jornadas de trabalho de 14 a 16 horas seguidas, sem descanso, sem oportunidades de desenvolvimento intelectual, em um meio ambiente do trabalho insalubre e indigno, em ainda com a percepção de um baixo salário. Em represália a essa situação, como uma reação ao menoscabo do Estado Liberal, abrolha o Direito do Trabalho, e, lado a lado, o princípio tuitivo que lhe é base vital de sua sustentação existencial.

³³⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 246.

³³⁵ LUDWIG, Marcos de Campos. Obra citada, p. 113-114.

³³⁶ GEDIEL, José Antônio Peres. Obra citada, p. 156-157.

2.6.2 – A vinculação dos particulares aos princípios e direitos fundamentais

Embora já existam várias leis que determinam a aplicação concreta de direitos fundamentais previstos na CRFB/88, especialmente de cunho trabalhista³³⁷, sendo presumível afirmar que se teria adotado no Brasil a teoria da eficácia indireta ou mediata (*mittelbare indirekte Drittwirkung*), o fato é que, longe de discordar com essa corrente, mesmo porque entenda-se que o legislador privado deve sempre atuar em defesa do cidadão e também porque os direitos fundamentais não são normas programáticas, é perfeitamente possível, portanto, a aplicação da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais (*unmittelbare direkte Drittwirkung*) – eficácia horizontal.

Não se olvide que o Brasil constitui uma nação emergente, em que o desenvolvimento humano ainda está longe do ideal e por isso a Constituição estabeleceu os direitos fundamentais, dentro de uma concepção solidarista oriunda do Estado do “Bem Estar Social”. Acontece que de nada adianta a existência desse preceito se não for possível aplicá-lo. E também não basta reconhecer que os direitos fundamentais seriam oponíveis tão-somente contra o Estado, devendo, sim, vincular as relações privadas.

³³⁷ Como exemplo, cita-se a Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999, que inseriu na Consolidação das Leis do Trabalho – artigo 372-A; artigos 390-A à 390-E; e, artigo 392, § 4º, regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho, de forma a dar plena eficácia do disposto no inciso XX do artigo 7º da CRFB/88. Veja-se o teor do artigo 372-A da CLT:

Art. 372-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

Com efeito, reveste-se de suma importância o Poder Judiciário na sociedade brasileira, como legítimo controlador do Estado, embora seja comum pequena parte da doutrina apontar a falta de legitimidade do Judiciário para tanto, posto que não eleito pelo voto popular e também porque haveria sempre a necessidade de manter-se o princípio da separação dos poderes. Todavia, em caso de omissão do legislador privado, ou na hipótese de norma jurídica contrária aos preceitos insculpidos na Constituição da República de 1988, deve sim, o Judiciário, adotar uma postura que garanta ao cidadão o efetivo cumprimento de seus direitos fundamentais, em uma leitura proeminente da Constituição, de forma a concretizar os objetivos do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, Lênio Luiz Streck defende a importância da aplicação efetiva da Constituição:

É preciso, pois, dizer o óbvio: a Constituição constitui (no sentido fenomenológico-hermenêutico); a Constituição vincula (não metafisicamente); a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal. Afinal, como bem assinala Miguel Angel Pérez, *uma constituição democrática é, antes de tudo, normativa, de onde se extraem duas conclusões: que a Constituição contém mandatos jurídicos obrigatórios, e que estes mandatos jurídicos não somente são obrigatórios, mas muito mais do que isso, possuem uma especial força de obrigar, uma vez que a Constituição é a forma suprema de todo o ordenamento jurídico*. Para além disso, é preciso comunicar esse óbvio de que uma norma (texto) só será válida se estiver em conformidade com a Lei Maior! É, em síntese, o que se pode chamar de validade do texto condicionado a uma interpretação em conformidade com o Estado Democrático de Direito. Esse óbvio, entretanto, é mera aparência, diria Heidegger, isto porque o óbvio, para manter-se 'como' óbvio, deve permanecer escondido/ocultado. A obviedade somente exsurta 'como' obviedade a partir de seu des-velamento (algo como algo). E é, finalmente, esta a nossa tarefa: des-velar as obviedades do óbvio! Não esqueçamos, até porque poesia é *poiesis*, as palavras do poeta Hölderlin: 'O fogo mesmo dos deuses dia e noite nos empurra a seguir adiante. Venha! Olhemos os espaços abertos, busquemos o que nos pertence, por mais distante que esteja'.³³⁸

Karl Larenz ensina que, entre os princípios ético-jurídicos, aos quais a interpretação deve orientar-se, cabe uma importância acrescida aos princípios elevados

³³⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 323. (grifos no original)

a nível constitucional³³⁹. Para este jurista alemão, estes são, sobretudo, os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição.

Ao comentar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais transindividuais, neste incluído o direito ao meio ambiente ecologicamente preservado, Daniel Sarmiento não vislumbra qualquer razão objetiva para excluir a eficácia direta e imediata nas relações privadas, mesmo porque, diz ele, o artigo 225 da Constituição da República estabeleceu expressamente a defesa e preservação pelo Estado e por toda a coletividade³⁴⁰. Assim conclui:

Os direitos fundamentais de 3ª geração, como o direito ao meio ambiente e o direito à preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural, são dotados de eficácia *erga omnes*, porque se relacionam a bens jurídicos que podem ser atingidos por todos. A vinculação dos particulares a tais direitos difusos constitucionais não se esgotam em obrigações de abstenção. É possível extrair da ordem constitucional uma dimensão prestacional destes direitos, à qual os particulares também se vinculam. O principal instrumento para este fim é a função social da propriedade, que justifica o reconhecimento de deveres do proprietário ligados à promoção dos interesses transindividuais que se manifestem no bem da titularidade.³⁴¹

Um bom exemplo foi a 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em novembro do ano de 2007, onde foram aprovados setenta e nove enunciados³⁴² que poderão subsidiar a jurisprudência trabalhista. Os dois primeiros tratam dos direitos fundamentais (e sua dimensão objetiva), e demonstram a preocupação da magistratura trabalhista na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, *in verbis*:

³³⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 479.

³⁴⁰ SARMENTO, Daniel. *Obra citada*, p. 319.

³⁴¹ *Idem*, *ibidem*, p. 331. (grifo no original)

³⁴² Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/jornada/anexos/ementas_aprovadas.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2008.

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

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS – FORÇA NORMATIVA.

I – ART. 7º; INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, E FICÁCIA PLENA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVER DE PROTEÇÃO. A omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantindo aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária.

II – [...];

III – [...].

Para dar efetividade a essa conjectura, é importante destacar a chamada “jurisprudência dos valores”, oriunda do sistema jurídico alemão, cuja orientação é buscar na interpretação da lei os valores por ela tutelados. Ensina Torquato Castro Junior que a vigência do direito positivo não é negada, ao contrário, é confirmada, mas suas palavras ganham vida, ganham luz, não são mais simples palavras, são “valores”; deixou-se para trás o apego descritivo positivista, em favor de uma abordagem crítico-valorativa. Substitui-se a ênfase no descrever pela do compreender³⁴³. Na lição profícua de José Lamartine Correia de Oliveira,

Deve-se abrir caminho para uma jurisprudência de valorações, ou de valores, que busca uma exegese da lei em consonância com os valores imanentes à própria lei. A interpretação teleológica seria parte do método novo. Na verdade, porém, não basta a busca de determinação de valores imanentes à lei. O velho anseio do pensamento jusnaturalista renasce e o que outras correntes começam aos poucos a buscar é a determinação dos limites a que está submetido o próprio legislador. Tais limites radicam, basicamente, nas ‘estruturas ontológicas e axiológicas da vida humana’. Têm os legisladores, portanto, por limites, o *ser* e o *valor*.³⁴⁴

Neste desiderato, a jurisprudência dos valores emite efeitos reflexos no Brasil, onde o aplicador do direito deve almejar a interpretação da Constituição da República de 1988 com esteio na sua condição de Estado Democrático de Direito e perscrutar os

³⁴³ CASTRO JUNIOR, Torquato. Jurisprudência dos interesses. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 489.

³⁴⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 605-606. (grifos no original)

valores da legislação ordinária com espeque no artigo 1º da Carta Magna, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, como elo de harmonização do nosso ordenamento jurídico e, via de corolário, no efetivo respeito aos direitos humanos fundamentais.

Nesta esteira, por derradeiro, é oportuno aludir à seguinte fala de Elimar Szaniawski:

Os princípios constitucionais e internacionais fornecem os critérios de valor que orientam a leitura da norma interna infraconstitucional e que fundamentam a concreção e a constituição dos substratos de uma jurisprudência despida de dogmatismos e de conceitos fechados, que permitem a solução justa das mais diversas maneiras de se atentar contra a personalidade da pessoa, protegendo-a em todas as suas dimensões.³⁴⁵

A jurisprudência e a doutrina pátria vêm demonstrando maturidade no reconhecimento da necessária constitucionalização do direito privado, aceitando os novos paradigmas baseados no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim agindo, dar-se-á plena eficácia aos princípios fundamentais (neles incluídos a dignidade da pessoa humana) e aos direitos, garantias e liberdades preconizados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Na seqüência desta dissertação será analisada a violência psíquica no ambiente laboral e a necessária proteção do empregado em face da mesma. Para tanto, o reconhecimento da vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e da constitucionalização do Direito privado, vistas neste capítulo, é o arcabouço referencial para a efetiva tutela da pessoa humana, apoiada intrinsecamente no princípio da dignidade da pessoa humana.

³⁴⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Obra citada, p. 121.

3 VIOLÊNCIA PSÍQUICA NO AMBIENTE LABORAL: EFEITOS SOBRE A SAÚDE MENTAL DO EMPREGADO E A NECESSÁRIA PREVENÇÃO

3.1 – ASSÉDIO MORAL COMO ESPÉCIE DE VIOLAÇÃO PSÍQUICA E SUA CARACTERIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

3.1.1 – O assédio moral: conceito, alcance e efeitos na saúde mental do empregado

O assédio moral nas relações de emprego é um estudo moderno e certamente seu interesse decorreu do novo modelo de administração toyotista, que impôs um novo comportamento aos empregadores e empregados. Na lição de Lydia Guevara Ramírez jurista cubana, em artigo escrito em 2003, para a Sociedade Cubana de Direito do Trabalho e de Seguridade Social:

A última década do século XX e os inícios do século XXI se caracterizam pela notável influência da violência psicológica e os estragos causados na saúde emocional e no desfrute de um ambiente são e saudável na sociedade, na comunidade e nos lugares de estudo e de trabalho. Tem sido e segue sendo um período intensamente violento, já não somente do ponto de vista psicológico como também pela violência física produzida por ataques às pessoas, maus-tratos no trabalho, inclusive até assassinato, com causas variadas como são as adicionadas (alcooolismo, dependência de drogas, etc.), que têm demandado a atenção dos legisladores, dos investigadores, dos tribunais e dos próprios afetados e seus representantes a fim de precisar as causas que motivam estes feitos e conseguir a solução dos conflitos que se apresentam.³⁴⁶

Com efeito, empregados de grandes empresas têm sofrido pressão excessiva ou perseguição sistemática no ambiente de trabalho, conforme noticiou a Revista *Época* de 27 de setembro de 2004³⁴⁷. Há perseguição e humilhação, que se manifesta por meio de sobrecarga de serviço, vigilância excessiva ou rebaixamento de função, onde o ambiente de trabalho muito competitivo acarreta um desgaste humano infinito, e ato-

³⁴⁶ RAMÍREZ, Lydia Guevara. *Tratamento do assédio psicológico, do estresse e do burnout como acidentes de trabalho*. Tradução de Cylene Dantas da Gama. Disponível em: <<http://www.serrano.neves.nom.br/cgd/012001/012001008.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2008.

³⁴⁷ CANÇADO, Patrícia; NEVES, Maria Laura. Quando o chefe vira Réu. *Revista Época*, São Paulo, n. 332, Caderno *Época Negócios*, p. 8, 27 set. 2004.

contínuo, gera o assédio moral e o conseqüente direito á uma indenização pecuniária, já reconhecida pelos tribunais pátrios³⁴⁸.

Quem primeiro se destacou ao publicar seus estudos para a comunidade internacional foi a psicanalista e vitimóloga francesa Marie-France Hirigoyen, que editou, em 1998, o livro *Harcèlement Moral* (Assédio Moral). A obra, traduzida em 24 países, suscitou debates na França e impulsionou a criação de organizações contra os abusos no trabalho.

Marie-France Hirigoyen informa que esse fenômeno foi estudado principalmente nos países anglo-saxões e nos países nórdicos, sendo qualificado de *mobbing*, termo derivado de *mob* (horda, bando, plebe), que implica a idéia de algo importuno³⁴⁹.

O interesse pelo *mobbing* surgiu na Suécia, informa Messias de Carvalho, por iniciativa de um grupo de estudiosos coordenado e dirigido por Heinz Leymann, os quais tiveram o mérito de teorizar (principalmente Leymann) um fenômeno de que se

³⁴⁸ BRASIL. Tribunal do Trabalho da Terceira Região. Recurso Ordinário nº 01292.2003.057.03.00.3, da 2ª Turma. Redator do Acórdão Juíza Alice Monteiro de Barros. DJMG 11/08/2004. *Juris Síntese IOB*, Porto Alegre, n. 69, jan./fev. 2008. Não paginado. CD-ROM.

Ementa: DANO MORAL – ASSÉDIO MORAL – CARACTERIZAÇÃO – Requisitos "assédio moral. Caracterização. O termo 'assédio moral' foi utilizado pela primeira vez pelos psicólogos e não faz muito tempo que entrou para o mundo jurídico. O que se denomina assédio moral, também conhecido como mobbing (Itália, Alemanha e Escandinávia), harcèlement moral (França), acoso moral (Espanha), terror psicológico ou assédio moral entre nós, além de outras denominações, são, a rigor, atentados contra a dignidade humana. De início, os doutrinadores o definiam como 'a situação em que uma pessoa ou um grupo de pessoas exercem uma violência psicológica extrema, de forma sistemática e freqüente (em média uma vez por semana) e durante um tempo prolongado (em torno de uns 6 meses) sobre outra pessoa, a respeito da qual mantém uma relação assimétrica de poder no local de trabalho, com o objetivo de destruir as redes de comunicação da vítima, destruir sua reputação, perturbar o exercício de seus trabalhos e conseguir, finalmente, que essa pessoa acabe deixando o emprego' (CF. Heinz Leymann, médico alemão e pesquisador na área de psicologia do trabalho, na Suécia, falecido em 1999, mas cujos textos foram compilados na obra de Noa Davenport e outras, intitulada *mobbing: Emotional 'abuse in the american work place'*). O conceito é criticado por ser muito rigoroso. Esse comportamento ocorre não só entre chefes e subordinados, mas também na via contrária, e entre colegas de trabalho com vários objetivos, entre eles o de forçar a demissão da vítima, o seu pedido de aposentadoria precoce, uma licença para tratamento de saúde, uma remoção ou transferência. Não se confunde com outros conflitos que são esporádicos ou mesmo com más condições de trabalho, pois o assédio moral pressupõe o comportamento (ação ou omissão) por um período prolongado, premeditado, que desestabiliza psicologicamente a vítima. Se a hipótese dos autos revela violência psicológica intensa sobre o empregado, prolongada no tempo, que acabou por ocasionar, intencionalmente, dano psíquico (depressão e síndrome do pânico), marginalizando-o no ambiente de trabalho, procede a indenização por dano moral advindo do assédio em questão." (TRT 3ª R. – RO 01292.2003.057.03.00.3 – 2ª T. – Relª Juíza Alice Monteiro de Barros – DJMG 11.08.2004 – p. 13)

³⁴⁹ HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano*. Tradução de Maria Helena Kühner. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 65.

sentia inconscientemente a presença no mundo do trabalho³⁵⁰. Heinz Leymann qualificou o processo de assédio moral como psicoterror³⁵¹.

A partir de então, outros países passaram a estudar o mesmo fenômeno. Na Inglaterra e na Austrália é conhecido como *bullying* e significa agir com prepotência, exercido pelos chefes³⁵². Nos Estados Unidos é visto como *harassment*, tendo como significado ataques constantes e repetitivos que visam aniquilar ou destruir a vítima³⁵³. No Japão recebe a denominação de *ijime*, referente à prática da violência moral em todos os setores da vida da pessoa, ou seja, na escola, família, ambiente do trabalho etc³⁵⁴. Na Espanha, é conhecido como *acoso moral*³⁵⁵. Na Itália, a denominação adotada, assim como nos países nórdicos, Portugal, Suíça e Alemanha, é *mobbing*, como sinônimo de violência silenciosa³⁵⁶.

Na América Latina, informa María Cristina Giuntoli, a Colômbia editou a *Ley n° 1010 em 23 de enero de 2006 (la dopción de medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos em el marco de las relaciones de trabajo)*, a primeira lei da América que define o assédio moral tanto no âmbito da atividade privada quanto no âmbito da administração pública³⁵⁷.

No Brasil, a expressão mais adotada foi assédio moral³⁵⁸, sendo referência de estudo como uma das formas de constrangimento nas relações de emprego. Inclusive, existem algumas páginas eletrônicas na Internet que tratam especificamente do assunto, como, por exemplo, <www.assediomoral.org>, <www.assediomoral.com.br>, dentre outros similares. O Superior Tribunal do Trabalho³⁵⁹, alguns sindicatos³⁶⁰ e o

³⁵⁰ CARVALHO, Messias. Assédio moral/*mobbing*. In: MADEIRA, Auta et alii (Coord.). *Temas laborais luso-brasileiros*. São Paulo: LTr, 2006. p. 261.

³⁵¹ HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano*. Ob. cit., p. 66.

³⁵² CARVALHO, Messias. Obra citada, p. 261.

³⁵³ ALKIMIN, Maria Aparecida. Obra citada, p. 39.

³⁵⁴ Idem, ibidem, p. 40.

³⁵⁵ CARVALHO, Messias. Obra citada, p. 264.

³⁵⁶ ALKIMIN, Maria Aparecida. Obra citada, p. 39.

³⁵⁷ GIUNTOLI, María Cristina. *Mobbing y otras violências em el ámbito laboral: leyes provinciales, proyectos de ley nacional*. Buenos Aires: Universitas, 2006. p. 11.

³⁵⁸ Outras expressões são utilizadas, como por exemplo, **acoso psíquico** para Zeno Simm, ou, ainda, assédio psicológico, terror psicológico, violência moral ou tortura psicológica. Cfr. SIMM, Zeno. Obra citada, p. 86.

³⁵⁹ Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/destaques/destaqueassediomoral.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2008.

³⁶⁰ Exemplo: <<http://www.sindbancariospe.com.br/assediomoral.htm>>.

Ministério Público do Trabalho³⁶¹ também se preocuparam em elaborar cartilhas ou vincularem notícias especiais em seus sítios na Internet com a definição de assédio moral, prevenção e reparação, e casos já ocorridos e julgados pelos tribunais pátrios, cujo objetivo é divulgar essa forma de violência psíquica no trabalho.

O assédio moral é tema tão debatido nos tempos atuais que, inclusive, foi objeto de obra literária de ficção, escrita pelo dinamarquês Christian Jungersen, intitulado “A exceção”, publicado no Brasil pela Editora Intrínseca em 2008 (tradução de Ryta Magalhães Vinagre).

Somente no Brasil, conforme dados da pesquisa realizada pela médica Margarida Maria Silveira Barreto durante 28 meses, a partir de março de 1996, num universo de 2072 trabalhadores (761 mulheres e 1.311 homens)³⁶², de 97 empresas, na Cidade de São Paulo, sendo que destes, 870 (42%) relataram vivência com situações de humilhações e constrangimentos no trabalho (494 mulheres – 56,78%; 376 homens – 43,22%)³⁶³. Tal pesquisa demonstra a gravidade deste fenômeno no Brasil.

Para a Marie-France Hirigoyen, o assédio moral pode ser compreendido

como toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobre tudo por comportamento, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho.³⁶⁴

A mesma autora acrescenta que o assédio moral agrega dois fenômenos: o abuso de poder e a manipulação perversa³⁶⁵. O primeiro é de fácil percepção e nem sempre aceito pelo empregado, já o segundo, causa grandes devastações e instala-se de maneira mais perspicaz, o assediador submete à vítima a repetidas humilhações e hostilidade colocando-a em situação de inferioridade.

Na doutrina brasileira as definições de assédio moral não variam muito. Para Sônia Mascaro Nascimento, como exemplo,

³⁶¹ Exemplo: <<http://www.prt12.mpt.gov.br/prt/cartilha/cartilha.php>>.

³⁶² BARRETO, Margarida Maria Silveira. *Violência, saúde e trabalho* (uma jornada de humilhações). São Paulo: EDUC, 2006. p. 27.

³⁶³ Idem, *ibidem*, p. 29.

³⁶⁴ HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano*. Ob. cit., p. 65.

³⁶⁵ Idem, *ibidem*, p. 66.

o assédio moral é caracterizado por uma conduta abusiva, seja do empregador que se utiliza de sua superioridade hierárquica para constranger seus subalternos, ou seja dos empregados entre si com a finalidade de excluir alguém indesejado do grupo, o que pode se dar, aliás muito comumente, por motivos de competição ou de discriminação pura e simples.³⁶⁶

Na doutrina argentina, María Cristina Giuntoli explica que o acoso psicológico é diferente do assédio moral, porquanto o segundo é mais amplo que o primeiro. Enquanto o acoso moral é definido como *cualquier conducta que manifieste comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que degraden al trabajador, la relación y el ambiente laboral*³⁶⁷, o acoso psicológico é *acción persistente de hostilidad, malos tratos, desprecio, amedrentamiento, humillación, ataque a la autoestima y a la percepción de sí mismo del trabajador*³⁶⁸.

Com efeito, o assédio moral está relacionado à micro-violências hostis e persistentes que ocorrem no ambiente laboral e que causam um desgaste psicológico no trabalhador e, via de consequência, danos à saúde mental do trabalhador. Marie-France Hirigoyen assevera que um indivíduo pode conseguir destruir outro por um processo de contínuo e atormentante assédio moral³⁶⁹.

Para Messias Carvalho, o *mobbing* é uma prática reiterada, constante e regular. E prossegue:

É este caráter reiterado do *mobbing*, concretizado, algumas vezes, através de agressões pontuais e diversificadas, que podem variar de manifestações expressas (ofensas verbais, referências jocosas, punições injustificadas), e outras através de práticas veladas (subtração de funções, isolamento, inviabilização de trabalho, ofensas indiretas), que aumenta a gravidade dos danos acarretados à saúde da vítima.³⁷⁰

³⁶⁶ NASCIMENTO, Sônia Mascaro. O assédio moral no ambiente do trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 371, 13 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5433>>. Acesso em: 19 jul. 2008.

³⁶⁷ GIUNTOLI, María Cristina. Obra citada, p. 44.

³⁶⁸ Idem, ibidem, p. 50.

³⁶⁹ HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano*. Ob. cit., p. 9.

³⁷⁰ CARVALHO, Messias. Obra citada, p. 279.

Uma vez compreendida a noção de assédio moral, não se pode ser confundido com outras violências psíquicas laborais ou com outras formas decorrentes da convivência profissional³⁷¹. No magistério de Alice Monteiro de Barros é possível encontrar os elementos essenciais para a real caracterização do assédio moral:

- a) a intensidade da violência psicológica. É necessário que ela seja grave na concepção objetiva de uma pessoa normal. Não deve ser avaliada sob a percepção subjetiva e particular do afetado que poderá viver com muita ansiedade situações que objetivamente não possuem a gravidade capaz de justificar esse estado de alma. Nessas situações, a patologia estaria mais vinculada com a própria personalidade da vítima do que com a hostilidade no local de trabalho;
- b) o prolongamento no tempo, pois episódio esporádico não o caracteriza, mister o caráter permanente dos atos capazes de produzir o objetivo;
- c) outro elemento do assédio moral é que tenha por fim ocasionar um dano psíquico ou moral ao empregado para marginalizá-lo no seu ambiente de trabalho;
- d) que se produzam efetivamente os danos psíquicos, os quais se revestem de índole patológica. Constituem, portanto, uma enfermidade que pressupõe diagnóstico clínico. Deverá provar-se. O dano psíquico poderá ser permanente ou transitório. Ele se configura quando a personalidade da vítima é alterada e seu equilíbrio emocional sofre perturbações, que se exteriorizam por meio de depressão, bloqueio, inibições etc. Esses estados devem guardar um nexo de causalidade com o fato danoso. Poderá ocorrer desse último não gerar o desequilíbrio emocional, mas agravá-lo. Nessa última hipótese, aplica-se a concausa e o responsável responde pelo agravamento.³⁷²

O entendimento equivocado do assédio moral tem levado à uma avalanche de casos à Justiça do Trabalho, geralmente representando, em verdade, hipóteses de dano psíquico isolado (ato-único), ou mero desgosto do trabalhador com ordens cobradas de forma mais acintosa, o que vem ocasionando uma banalização deste fenômeno. Neste sentido, alerta Ernesto Lippmann:

³⁷¹ Marie-France Hirigoyan aponta outras atitudes que parecem assédio, mas não são, como os mal-entendidos e os erros de gestão, o desentendimento profissional ou pessoal e os distúrbios psiquiátricos transitórios. Cfr. HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 249-256.

³⁷² BARROS, Alice Monteiro de. Assédio moral. *Juris Síntese*, Porto Alegre, n. 52, mar./abr. 2005. Não paginado. CD-ROM.

Vários juízes vêm alertando para que não sejam enquadrados no rótulo dos danos morais as cobranças habituais do dia a dia na relação de emprego e os simples desconfortos ou aborrecimentos corriqueiros decorrentes da mera discórdia são normais em qualquer ambiente de trabalho. É preciso ter cuidado para que, incendiada pelo fogo das paixões, uma rápida discussão não se transforme num prolongado litígio. O Ministro Ives Gandra Martins Filho, do Tribunal Superior do Trabalho, alerta para o perigo de o 'Judiciário reconhecer o direito à indenização para todas as situações em que a parte alega desonra e humilhações sob pena de serem consagrados desvirtuamentos que banalizam os bens protegidos, retirando a força própria da sanção que representa a imposição da indenização por dano moral'. Também o Juiz Gilvan de Sá Barreto, do TRT da 6ª Região, em julgamento de caso no qual se alegava o assédio moral, afirma que 'longe de se achar que o direito ao reconhecimento de tal direito não tenha relevância, é certo que tal matéria tornou-se perante os Tribunais 'a galinha dos ovos de ouro', eis que muitas vezes decorrem de alegações com nítido intuito de galgar aumento financeiro sem que tenha havido qualquer mácula a moral. Fica aqui a indignação'.³⁷³

Também não se pode confundir o assédio moral com o assédio sexual, embora ambos sejam espécies de violações psíquicas existentes no ambiente laboral. Para Rodolfo Pamplona Filho, a diferença essencial entre as duas modalidades reside na esfera de interesses tutelados, uma vez que o assédio sexual atenta contra a liberdade sexual do indivíduo, enquanto o assédio moral fere a dignidade psíquica do ser humano³⁷⁴. Lydia Guevara Ramírez aponta outras diferenças:

O assédio sexual consiste na ação imposta sem reciprocidade, inesperada e não bem recebida, freqüente e repetitiva que pode ter um efeito devastador na vítima. Pode incluir toques, insinuações, olhadas, atitudes chocantes, piadas com linguagem ofensiva, alusões à vida privada e pessoal, referência à orientação sexual, insinuações com conotação sexual, alusões à figura e à roupa, etc. Define-se como uma conduta inesperada, de natureza sexual ou outra conduta baseada no sexo que afeta a dignidade do homem e da mulher no trabalho. Inclui conduta verbal ou não verbal, física e não desejada. Há uma categoria de condutas que podem constituir assédio sexual. Essa conduta deve ser inesperada, inaceitável e ofensiva para o destinatário. Leva a rejeição ou a submissão do empregado, dos trabalhadores incluindo os superiores hierárquicos e se usa muito no acesso à formação profissional ou ao emprego, na continuação do emprego, para a promoção, subir o salário e outras decisões vinculadas ao emprego e cria um meio hostil, intimidatório, humilhante para o destinatário.³⁷⁵

³⁷³ LIPPMANN, Ernesto. O que não é dano moral no direito do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 09, p. 1047, set. 2007.

³⁷⁴ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1149, 24 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8838>>. Acesso em: 27 jul. 2008.

³⁷⁵ RAMÍREZ, Lydia Guevara. Obra citada, não paginado.

Aliás, o assédio sexual já é considerado crime, *ex vi* do artigo 216-A³⁷⁶, do Código Penal, inserido no capítulo “dos crimes contra a liberdade sexual”, *in verbis*:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Quanto à manifestação do assédio moral, os autores costumam apontar três modalidades³⁷⁷. O tipo mais comum de assédio moral é de forma vertical que esta subdividida em duas espécies: 1) **vertical descendente** (mais freqüente), exercido sobre o empregado pelo seu superior hierárquico ou diretamente pelo empregador³⁷⁸; 2) **vertical ascendente** (raro), em que o agente é o trabalhador e a vítima seu superior ou empregador³⁷⁹. Já um caso menos corriqueiro, mas ainda comum, é o **horizontal**, em que as hostilidades partem de colega ou colegas de trabalho da vítima, modalidade esta que pode se somar às outras quando nelas houver a cumplicidade (expressa ou tácita) dos demais integrantes do grupo, que seria o **misto**, hipótese em que o maltrato provém tanto dos superiores quanto dos colegas da vítima³⁸⁰.

Com relação aos sujeitos relacionados ao assédio moral, Messias Carvalho identifica três: o *mobber*, o *mobbed* e o *sighted mobber*³⁸¹. O *mobber* tem como característica provocar conflitos de pressão sobre os indivíduos e é uma pessoa que não sente remorso ou culpa pelo que faz, responsabilizando os outros pelo acontecido³⁸². Já o *mobbed*, ou mobilizado, é caracterizado como sendo uma pessoa que mostra falta de confiança em si próprio, que demonstra um sentido de desorientação no ambiente de trabalho, que não se sente perfeitamente integrado e que, por iniciativa própria, mesmo quando é manifesta a convicção de que não cometeu erros ou que não foi culpado de nada, assume para si o erro de tudo e convence-se que

³⁷⁶ Artigo acrescentado no Código Penal e com redação dada pela Lei nº 10.224/2001.

³⁷⁷ Como exemplo, Zeno Simm e Maria Aparecida Alkimin (Cfr. SIMM, Zeno. Obra citada, p. 138 e ALKIMIN, Maria Aparecida. Obra citada, p. 61).

³⁷⁸ SIMM, Zeno. Obra citada, p. 138

³⁷⁹ Idem, ibidem, p. 138.

³⁸⁰ Idem, ibidem, p. 138.

³⁸¹ CARVALHO, Messias. Obra citada, p. 273.

³⁸² Idem, ibidem, p. 273.

se engana sempre ou que erra em tudo³⁸³. Por fim, com relação ao *sighted mobber*, ou também chamado *co-mobber*, são os colegas de trabalho do mobilizado que assistem, como espectadores, ao ataque perpetrado contra a vítima³⁸⁴.

As conseqüências para o empregado assediado são inúmeras. A doutrina jurídica e a literatura médica apresentam vários prejuízos à pessoa agredida. Hádassa Dolores Bonilha Ferreira frisa que as conseqüências geradas pelo assédio moral não se limitam à saúde do trabalhador vitimizado³⁸⁵. Segunda ela, os resultados atingem também a esfera social da vida do empregado, além das conseqüências econômicas do fenômeno sobre o empregado, a empresa e sociedade³⁸⁶.

Na esfera da saúde, ensina Márcia Novaes Guedes, os efeitos nefastos para o organismo submetido ao assédio moral no trabalho não se limitam ao aspecto psíquico, mas atingem o corpo físico, fazendo com que todo o organismo se ressinta das agressões³⁸⁷. Enumera os males no corpo:

Os distúrbios podem recair sobre o aparelho digestivo, ocasionando bulimia, problemas gástricos diversos e úlcera. Sobre o aparelho respiratório a queixa mais freqüente é a falta de ar e sensação de sufocamento. Sobre as articulações podem ocorrer dores musculares, sensação de fraqueza nas pernas, sudorização, tremores, como também dores nas costas e problemas na coluna. Sobre o cérebro, verificam-se ânsia, ataques de pânico, depressão, dificuldade de concentração, insônia, perda de memória e vertigens. Sobre o coração os problemas podem evoluir de simples palpitações e taquicardias para o infarto do miocárdio. E o enfraquecimento do sistema imunológico reduz as defesas e abre as portas para diversos tipos de infecções e viroses.³⁸⁸

³⁸³ CARVALHO, Messias. Obra citada, p. 274.

³⁸⁴ Idem, ibidem, p. 275. Isso ocorre, explica a médica Margarida Maria Silveira Barreto, porque o medo disseminado gera pânico, terror de perder a saúde, de tornar-se 'inútil' para a empresa; envolve o sentido da própria vida e a razão de viver. Num clima de incertezas, os trabalhadores preferem o 'império dos sentidos' [...], esquecendo o sofrimento do colega e seu próprio sofrimento. Na negação do padecer, esperam ser reconhecidos e recompensados com tratamento digno. Distanciam-se dos pares, e os laços afetivos são fragmentados. Expressam indiferença e até uma certa antipatia pelo 'improdutivos'. Passam a obedecer sem lástimas, passivos, submetidos e paralisados pelo terror (BARRETO, Margarida Maria Silveira. Obra citada, p. 199).

³⁸⁵ FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. *Assédio moral nas relações de trabalho*. Campinas: Russel, 2004. p. 69.

³⁸⁶ Idem, ibidem, p. 69.

³⁸⁷ GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 113.

³⁸⁸ Idem, ibidem, p.113.

Na esfera emocional do empregado, segundo a mesma autora, atinge em cheio a vida familiar e social da vítima, desencadeando crise existencial, crise de relacionamento e crise econômica³⁸⁹. E também existem os efeitos do assédio moral sobre a empresa, vez que gera um expressivo aumento os gastos em razão das faltas por motivo de doença, substituições, despesas com processos judiciais³⁹⁰, bem como afeta também os custos operacionais, com a baixa produtividade daí advinda, absenteísmo, falta de motivação e de concentração que aumentam os erros no serviço³⁹¹.

Não se pode esquecer das conseqüências para o Estado, pois o empregado acometido das doenças resultantes do assédio moral buscará no Sistema Único de Saúde (SUS) o atendimento médico-hospitalar (integralmente subsidiado pelo Estado), bem como, no caso de incapacidade laboral, poderá receber o benefício previdenciário da inaptidão, tudo isto gerando significativos gastos públicos. Lembra Alice Monteiro de Barros que o assédio moral no trabalho é um fator de risco psicossocial capaz de provocar na vítima danos à saúde, podendo ser considerado como doença do trabalho, equiparada a acidente do trabalho, na forma do art. 20 da Lei nº 8.213/1991³⁹², fato a ensejar o pagamento de benefícios previdenciários decorrentes de acidente de trabalho pelo INSS.

O assédio moral ainda não foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro. No Brasil já existem estudos sobre o assunto, bem como um projeto de lei, que tramita no Congresso Nacional, de autoria da então Deputada Federal Rita Camata, de nº 4.591/2001³⁹³, que dispõe sobre a aplicação de penalidades à prática de "assédio moral" por parte de servidores públicos da União, das autarquias e das fundações públicas federais a seus subordinados, alterando a Lei nº 8.112/1990. O referido projeto de lei conceitua o assédio moral na Administração Pública Federal, como

³⁸⁹ GUEDES, Márcia Novaes. Obra citada, p. 113.

³⁹⁰ Idem, ibidem, p. 115.

³⁹¹ BARROS, Alice Monteiro de. Assédio moral. Ob. cit., não paginado.

³⁹² Idem, ibidem, não paginado.

³⁹³ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=28115>. Acesso em: 20 jul. 2008.

Todo tipo de ação, gesto ou palavra que atinja, pela repetição, a auto-estima e a segurança de um indivíduo, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução profissional ou à estabilidade física, emocional e funcional do servidor incluindo, dentre outras: marcar tarefas com prazos impossíveis; passar alguém de uma área de responsabilidade para funções triviais; tomar crédito de idéias de outros; ignorar ou excluir um servidor só se dirigindo a ele através de terceiros; sonegar informações necessárias à elaboração de trabalhos de forma insistente; espalhar rumores maliciosos; criticar com persistência; segregar fisicamente o servidor, confinando-o em local inadequado, isolado ou insalubre; subestimar esforços.

Na justificativa do referido projeto de lei, foi informado que o mesmo foi baseado na Lei Municipal (Lei nº 1.163/2000) vigente no município paulista de Iracemápolis, a primeira do país, que agora se torna por isso símbolo do combate ao assédio moral na Administração Pública.

Por outro lado, não há lei específica sobre o assunto no que se refere ao âmbito privado do Direito do Trabalho e por isso deve-se buscar nos princípios gerais do Direito do Trabalho e do Direito Ambiental do Trabalho (aqui incluídas as normas legais de segurança e medicina do trabalho), bem como nos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a completabilidade³⁹⁴ do sistema a fim de proteger a pessoa do empregado.

Aliás, a Consolidação das Leis do Trabalho expressamente autoriza, na ausência de disposições legais ou contratuais³⁹⁵, que os juízes do trabalho decidam de acordo com os princípios e normas gerais de direito (artigo 8º³⁹⁶), ou seja, o próprio microsistema trabalhista permite a aplicação do princípio superior da hierarquização

³⁹⁴ Expressão adotada por Juarez Freitas, em vez de "completude". Cfr. FREITAS, Juarez. Obra citada, p. 122.

³⁹⁵ Para Francisco Cardozo Oliveira a abordagem mais eficaz do problema das lacunas está no reconhecimento do direito como sistema aberto ou incompleto de normas e princípios e na adoção de metodologia que reconheça que a tarefa de constatação e de eliminação das lacunas está inserida no processo de interpretação e de aplicação do direito (OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 17).

³⁹⁶ "Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público."

axiológica, segundo expressão adotada por Juarez Freitas³⁹⁷, qual, seja, o megaprincípio da dignidade da pessoa humana³⁹⁸.

Também seria possível adotar o uso da tópica em conjunto com a interpretação sistemática, conforme sustenta Claus-Wilhelm Canaris³⁹⁹, como meio para suprir as lacunas no sistema⁴⁰⁰, não de forma assistemática⁴⁰¹, mas sim em consonância com os princípios e valores supremos da Constituição da República⁴⁰².

Seja qual for o método utilizado para se buscar a tutela do empregado contra a violência psíquica decorrente de assédio moral, necessariamente seu vetor apontará para a tábua axiológica da Constituição da República Federativa de 1988, mormente no

³⁹⁷ Juarez Freitas faz uma releitura a partir da teoria da norma geral exclusiva e da norma geral inclusiva, estudada por Norberto Bobbio na obra “Teoria do Ordenamento Jurídico”, para concluir que o princípio da hierarquização axiológica pode ser utilizado como um ‘metacritério’ de um sistema onde não deve haver ausência de resposta sistêmica em face das lacunas (falta de critérios decisórios). Utiliza-se, então, do processo de interpretação sistemática, no qual nenhum campo do Direito deve ser vislumbrado ou compreendido de maneira isolada, mas inventariavelmente de modo sistemático, de sorte a, em espiral, vislumbrar-se o sistema na sua unidade teleológica. Para o intérprete sistemático, importa, sobretudo, compreender os fins do Direito e descobrir, na atualidade, quais devem ser os valores hierarquizados pelo ‘metaprincípio’ como superiores. Cfr. FREITAS, Juarez. Obra citada, p. 122-123.

³⁹⁸ Marie-France Hirigoyen enumera, como norma protetora contra o assédio moral, o respeito à dignidade da pessoa. Sustenta que a dignidade é inerente a qualquer pessoa humana, e por isso sua proteção deve ser assegurada em todas as circunstâncias e notadamente no âmbito da relação de trabalho (HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Ob. cit, p. 342).

³⁹⁹ Claus-Wilhelm Canaris entende que a tópica, embora não possa abarcar, como correção e no fundamento a estrutura da Ciência do Direito, há, no entanto áreas nas quais ela tem uma função legítima a desempenhar. Elas surgem sobretudo onde faltem valorações legais bastantes e onde, por isso, não haja espaço para o pensamento sistemático. Nessas áreas, a tópica é passa para uma determinação sistemática, representando também, por outro, o único processo justificado. Este último caso verifica-se, sobretudo onde a própria lei remeta, em branco, para o “common sense” e deixe ao juiz a determinação das máximas da atuação correta e onde a lei requeira erupções da tendência individualizadora da justiça contrária ao sistema, e, por isso, exija a orientação ao caso concreto – de acordo com a tópica. A oposição entre o pensamento sistemático e a tópica não é, assim, exclusivista. Ambas as formas de pensamento antes de completam mutuamente interpenetrando-se, até, em parte (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 288-289).

⁴⁰⁰ Claus-Wilhelm Canaris sustenta que existem limites à formação do sistema em razão do desenvolvimento histórico da ordem jurídica e nas falhas da legislação relacionadas com incompletude do conhecimento e da linguagem humana. Então aponta três pontos de tensão: as quebras sistemáticas, as normas estranhas ao sistema e as lacunas do sistema (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Ob. cit, p. 285).

⁴⁰¹ José Affonso Dallegrave Neto explica que a tópica idealizada por Theodor Viehweg foi severamente criticada, v.g. por Karl Larenz e Claus-Wilhelm Canaris, em virtude da sua assistematização de escolha dos topoi sem qualquer critério objetivo, em manifesto arbítrio do aplicador, vez que ela parte do pensamento aporético, da problemática, do metido indutivo; dessa feita resulta que é incompatível com o pensamento sistemático, pois é originária do método axiomático-dedutivo (DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Sistema jurídico e proeminência da constituição. *Revista Trabalhista da Anamatra*, Rio de Janeiro, v. IV, p. 139, 2003).

⁴⁰² DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Sistema jurídico e proeminência da constituição. Ob. cit., p. 142.

atual momento da pós-modernidade onde se objetiva a constitucionalização do Direito com base em uma hermenêutica sistemática.

3.2 – A SÍNDROME DE *BURNOUT*

3.2.1 – Conceito e seus efeitos na saúde do empregado

Na área médica, desde a década de 70, do século passado, existem estudos relacionando o estresse profissional com mudanças biológicas e comportamentais do ser humano. Para a literatura médica, o *Burnout* é um estado de estresse crônico, ou seja, o organismo humano reage aos primeiros sintomas prejudiciais e busca meios de combate ou compensação, mas, quando, em certos casos, não oferece a resistência necessária, cronifica-se o estresse, tornando-o uma síndrome que poderá desembocar em doenças físicas, psicossomáticas, psíquicas (depressão) ou sociais (psicopatias).

Esclarece Cloves Antonio de Amissis Amorim⁴⁰³ que a Síndrome de Burnout é uma experiência subjetiva que agrupa atitudes e sentimentos, problemas, disfunções psicofisiológicas com conseqüências nocivas para a pessoa, e continua: “é um conjunto tridimensional que se caracteriza por uma experiência de esgotamento, decepção e perda de interesse que surge em profissionais que trabalham em contato direto com pessoas. A falta de realização pessoal e a despersonalização, complementam este construto”.

O vocábulo *Burnout* é de origem inglesa, que, traduzido literalmente, significa “perder o fogo” ou “queimar para fora” – *burn-out*, representando um estado físico de esgotamento, no qual o sujeito perde o sentido da sua relação com o trabalho, de forma que as coisas já não importam mais, informam Isaac Aisenberg Ferenhof e Ester Ferenhof⁴⁰⁴.

⁴⁰³ AMORIM, Cloves Antonio de Amissis. Síndrome de Burnout em acadêmicos de fisioterapia: um estudo preliminar. *Fisioterapia em Movimento*, Curitiba, v. 13, n. 1, p. 129, abr./set. 2000.

⁴⁰⁴ FERENHOF, Isaac Aisenberg; FERENHOF, Ester. A síndrome de burnout em professores influenciará a educação? *Educação Brasileira*, Brasília, v. 23, n. 47, p. 110, jul./dez. 2001.

O médico Freudenberguer, nos Estados Unidos, no ano de 1974, foi o primeiro a alertar os demais colegas sobre a possibilidade de esgotamento profissional (*staff burn-out*). Ele observou, em um grupo de voluntários, com o qual trabalhava, um processo gradual de desgaste no humor e de desmotivação. Até então, os estudos dessa síndrome estavam adstritos às pessoas que prestavam serviços em área médica. Em estudos posteriores, concluiu-se que a Síndrome de *Burnout* está relacionada ao trabalho, podendo atingir diversas profissões.

É oportuno, neste momento, distinguir o *Burnout* do estresse (*stress*). Para Lydia Guevara Ramírez⁴⁰⁵, o estresse é o conjunto de reações que experimenta um sujeito em um processo adaptativo ou normalizador de seu equilíbrio vital, em sua relação com o ambiente (pode chegar a ser positivo). Já o *Burnout* é o estado de esgotamento a que chegam algumas pessoas submetidas a determinadas condições de trabalho. Percebe-se, portanto, que o *Burnout* é uma síndrome correlacionada às condições do ambiente de trabalho.

Maria José Giannella Cataldi ensina que o significado do termo *stress* pode ser entendido como um processo de tensão diante de uma situação de desafio por ameaça ou conquista⁴⁰⁶. Também é oportuno diferenciar os dois tipos de estresse que são apontados por Maria José Giannella Cataldi: o *eustress*, que consiste na existência de tensão com equilíbrio entre esforço, tempo, realização e resultados, e o *distress*, que pode ser definido como a tensão com o rompimento do equilíbrio biopsicossocial por excesso ou falta de esforço, incompatível com tempo, resultados e realizações⁴⁰⁷.

Pode-se afirmar, assim, que no caso das relações trabalhistas, o *distress* pode originar o *Burnout*, o que não ocorre com o *eustress*, porquanto este está ligado à realização e satisfação pelo esforço realizado pela pessoa diante da árdua tensão assumida⁴⁰⁸. Tanto é assim que Maria José Giannella Cataldi, então, relaciona o

⁴⁰⁵ RAMÍREZ, Lydia Guevara. Obra citada. Não paginado.

⁴⁰⁶ CATALDI, Maria José Gianella. *O stress no meio ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 47.

⁴⁰⁷ Idem, *ibidem*, p. 49.

⁴⁰⁸ Aqui cabe salientar que nem sempre o estresse é prejudicial. Bruce McEwen e Elizabeth Norton Lasley informam do fenômeno conhecido como "alívio de dor induzido pelo estresse", que ocorre normalmente em estado de emergência extrema. Quando um animal está nos espasmos do estresse (alostase), não sente dor intensa porque não pode dar-se a esse luxo. Para garantir a sobrevivência, a coisa mais importante é ganhar a batalha ou conseguir fugir. Sentar no chão e uivar de dor não faz parte do roteiro; isso pode vir depois. Então, o cérebro interfere com uma supressão temporária do sinal de dor.

Burnout como estresse profissional⁴⁰⁹, ou seja, as condições de trabalho desgastantes é um dos fatores de doenças psíquicas, dentre elas, o *Burnout*.

A lista de profissionais propensos a desenvolver o *Burnout* é extensa e inclui médicos, fisioterapeutas, assistentes sociais, professores, controladores de tráfego aéreo e agentes penitenciários, como exemplos. Essa síndrome, não obstante, pode atingir qualquer pessoa, de qualquer profissão, principalmente aqueles trabalhadores muito dedicados, exigentes, e com mania de perfeição, e é considerada uma reação ao estresse ocupacional crônico. Nesta tessitura, Elaine Noronha Nassif esquadrinha:

O *Burnout* exprime com extrema eficácia o novo risco profissional, o risco emergente, como definido no Plano Sanitário Nacional 2003-2005 italiano, uma vez que envolve um comprometimento emotivo forte, em um mundo de emoções fortes que podem colocar à prova a capacidade individual de gerir fortes pressões emocionais.

Tais emoções não dizem respeito somente à relação com os clientes, usuários, pacientes, pessoas a quem se destina o trabalho, mas também à relação com colegas de trabalho e com superiores. Em um ambiente de trabalho carregado de tensão, até mesmo pequenas questões possam se transformar em motivo de inquietude e dar origem a conflitos que, no tempo, tendem a estruturar-se em barreiras interpessoais que alimentam outros conflitos e se tornam importante fator de desmotivação profissional. Por outro lado, um clima de trabalho de recíproco respeito torna-se protetor do indivíduo contra a exposição a condições danosas, exatamente em virtude da divisão das responsabilidades quotidianas.⁴¹⁰

O *Burnout* se apresenta como uma síndrome complexa que acarreta conseqüências muito variáveis, atingindo a integridade físico-psicológica e comportamental. Entre os sintomas mais comuns relatados pela literatura médica, em nível individual, estão os problemas psicossomáticos, a diminuição do rendimento e as atitudes negativas frente à vida em geral, exaustão física e emocional, baixa auto-

Estudos mostram que animais sob estresse realmente são menos sensíveis à dor; não estão apenas ignorando-a corajosamente. Entre os seres humanos, há lendas sobre os guerreiros vikings, chamados berserkers, que, no calor da batalha, não tomavam conhecimento e nem de ferimentos nem de dor. Hoje em dia, ouvimos casos de pessoas andando com as duas pernas quebradas para longe do acidente de automóvel e de atletas profissionais manifestamente 'jogando apesar da dor' (LASLEY, Elisabeth Norton; MCEWEN, Bruce. *O fim do estresse como nós o conhecemos*. Tradução de Laura Coibra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003. p. 197-198).

⁴⁰⁹ CATALDI, Maria José Gianella. Obra citada, p. 50.

⁴¹⁰ NASSIF, Elaine Noronha. *Burnout, mobbing e outros males do stress: aspectos jurídicos e psicológicos*. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 70, n. 6, p. 729, jun./2006.

estima, alterações no sono e no apetite, dores musculares constantes, problemas gastrointestinais, ansiedade e falta de concentração.

Ao citar as conclusões de diversos pesquisadores, Isaac Aisenberg Ferenhof e Ester Ferenhof⁴¹¹ informam que a síndrome de *Burnout* é composta por três dimensões (e atualmente reconhecidas pela comunidade médica⁴¹²): 1 – exaustão emocional, referente ao esgotamento da energia corporal; 2 – despersonalização, que supõe o desenvolvimento de atitudes cínicas e negativas contra outras pessoas que o cercam; 3 – baixa realização pessoal, assim considerada a perda de confiança na realização pessoal e à presença de um auto-conceito negativo.

Com efeito, a síndrome de *Burnout* se desenvolve inicialmente pela fase da despersonalização. Logo em seguida, a baixa realização pessoal e finalmente a exaustão, mas também é possível é que as dimensões se desenvolvam simultaneamente, mas de forma independente. Elaine Noronha Nassif esclarece:

Trata-se de um processo no qual um profissional, anteriormente empenhado, se desinteressa do trabalho em resposta ao stress e à alta tensão experimentada no trabalho. É caracterizada pelo exaurimento emotivo, pela despersonalização, pela reduzida realização pessoal. É uma síndrome em que há uma progressiva perda de idealismo, de energia, de objetivos; uma perda de motivação e de expectativas para ser eficiente no fazer o bem; um estado de cansaço ou frustração originário da devoção a uma causa. Nesse sentido o *Burnout* é considerado como o último passo de uma progressão de tentativas sem sucesso para enfrentar uma série de condições negativas e estressantes. Esse processo dinâmico de acomodação, entretanto, é um sinal de alarme, que solicita maior atenção da organização, podendo revelar-se uma ocasião para melhorar a performance laborativa.⁴¹³

De fato, o diagnóstico da síndrome de *Burnout* é de difícil constatação pois a sua etiologia é multifatorial. Todavia, é certo que o posto de trabalho influencia no surgimento da doença ocasional, tanto que assim é reconhecido no Brasil, conforme se verá adiante.

⁴¹¹ FERENHOF, Isaac Aisenberg; FERENHOF, Ester. Obra citada, p. 112.

⁴¹² Cloves Antonio de Amissis Amorin também identifica essas três dimensões, resultados de pesquisas baseadas no MBI (*Maslach Burnout Inventory*). Cfr. AMORIM, Cloves Antonio de Amissis. Obra citada, p. 133.

⁴¹³ NASSIF, Elaine Noronha. Obra citada, p. 730.

3.2.2 – A caracterização do *Burnout* como acidente de trabalho

É cediço que o ambiente laboral influencia no surgimento de doenças do trabalho, nelas incluídas as doenças profissionais.

Aqui cabe um esclarecimento: Por dicção legal, artigo 20, inciso II, da Lei nº 8.213/91, as doenças ocupacionais são equiparáveis a acidente de trabalho e pressupõem a prova do nexo de causalidade entre o trabalho e o desenvolvimento ou agravamento da enfermidade (chamadas de mesopatias⁴¹⁴), ou seja, são classificadas como doença do trabalho, pois não se vinculam a uma profissão ou atividade específica, mas seu aparecimento decorre da forma em que o trabalho é prestado ou das condições específicas do ambiente de trabalho⁴¹⁵.

Por outro lado, a doença profissional, prevista no artigo 20, inciso I, da Lei nº 8.213/91, é aquela peculiar à determinada profissão (também chamadas de tecnopatias⁴¹⁶), ou seja, decorrente do exercício de determinada profissão que pode produzir ou desencadear certas patologias, sendo que, nessa hipótese, o nexo causal da doença com a atividade é presumida (*iuris et de iure*)⁴¹⁷.

Nos termos do § 2º do mesmo artigo 20 da Lei nº 8.213/91, a relação das doenças ocupacionais (profissional ou do trabalho) anexa ao Decreto nº 3.048/99 não possui caráter taxativo, mas meramente exemplificativo. Todavia, na hipótese de não haver previsão expressa no Decreto, deverá ficar demonstrado que a doença ocupacional resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente.

Os acidentes de trabalho também podem ocorrer por concausa, consoante previsão do artigo 21, inciso I, da Lei nº 8.213/91, ou seja, equipara-se a acidente de trabalho “o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja

⁴¹⁴ Sebastião Geral de Oliveira ensina que a doença do trabalho também é chamada de doença profissional atípica ou mesopatia. Cfr. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. Ob. cit., p. 42.

⁴¹⁵ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. Ob. cit., p. 42.

⁴¹⁶ Sebastião Geral de Oliveira ensina que essa hipótese também é chamada de doença profissional típica ou ergopatia. Cfr. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. Ob. cit., p. 42.

⁴¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 42.

contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação”. Mesmo não sendo as condições de trabalho a causa exclusiva da doença adquirida, assevera José Affonso Dallegrave Neto, ainda assim ela se equivale ao acidente de trabalho quando as condições laborais concorrem diretamente para o advento da enfermidade⁴¹⁸.

A Síndrome de Burnout é hipótese de acidente do trabalho, conforme se infere do anexo II do referido Decreto nº 3.048/1999 no quadro transtornos mentais e do comportamento relacionados com o trabalho (Grupo V da CID-10):

- XII - Sensação de Estar Acabado ("Síndrome de Burn-Out", "Síndrome do Esgotamento Profissional") (Z73.0)
 - 1. Ritmo de trabalho penoso (Z56.3)
 - 2. Outras dificuldades físicas e mentais relacionadas com o trabalho (Z56.6)

O Ministério da Saúde também tem aprovada a lista de doenças relacionadas com o trabalho, editada pela Portaria nº 1.339/GM de 18/11/1999, onde consta a Síndrome de Burnout como umas das hipóteses equiparáveis a acidente de trabalho.

A Resolução nº 1488/1998 do Conselho Federal de Medicina recomenda ao médico do trabalho que busque o nexos causal entre o transtorno da saúde físico-mental e a atividade do trabalhador. A doença resultante do psico-terrorismo no trabalho é, portanto, profissional⁴¹⁹. O artigo 2º tem a seguinte redação:

- Art. 2º. Para o estabelecimento do nexos causal entre os transtornos de saúde e as atividades do trabalhador, além do exame clínico (físico e mental) e os exames complementares, quando necessários, deve o médico considerar:
- I - a história clínica e ocupacional, decisiva em qualquer diagnóstico e/ou investigação de nexos causal;
 - II - o estudo do local de trabalho;
 - III - o estudo da organização do trabalho;
 - IV - os dados epidemiológicos;
 - V - a literatura atualizada;
 - VI - a ocorrência de quadro clínico ou subclínico em trabalhador exposto a condições agressivas;
 - VII - a identificação de riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos, estressantes e outros;
 - VIII - o depoimento e a experiência dos trabalhadores;

⁴¹⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. Ob. cit., p. 219.

⁴¹⁹ Cfr. RAMÍREZ, Lydia Guevara. Obra citada. Não paginado.

IX - os conhecimentos e as práticas de outras disciplinas e de seus profissionais, sejam ou não da área da saúde.

Uma vez constatada a sua manifestação, é imperioso o afastamento do trabalhador dos seus afazeres cotidianos, principalmente no caso daqueles que convivem em um ambiente de alta competitividade ou de rígidas exigências de produtividade. A síndrome de *Burnout* ocasiona a incapacidade para o trabalho e por isso é mister o encaminhamento do empregado ao INSS, para apuração do estado clínico e da incapacidade laborativa e, via de corolário, para receber o benefício auxílio-doença acidentário (código B-91).

3.2.3 – O nexos de causalidade do *Burnout* e o nexos técnico epidemiológico previdenciário

Luiz Salvador informa que o governo federal, preocupado em adequar a fonte de receita com as despesas de custeio com os gastos do financiamento à concessão de benefícios previdenciários de correntes de acidente de trabalho, fez o Congresso Nacional aprovar a Lei nº 10.666/2003 que permite a flexibilização e ou a majoração das alíquotas então instituídas pelo artigo 22 da Lei nº 8.212/1991, inciso II, incidente sobre a folha de pagamento, em até 50% ou num acréscimo em até 100%, passando a ser taxado de acordo com o grau de incidência de doenças, critério epidemiológico, em substituição ao critério de percentuais fixos, vigentes até então, que são estabelecidos por ramo de atividade independentemente da qualidade do ambiente de trabalho e dos índices reais de acidentes e doenças⁴²⁰.

Criou-se, então, o chamado FAP – Fator Acidentário de Prevenção, que existe efetivamente desde 2004 através da Resolução MPS/CNPS nº 1.236/2004. Tal fator aprova a metodologia de flexibilidade das alíquotas de contribuição destinadas ao financiamento do benefício de aposentadoria especial, bem como benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos

⁴²⁰ SALVADOR, Luiz. Direito reconhecido – em 2006 INSS passará a conceder benefício acidentário sem emissão de CAT. In: MADEIRA, Auta *et alii* (Coord.). *Temas laborais luso-brasileiros*. São Paulo: LTr, 2006. p. 230.

riscos ambientais do trabalho. O FAP consiste num multiplicador variável de 0,5 a 2% o que pode reduzir ou majorar a aplicação das alíquotas. Tal definição se dará em razão do desempenho da empresa em relação à sua respectiva atividade, com base nos índices de acidentes de trabalho, em cada categoria de empresa, considerando: frequência, gravidade e custo. O FAP será alterado anualmente, com base em um banco de dados constituído pelos benefícios de 60 meses. A data de aplicação do primeiro FAP será em 01/01/2009. Considera-se atividade preponderante da empresa a com maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos.

Luiz Salvador noticia que muitos empregadores que praticam as subnotificações acidentárias ao invés de garantir ao empregado acidentado e/ou portador de doenças ocupacionais o direito ao beneficiário acidentário emitindo desde logo a CAT, diante da postura do INSS de não conceder o benefício correspondente e apenas o auxílio-doença, se aproveitam da situação para demitir o empregado, tão logo receba alta da previdência⁴²¹. E continua:

Essa prática tem ocasionado prejuízo direto ao próprio trabalhador que fica prejudicado em seus direitos, já que após sua recuperação, teria um ano de estabilidade no emprego, além do que é obrigação da empresa, nesses casos, melhorar o ambiente de trabalho, visando a eliminação dos riscos existentes e mudar o trabalhador vitimado de função que não voltasse a ficar doente, em vez de apenas despedi-lo doente e lesionado, como tem ocorrido.⁴²²

Diante deste lamentável contexto, o governo federal viu a necessidade de impulsionar as mudanças decorrentes da implantação do FAP. Então, em 27 de dezembro de 2006 foi publicada a Lei nº 11.430, que acrescentou o artigo 21-A, que estabelece o chamado Nexó Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP), *in verbis*:

Art. 21-A. A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexó técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento.

⁴²¹ SALVADOR, Luiz. Obra citada, p. 239.

⁴²² Idem, *ibidem*, p. 239.

§ 1o A perícia médica do INSS deixará de aplicar o disposto neste artigo quando demonstrada a inexistência do nexo de que trata o caput deste artigo.

§ 2o A empresa poderá requerer a não aplicação do nexo técnico epidemiológico, de cuja decisão caberá recurso com efeito suspensivo, da empresa ou do segurado, ao Conselho de Recursos da Previdência Social.

Em 2007, o Decreto nº 6.042 de 12 de fevereiro⁴²³, dentre as alterações trazidas, disciplinou a aplicação, acompanhamento e avaliação do FAP e do NTEP, para tornar a cobrança das empresas proporcional ao número de acidentes pelas quais são responsáveis.

Pelo Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário há a presunção da doença ocupacional e o benefício por incapacidade será automaticamente deferido quando o atestado médico apresentar um código da doença (CID - Código Internacional de Doença) que tenha relação com o CNAE – Código Nacional de Atividade da Empresa – da empresa empregadora do trabalhador. O trabalhador, então, deixa de comprovar o nexo de causalidade entre a doença que contraiu e o trabalho que realiza e, via de corolário, caberá ao empregador comprovar a inexistência de vínculo entre o problema de saúde e a atuação do empregado.

O Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário, portanto, será utilizado na identificação das doenças e acidentes que estariam relacionados à prática de determinada atividade profissional, que influenciará na fixação do FAP.

Cabe destacar que o SAT – Seguro de Acidentes de Trabalho, previsto constitucionalmente⁴²⁴ para o fim de custear os benefícios previdenciários decorrentes de acidente de trabalho, foi substituído pelo chamado RAT – Risco Ambiental do Trabalho – que consiste em uma contribuição da empresa, cuja atividade preponderante aumenta e/ou reduz o risco de acidente de trabalho. O índice varia entre 1, 2 ou 3%, dependendo da classificação leve, médio ou grave (artigo 22, inciso II, da Lei nº 8.212/1991, com redação dada pela Lei nº 9.732/1998).

⁴²³ Altera o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, disciplina a aplicação, acompanhamento e avaliação do Fator Acidentário de Prevenção - FAP e do Nexo Técnico Epidemiológico.

⁴²⁴ “Art. 7º, XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;[...].”

Juliana de Oliveira Xavier Ribeiro é oportuna ao observar que a visão da perícia médica ao determinar o reconhecimento do NTEP passa a não ser mais individualista e sim coletivista⁴²⁵, salientando que a empresa deverá elaborar o que denominamos Balanço Hominal, ou seja, declarar formalmente em determinado lapso temporal os sistemas de prevenção de acidente e doenças ocupacionais que implementou, a quantidade de trabalhadores lesionados, que medidas está tomando para reverter este quadro negativo⁴²⁶.

Com efeito, as doenças ocupacionais de origem psicológica, como é a síndrome de *Burnout*, podem ser reconhecidas como acidente de trabalho pelo NTEP, vez que há previsão legal no anexo II do referido Decreto nº 3.048/1999 no quadro transtornos mentais e do comportamento relacionados com o trabalho, consoante visto no item 3.2.2 desta dissertação. Para tanto, basta a perícia médica do INSS estabelecer a relação entre a atividade da empresa (CNAE) e a entidade mórbida motivadora da incapacidade, que será concedido ao segurado o benefício previdenciário decorrente de acidente de trabalho, garantindo de imediato ao empregado a estabilidade provisória do artigo 118 da Lei nº 8213/91⁴²⁷.

3.3 – PREVENÇÃO DAS AGRESSÕES PSÍQUICAS PELAS EMPRESAS

3.3.1 – Fundamentos para a imposição de limites ao poder do empregador e ao abuso de direito

O poder do empregador representa um dos efeitos do contrato de trabalho, como afirma Maurício Godinho Delgado, isto é, o poder empregatício é o conjunto de

⁴²⁵ RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. O nexó técnico epidemiológico e a responsabilidade pelo meio ambiente do trabalho. In: DARCANCHY, Mara Vidigal (Coord.). *Responsabilidade social nas relações laborais*: homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento. São Paulo: LTr, 2007. p. 171.

⁴²⁶ Idem, ibidem, p. 172.

⁴²⁷ “Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.”

prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego⁴²⁸.

Entretantes, a subordinação jurídica é o principal elemento para caracterização da relação de emprego, e decorre do poder de comando do empregador (que é o dono dos meios de produção), estando sujeito, o empregado, a receber ordens⁴²⁹. O empregado se insere na organização estrutural do empregador, recebe ordens, é fiscalizado e pode ser punido.

Para Eduardo Milléo Baracat, a subordinação jurídica deve ser objetiva, ou seja, quando permite verificar a existência de autonomia do trabalhador, e se, de fato, assume o risco do empreendimento⁴³⁰. Explica, com mais detalhes, que, se o serviço prestado se insere na organização produtiva da empresa, não há autonomia, já que o trabalhador não auto-organiza a própria atividade, mas deixa seu trabalho ser utilizado na estrutura da empresa, como essencial à realização da finalidade desta⁴³¹.

O poder do empregador, contudo, que dá azo à subordinação jurídica caracterizadora da relação de emprego, não é ilimitado e não pode ser considerado um direito absoluto decorrente da propriedade privada. O próprio *ius variandi*, como faculdade patronal para alterar as condições de trabalho, também deve obedecer a certos limites que a própria legislação trabalhista impõe, *ex vi* do artigo 468 da CLT⁴³², e ao *ius resistentiae* do empregado⁴³³, em uma concepção hodierna que a doutrina tem

⁴²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 629.

⁴²⁹ Para Paul Colin, citado por Ricardo José Engel, por subordinação entende-se um estado de dependência real criado por um direito, o direito de o empregador comandar, dar ordens, donde nasce a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens. Cfr. ENGEL, Ricardo José. *O jus variandi no contrato individual de trabalho: estudo teórico-crítico em face de princípios gerais do direito aplicáveis ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 80.

⁴³⁰ BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 167.

⁴³¹ Idem, *ibidem*, p. 167.

⁴³² “Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.”

⁴³³ No magistério de Délio Maranhão, o dever de obediência do empregado vai até onde vai o contrato. Seria atentatória da liberdade humana a obediência fora dos limites traçados pela destinação econômica da prestação de trabalho. A personalidade do empregado não se anula com o contrato de trabalho, razão pela qual lhe é reconhecido certo *ius resistentiae* no que respeita às determinações do empregador. Assim, pode ele, legitimamente, recusar-se ao cumprimento de uma ordem, por exemplo, que o coloque em grave risco, que fuja à natureza do trabalho contratado, que o humilhe ou diminua moralmente, que seja ilícita, ilegal ou de execução extraordinariamente difícil (MARANHÃO, Délio et alii. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 244. v. 1).

denominado de funcionalização do conceito de *ius variandi*⁴³⁴, focada nos princípios fundantes da Carta da República de 1998 e nos direitos fundamentais.

Assim, o empregador deve agir em conformidade com os preceitos constitucionais e infraconstitucionais de proteção à saúde física e mental do trabalhador. Como bem lembrado por Zeno Simm, **a utilização dos direitos fundamentais** no seio das relações laborais tem também a **função de limitar ou restringir os poderes empresariais**, notadamente no que respeita ao poder de mando, de controle e de fiscalização⁴³⁵. E continua:

Com efeito, assim como inicialmente os direitos fundamentais foram idealizados para conter os abusos e excessos do Estado ou de quem tinha o poder, protegendo o indivíduo do árbitro, da mesma forma se dá atualmente no âmbito laboral, invocando-se esses direitos como limites aos abusos de poder do empregador.⁴³⁶

José Affonso Dallegrave Neto informa que, em nome de um legítimo poder de comando (*ius variandi*), boa parte das empresas vem conduzindo suas atividades de forma abusiva, infligindo danos materiais e morais aos seus subordinados, e, em situações mais graves, assediando-os moral e sexualmente⁴³⁷.

O limite de atuação do poder empregatício do empregador, desta forma, deve atender os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, inciso III), do solidarismo (artigo 3.º, inciso I) e da função social da propriedade (artigo 170, inciso III), evitando-se atitudes patronais que causem prejuízos psicofísicos ao trabalhador, como é o caso da síndrome de *Burnout*.

Com efeito, diante dessas premissas de ordem constitucional não se pode admitir o amplo e absoluto poder potestativo do empregador, assim compreendido como um dos efeitos do ato jurídico decorrente da prerrogativa assegurada pela ordem jurídica ao titular para exercê-lo de acordo com a sua vontade ou seu interesse. É um poder de influir sobre situação jurídicas de modo próprio, unilateral e automático⁴³⁸.

⁴³⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. Ob. cit, p. 349.

⁴³⁵ SIMM, Zeno. Obra citada, p. 73.

⁴³⁶ Idem, ibidem, p. 73.

⁴³⁷ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. Ob. cit, p. 349.

⁴³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Obra citada, p. 649.

O contraponto do direito potestativo é a existência de um dever sob titularidade da parte contrária ou da comunidade geral, ensina Maurício Godinho Delgado⁴³⁹. Como exemplo, citam-se as estabilidades provisórias existentes, no ordenamento brasileiro, que inibem o direito do empregador em rescindir o contrato de trabalho (sem justo motivo), a Lei nº 9.029/95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e o artigo 373-A, inciso VI, que veda o empregador ou preposto proceder a revistas íntimas nas empregadas.

Noutro vértice, o artigo 2º da CLT, ao estabelecer que o empregador assume os riscos da atividade econômica, extrai-se o caráter da alteridade da relação de emprego, que representa o fato de o empregado deixar de trabalhar por conta própria para trabalhar por conta de outrem, ou seja, da subordinação decorrente do poder empregatício do empregador, estando sujeito, o empregado, a receber ordens, limitando-se, via de consequência, a sua autonomia, em uma posição de dependência (em âmbito jurídico).

A alteridade⁴⁴⁰, portanto, tem por finalidade proteger o empregado dos riscos a que pode se submeter o empregador, e, obviamente, os riscos ambientais compreendem a dimensão do conteúdo normativo da alteridade, ou seja, o empregador deve zelar por um hígido meio ambiente de trabalho.

O artigo 187 do Código Civil⁴⁴¹ estabelece, ainda, a normatização da teoria do abuso de direito na esfera da responsabilidade civil, mas é o artigo 421, do mesmo diploma legal, na qualidade de cláusula geral, ao enunciar que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contratual”, que impõe uma

⁴³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Obra citada, p. 650.

⁴⁴⁰ José Augusto Rodrigues Pinto informa que Manuel Alonso Olea indica a alteridade como elemento essencial da caracterização do contrato de trabalho, consistente em ser sempre o trabalho do empregado prestado em benefício de outrem, no caso, o empregador. Apesar de ser verdadeira essa constatação, José Augusto Rodrigues Pinto não vê a alteridade como requisito essencial, mas como mero elemento componente da subordinação, pois é em razão desta que o empregado não pode aplicar sua energia em proveito próprio (PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 111).

⁴⁴¹ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

conduta respeitosa e leal das partes contratantes, de forma a ser, qualquer abuso, considerado um ilícito que ensejará a devida e justa indenização.

O abuso de direito, segundo Fernando Noronha, é instituto que se consolidou contra um entendimento tradicional, sintetizado no brocardo *qui suo jure utitur neminem laedit*, quem faz uso de seu direito não lesa ninguém⁴⁴². Segundo o mesmo jurista, hoje existe consenso em que o abuso de direito está ligado à violação do princípio da boa-fé (dever de agir de acordo com determinados padrões mínimos, socialmente reconhecidos, de lisura e lealdade), constituindo mesmo a principal figura que pode assumir essa violação⁴⁴³.

Ainda em razão do princípio da boa-fé objetiva, como será no tópico seguinte desta pesquisa, existem deveres anexos de conduta do empregador, que devem ser observados antes, no decorrer e após o término do contrato de trabalho. A boa-fé objetiva, como limitadora dos direitos subjetivos, tem por objetivo inibir comportamentos que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção⁴⁴⁴, pois só assim estará a atingir a função social que lhe é cometida.

A atividade empresarial não pode ser concebida como um mecanismo de interesse unilateral e egoísta do empregador para, a qualquer custo, almejar lucros, tratando o trabalhador mero objeto para esse fim. A ordem jurídica moderna exige uma atuação empresarial focada no respeito à dignidade do trabalhador, na qualidade de vida e no cumprimento das finalidades sociais da empresa.

3.3.2 – A boa-fé objetiva e a função social do contrato de emprego

O tema “boa-fé objetiva” é de fundamental importância para a compreensão da existência de deveres de conduta que devem permear os negócios jurídicos (direito obrigacional) nas relações trabalhistas, porquanto nestes encontra-se o elemento homem que representa o núcleo de proteção da atual ordem constitucional.

⁴⁴² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 370. v. 1.

⁴⁴³ Idem, ibidem, p. 370.

⁴⁴⁴ No Direito do Trabalho, essa função da boa-fé objetiva se destina a restringir o potestativo do empregador, como, por exemplo, despedir o empregado acometido da AIDS (prática discriminatória).

A partir novo paradigma da boa-fé objetiva, Judith Martins-Costa visualiza uma nova concepção de direito obrigacional (declínio do voluntarismo⁴⁴⁵), desvinculado da visão atomística e estática da relação obrigacional dos anos oitocentistas (apegados ao individualismo e patrimonialismo), que valorizavam a vontade humana sem contestações.

A relação obrigacional não é provinda só da vontade (contrato) ou da lei (delito), mas, igualmente, de atos existenciais, tais como os referentes ao suprimento das necessidades básicas dos indivíduos na sociedade contemporânea, manifestados nas “condutas socialmente típicas”⁴⁴⁶. Como adverte Judith Martins-Costa,

não se trata do reconhecimento de uma ‘relação de fato’ – originária da crítica à consagrada expressão ‘relação contratual de fato’ – mas, como escreve Ludwig Raiser, de estabelecer se é possível qualificar como oferta, ou como aceitação, o comportamento típico de um sujeito em certas situações próprias da sociedade de massas, em especial nos casos de contratação massiva.⁴⁴⁷

O contrato social, então, exsurge como novo paradigma decorrente do declínio da autonomia privada⁴⁴⁸, representando fonte imediata de todos os deveres obrigacionais, enquanto que a lei, o delito, a vontade e os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato como fontes mediatas⁴⁴⁹.

Judith Martins-Costa salienta a importância na pujança aos valores propugnados na Constituição da República, como auto-referência. Certamente esse é um desejo moderno, principalmente no Direito do Trabalho para o fim de se mitigar os males do neoliberalismo, dando-se proeminência aos princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana e do solidarismo. Nesta banda, Eduardo Milléo Baracat, registrou que o princípio da boa-fé é o instrumento pelo qual é possível conformar a aplicação dos institutos jurídicos existentes de acordo com os princípios constitucionais,

⁴⁴⁵ Expressão consagrada por Michel Villey. Cfr. MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p 397.

⁴⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Obra citada*, p. 397-398.

⁴⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 398-399.

⁴⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 408.

⁴⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 403-404.

ou seja, é o condutor dos princípios constitucionais que estão no vértice do sistema para o microssistema trabalhista⁴⁵⁰.

A doutrina distingue a boa-fé objetiva da chamada boa-fé subjetiva. Nesta, denota-se estado de consciência, ou convencimento individual de obrar em conformidade ao direito aplicável⁴⁵¹. Já para aquela, segundo a conotação que adveio da interpretação do § 242 do Código Civil Alemão (BGB) para as relações contratuais⁴⁵², de larga força expansionista em outros ordenamentos (atualmente no Brasil também), como técnica legislativa de cláusula geral, denota modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta de forma honesta, leal, com probidade⁴⁵³.

De fato, a boa-fé objetiva constitui um importante mecanismo para oxigenar um sistema jurídico fechado (“norma proteifórmica”⁴⁵⁴). Na sociedade contemporânea, a boa-fé objetiva vem se consolidando como base fundamental dos negócios jurídicos, em especial no Direito do Trabalho, flexibilizando a rigidez da *pacta sunt servanda*. Lado a lado, a função social do contrato, expressamente previsto no artigo 421 do Código Civil Brasileiro⁴⁵⁵, é importante norteador para a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito obrigacional, para o cumprimento dos deveres de conduta e para o agir com ética.

Aqui cabe distinguir princípio e cláusula geral. Com a impossibilidade de o sistema fechado permitir a solução satisfatória de todos os problemas, percebeu-se a necessidade de instrumentos que permitissem a abertura do sistema.

O princípio da boa-fé objetiva, como os demais princípios gerais de direito, trata-se de inequívoca norma⁴⁵⁶, salientando que a pós-modernidade⁴⁵⁷ conduziu os princípios ao centro do sistema jurídico, atribuindo-lhes *status* de norma jurídica.

⁴⁵⁰ BARACAT, Eduardo Milléo. Obra citada, p. 76.

⁴⁵¹ Idem, ibidem, p. 411.

⁴⁵² António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro informa que o BGB consagrou a boa-fé objetiva em termos éticos e a objetiva no setor contratual (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 1288).

⁴⁵³ BARACAT, Eduardo Milléo. Obra citada, p. 411.

⁴⁵⁴ Expressão utilizada por Judith Martins-Costa. Cfr. MARTINS-COSTA, Judith. Obra citada, p. 413.

⁴⁵⁵ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

⁴⁵⁶ Cfr. BARACAT, Eduardo Milléo. Obra citada, p. 66.

⁴⁵⁷ Na dicção de Carlyle Popp, por pós-modernismo, pelo menos no campo do Direito, deve-se compreender uma revisão dos postulados clássicos oriundos do Estado Liberal e do Estado Social,

Ensina Eduardo Milléo Baracat que o princípio da boa-fé atua como regra que imputa deveres de conduta às partes, que decorrem de juízos de valor formulados de acordo com exigências básicas de justiça e moral, formadas em função de uma consciência jurídica da comunidade⁴⁵⁸. Entende que

É necessário, portanto, na formulação do conceito de princípio da boa-fé ter-se sempre em vista um *standard*, ou seja, uma norma de conduta, judicial ou extrajudicial. E esse *standard* pode ser tanto 'uma prática constante e idêntica dos mesmos atos por todos ou pela maior parte dos indivíduos integrantes da coletividade', que, em consequência, 'adquire uma certa cogência, integrando os usos e costumes do tráfico, que passam a reger a conduta dos indivíduos', como regras e princípios, tanto de Direito do Trabalho quanto constitucionais ou gerais de direito.

O princípio da boa-fé, por isso, não pode ter o seu conteúdo definido previamente, pois dependerá sempre da definição de um *Standard*, o que não significa que o princípio da boa-fé seja um *standard*, mas, sim, que faz parte do seu conteúdo a existência de um *standard* que será sempre variável, pois dependerá da verificação do caso concreto, tendo como parâmetro, repita-se, as regras e princípios jurídicos, em geral, notadamente os constitucionais e os de Direito do Trabalho.⁴⁵⁹

As cláusulas gerais, de outro lado, são disposições normativas que, dispondo, intencionalmente, de forma aberta, fluida ou vaga, outorga ao juiz um mandato para que, à vista dos casos concretos, crie completamente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar forma do sistema⁴⁶⁰. Para Pietro Perlingieri, legislar por cláusula gerais significa deixar ao juiz, ao interprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato⁴⁶¹, sempre aplicadas

passando-se a privilegiar a confiança e a ética, com um renascimento da importância do ser humano. O pós-modernismo reflete uma crise, crise no Direito posto e como usualmente interpretado, convidando o intérprete a uma leitura do ordenamento jurídico em face da nova realidade social, compelindo-o a uma alteração na forma de pensar o Direito (POPP, Carlyle. Considerações sobre a boa-fé objetiva no direito civil vigente – efetividade, relações empresariais e pós-modernidade. In: TONIN, Marta Marília; GEVAERD, Jair (Coord.). *Direito empresarial e cidadania: questões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 18-19.

⁴⁵⁸ BARACAT, Eduardo Milléo. Obra citada, p. 67.

⁴⁵⁹ Idem, ibidem, p. 67. (grifos no original)

⁴⁶⁰ Idem, ibidem, p. 68.

⁴⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. Obra citada, p. 27.

pela lógica do solidarismo constitucional. No Código Civil Brasileiro, à guisa de exemplo⁴⁶², tem-se o artigo 186⁴⁶³, o artigo 422⁴⁶⁴ e o parágrafo único do artigo 927⁴⁶⁵.

Conquanto, em tese, admita-se que haja distinção entre os princípios jurídicos e as cláusulas gerais, não se verifica efetiva diferença entre o princípio da boa-fé e a cláusula geral da boa-fé. Isto porque a cláusula geral da boa-fé contém precisamente o princípio da boa-fé, assim com entende Judith Martins-Costa⁴⁶⁶ e Eduardo Milléo Baracat⁴⁶⁷.

Da boa-fé objetiva extraem-se três funções, segundo José Affonso Dallegrave Neto, quais sejam: 1) canône interpretativo-integrativo dos contratos; 2) limitadora do exercício de direitos subjetivos; e, 3) fonte de deveres de conduta contratual⁴⁶⁸.

A boa-fé, como cânone hermenêutico-integrativo, tanto para Eduardo Milléo Baracat⁴⁶⁹ como para Judith Martins-Costa⁴⁷⁰, decorre da necessidade de qualificar os comportamentos essenciais para a concretização do contrato para a plena produção dos efeitos desejados.

José Affonso Dallegrave Neto acrescenta que, além do princípio *in dubio pro operario*, aplicado como diretriz de interpretação quando da colação de normas

⁴⁶² Cfr. MARTINS-COSTA, Judith. Obra citada, p. 349. A Autora se reporta aos artigos do Código Civil quando ainda em fase de projeto de lei.

⁴⁶³ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁴⁶⁴ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Na 1ª Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal de setembro de 2002, adotaram-se as seguintes interpretações do artigo 422: Enunciado 24 - Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa; Enunciado 25 - Art. 422: o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual; Enunciado 26 - Art. 422: a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.

Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/>>. Acesso em: 31 jul. 2008.

⁴⁶⁵ “Art. 927. [...]”

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

⁴⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Obra citada, p. 316.

⁴⁶⁷ BARACAT, Eduardo Milléo. Obra citada, p. 68.

⁴⁶⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. Ob. cit., p. 344.

⁴⁶⁹ BARACAT, Eduardo Milléo. Obra citada, p. 182.

⁴⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Obra citada, p. 428.

trabalhistas dúbias, a boa-fé objetiva também serve de canône exegético⁴⁷¹, conforme prevê o artigo 113 do Novo Código Civil: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Uma das conseqüências da assunção do Estado Social e de seus valores humanitários foi a mitigação do dogma da vontade. No contrato de trabalho, na condição de um contrato de massa da sociedade contemporânea, tonifica-se essa mudança em razão da necessidade de atribuir uma função social para a eficaz proteção do trabalhador.

Aldacy Rachid Coutinho explica que a despatrimonialização do direito redimensiona o contrato de uma função primordialmente economicista para uma voltada ao cidadão, observando que a direção do empregador estaria restrita ao cumprimento do contrato, na exata medida da ordenação do labor. **Não se trataria de um poder sobre a pessoa do empregado, senão sobre o objeto do contrato, limitado sempre à observância da dignidade da pessoa trabalhadora**⁴⁷². Neste viés, conclui:

mais do que uma função puramente econômica, o contrato funciona como instrumental que permite o acesso à símbolos narcísicos, num projeto universal de nossa cultura que vem auxiliando a manutenção do sistema capitalista de mercado e que deve voltar novamente ao cidadão trabalhador e aos valores éticos da sociedade⁴⁷³.

O fim social do contrato de trabalho, para Eduardo Milléo Baracat, tem como núcleo a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, cujo objetivo é assegurar a todos existência digna, conforme os ditamos da justiça social, observados, dentre outros, os princípio da função social da propriedade, livre concorrência e busca pelo pleno emprego⁴⁷⁴.

A boa-fé objetiva como limitadora dos direitos subjetivos, tem por objetivo inibir comportamentos que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois

⁴⁷¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. Ob. cit., p. 346.

⁴⁷² COUTINHO, Aldacy Rachid. Função social do contrato individual de trabalho. _____; DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). *Transformações do direito do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 46.

⁴⁷³ Idem, ibidem, p. 48.

⁴⁷⁴ BARACAT, Eduardo Milléo. Obra citada, p. 184.

só assim estará a atingir a função social que lhe é cometida. Para Baracat, trata de desdobramento da teoria do abuso de direito, ou seja, o exercício do direito deve, à luz da boa-fé, sofrer limitações, quando exercido abusivamente⁴⁷⁵.

A terceira função da boa-fé objetiva, como fonte criadora de deveres anexos (ou secundários, ou ainda, instrumentais ou acessórios ou laterais⁴⁷⁶), decorre autonomamente dos deveres principais do contrato, sendo considerados deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses, e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor. José Affonso Dallegre Neto ensina que essa função tem por finalidade:

Irradiar aos contratantes deveres de conduta leal e fiel não só ao que foi avençado, mas em sintonia com as regras legais e aos valores supremos estampados na Carta da República: dignidade e proteção do trabalhador visto como homem-cidadão. *Ex vi legis*: arts. 1º, III, 7º e 170 da CF/88.⁴⁷⁷

Nesta esteira, ensina Clóvis do Couto e Silva que a partir da obra Hermann Staub, em que se manifesta no Direito germânico do conceito de “quebra antecipada do contrato” sob a denominação de “quebra positiva do contrato”, inicia-se uma concepção de relação obrigacional, com deveres secundários vinculados à aplicação do princípio da boa-fé⁴⁷⁸. Para António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, a violação positiva do contrato corresponde a uma terceira forma de violação das obrigações, junto da mora e da impossibilidade e abrange as hipóteses de mau cumprimento da prestação principal e de inobservância dos deveres acessórios⁴⁷⁹.

Os deveres anexos, podem ser sistematizados da seguinte forma, consoante lição de Judith Martins-Costa:

⁴⁷⁵ BARACAT, Eduardo Milléo. Obra citada, p. 186.

⁴⁷⁶ São todas expressões que se reportam, direta ou indiretamente, às denominações alemãs *Nebenpflichten*, uma vez ter sido a doutrina germânica a pioneira em seu tratamento. Cfr. MARTINS-COSTA, Judith. Obra citada, p. 348.

⁴⁷⁷ DALLEGRE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. Ob. cit., p. 347.

⁴⁷⁸ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 38.

⁴⁷⁹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Obra citada, p. 1291.

a) *deveres de cuidado, previdência e segurança*, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito; b) *deveres de aviso e esclarecimento*, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu desideratum [...]; c) *dever de informação*, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo [...]; d) *dever de prestar contas*, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; e) *deveres de colaboração e cooperação*, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; f) *deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte*, como, v.g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; g) *deveres de omissão e de segredo*, com o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou negociações preliminares, pagamento, por parte de devedor, etc.⁴⁸⁰

Nas relações trabalhistas, em especial no que tange ao meio ambiente do trabalho, fica evidente a necessidade da estrita observância dos deveres anexos, como, por exemplo, a obrigação do empregador adotar medidas de segurança e medicina do trabalho, tornando o meio ambiente de trabalho sadio e agradável. O assédio moral, v.g., é um fenômeno comum nos dias atuais, e decorre da violação do dever de cuidado, proteção e de lealdade com o empregado. Deste descumprimento, pode-se ocasionar doenças ocupacionais como a síndrome de *Burnout* (considerado acidente de trabalho).

Atento a essa realidade, Zeno Simm alerta que o papel normativo do princípio da boa-fé objetiva, entre outros, é de atribuir obrigações que são secundárias ou acessórias dos deveres principais, dentre os quais aquelas oriundas do pacto psicológico no sentido de proporcionar ao trabalhador um ambiente de trabalho psicologicamente sadio⁴⁸¹.

Portanto, em razão do princípio da boa-fé objetiva, tendente a oxigenar o microsistema trabalhista, os poderes do empregador devem ser limitados para atender os deveres laterais de conduta que devem entremear os contratos de emprego, sempre objetivando a proteção da dignidade do trabalhador.

⁴⁸⁰ Cfr. MARTINS-COSTA, Judith. Obra citada, p. 439. (grifos no original)

⁴⁸¹ SIMM, Zeno. Obra citada, p. 83.

3.3.3 – Princípio da função social da empresa: origem, conceito e fundamentos constitucionais

A origem do princípio da função da empresa decorre naturalmente do desenvolvimento da compreensão da função social à propriedade como um dos resultados dos efeitos nefastos do Estado Liberal do século XVIII, também conhecido como “Estado Gendarme” na acepção de Kant, segundo informa Gisela Maria Bester⁴⁸², ou ainda de igual modo conhecido como Estado-mínimo, pois um de seus princípios fundamentais implicava na proteção dos direitos individuais e à limitação do poder estatal⁴⁸³ (para garantir a liberdade e a “igualdade formal” e que incentivassem as atividades lucrativas).

Já no final do século XIX e início do século XX, a ideologia liberal adentrou em uma crise existencial, decorrente de vários fatores sociais. A Revolução Industrial transformou o modo de vida dos trabalhadores, antes artesanais durante a Idade Média, agora vinculados monetariamente ao empregador, privados do acesso aos meios de produção e reduzidos à mera condição de vendedores de força de trabalho, passando a depender, exclusivamente, para sobreviver, das condições de mercado. O emprego de mulheres e crianças era assustador, trabalhando cerca de 14 a 18 horas diárias, até caírem exaustas⁴⁸⁴. E o liberalismo mostrava-se insensível à sorte dos trabalhadores e combatia todas as iniciativas destinadas a melhorar a condição de vida dos pobres⁴⁸⁵. Essa passagem histórica é comentada da seguinte forma por E. K. Hunt e Howard J. Sherman:

Não resta dúvida que o capitalismo industrial foi erigido à custa dos sofrimentos e das privações da classe operária, cujo acesso aos frutos do desenvolvimento econômico foi negado. Para ampliar a sua margem de lucros, os capitalistas submeteram-na aos mais degradantes excessos. A razão fundamental dos grandes males que caracterizavam esse período foi o ‘poder absoluto e irrefreável dos capitalistas’. Nessa era heróica de grandes

⁴⁸² BENITEZ, Gisela Maria Bester. Quando, por que, em que sentido e em nome de que tipo de empresa o Estado contemporâneo deixa de ser empresário? In: TONIN, Marta Marília; GEVAERD, Jair (Coord.). *Direito empresarial e cidadania: questões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 128.

⁴⁸³ FACHIN, Zulmar. Obra citada, p. 167.

⁴⁸⁴ HUNT, E.K.; SHERMAN, Howard J. Obra citada, p. 73-74.

⁴⁸⁵ Idem, *ibidem*, p. 88-89.

empreendimentos, tal poder era reconhecido, admitido e mesmo proclamado com uma franqueza brutal. Ninguém devia se meter nos negócios do patrão, que se sentia livre para fazer o que bem entendesse, julgando disponível qualquer outra justificativa para a sua conduta. A única coisa que devia aos empregados eram os salários; e, estes, uma vez pagos, nada mais tinham a reclamar dele.⁴⁸⁶

Para Gisela Maria Bester, o Estado Liberal

garantia e fazia valer os direitos à liberdade e à propriedade – os que mais interessavam à classe burguesa – sem se importar com as necessidades prementes das parcelas desfavorecidas da população, isto é, com a efetiva realização material dos direitos ligados ao princípio da igualdade. Prevvia apenas uma igualdade formal, a mera igualdade de todos perante a lei, regra de ouro do constitucionalismo liberal. Isso levou à insuficiência de igual tratamento entre desiguais, notadamente na primeira metade do século XX: ‘na ironia de Anatole France, a lei reconhece igualmente a pobres e ricos o direito de dormir debaixo das pontes de Paris’.⁴⁸⁷

Como reação a essa insensibilidade do capitalismo liberal (*output*⁴⁸⁸), exsurge uma nova ideologia que pudesse enfrentar o excesso de individualismo e os abusos contra a classe operária. A severidade da Grande Depressão na década de 1930 e as duas Guerras Mundiais levaram muitos economistas a romperem com a visão liberal, adotando-se as idéias do economista britânico John Maynard Keynes: da intervenção governamental em escala maciça para assegurar o emprego. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, as idéias de Keynes influenciaram o presidente Franklin Roosevelt que, em 1933, implementou o chamado “*new deal*”, um programa econômico e social que visava principalmente a ajuda aos carentes e o subsídio à geração de empregos.

Os direitos sociais passam a ser protegidos e tutelados, de forma que a economia deveria agir para o bem-estar da sociedade, e não vice-versa. As primeiras Constituições a inserirem em seus textos os direitos sociais, buscando a chamada

⁴⁸⁶ HUNT, E.K.; SHERMAN, Howard J. Obra citada, p. 75-76.

⁴⁸⁷ BENITEZ, Gisela Maria Bester. Quando, por que, em que sentido e em nome de que tipo de empresa o Estado contemporâneo deixa de ser empresário. Ob. cit., p. 128-129. (grifos no original)

⁴⁸⁸ O termo *output* é extraído da linguagem sistêmica de Niklas Luhman. José Affonso Dallegrave Neto explica da teoria sistêmica depreende-se que, sendo o Direito um subsistema da sociedade global, sua manifestação é sempre cíclica, através da demanda (input), respostas (output) e retroalimentação (feedback). Cfr. DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Transformações das relações do trabalho à luz do neoliberalismo. _____; COUTINHO, Aldacy Rachid; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). *Transformações do direito do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 52.

“justiça social”, foram a do México de 1917 e a da Alemanha de 1919 (Constituição de Weimar). Iniciou-se a era do denominado “Constitucionalismo Social”, que teve sua primeira manifestação no Brasil na Constituição de 1934, estando presente em todas as Constituições posteriores⁴⁸⁹.

A Igreja Católica também exerceu importante papel ao endossar na Encíclica *Rerum Novarum* (de 15 de maio de 1891, que trata sobre a condição dos operários), do Papa Leão XIII, a preocupação com problemas sociais decorrentes do capitalismo monopolista e externar dura crítica contra a ideologia comunista encabeçada por Karl Marx e Friedrich Engels, sugerindo sugestões⁴⁹⁰. Zulmar Fachin assim resume o texto da referida Encíclica:

Se, por um lado, contestava o direito de greve e defendia o direito de propriedade, por outro, foi uma voz em defesa dos trabalhadores explorados. Argumentava que os patrões não deveriam tratar os trabalhadores como escravos, mas respeitar sua dignidade de homem, pois é o trabalho de seu corpo, fornecendo-lhe um meio de subsistência, que faz a honra do homem. Desse modo, reconheceu como vergonhoso e desumano o uso dos homens como instrumentos de lucro e advertiu que os patrões não devem impor aos seus subordinados um trabalho superior à suas forças ou desproporcional à sua idade ou à sua condição sexual.⁴⁹¹

Forma-se o chamado Estado Social, também chamado de Estado Social de Direito, ou Estado Intervencionista, Estado Providência ou ainda *Welfare State* (Estado do Bem-Estar Social). Lenio Streck e José Luis Bolzan de Moraes identificam com exatidão o que caracteriza um Estado como intervencionista, embora o seja desde sempre:

⁴⁸⁹ FACHIN, Zulmar. Obra citada, p. 43.

⁴⁹⁰ Na parte final da Encíclica, consignou-se: “Tome cada um a tarefa que lhe pertence; e isto sem demora, para que não suceda que, adiando o remédio, se tome incurável o mal, já de si tão grave. Façam os governantes uso da autoridade protectora das leis e das instituições; lembrem-se os ricos e os patrões dos seus deveres; tratem os operários, cuja sorte está em jogo, dos seus interesses pelas vias legítimas; e, visto que só a religião, como dissemos no princípio, é capaz de arrancar o mal pela raiz, lembrem-se todos de que a primeira coisa a fazer é a restauração dos costumes cristãos, sem os quais os meios mais eficazes sugeridos pela prudência humana serão pouco aptos para produzir salutareos resultados.” Tradução oficial em português retirada da página eletrônica do Vaticano. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 9 jul. 2008.

⁴⁹¹ FACHIN, Zulmar. Obra citada, p. 329.

A intervenção estatal no domínio econômico não cumpre papel socializante; antes, muito pelo contrário, cumpre, dentre outros, o papel de mitigar os conflitos do Estado Liberal, através da atenuação de suas características – a liberdade contratual e a propriedade privada dos meios de produção -, a fim de que haja a separação entre os trabalhadores e os meios de produção.

Decorre daí a necessidade de impor uma ‘função social’ a estes institutos e a transformação de tantos outros.

Da propriedade com direito de pleno uso, gozo e disposição, passamos a uma exigência funcional da propriedade, sendo determinante sua utilização produtiva e não mais seu título formal.

Igual sentido perpassa pela liberdade contratual, hoje condicionada por um dirigismo econômico estatal.⁴⁹²

Com efeito, a partir da Encíclica *Rerum Novarum*, reafirmada pela Encíclica *Quadragesimo Anno*, de 1931 (visava refrear a livre concorrência e o monopólio, promover a correta distribuição dos bens, de sorte que uma classe não excluísse a outra e buscando suprir as deficiências do contrato de trabalho e ainda reconheceu a função social do capital, declarando que este nada vale sem o trabalho, nem o trabalho sem o capital⁴⁹³), e com a assunção do Estado Social, três importantes feições passaram a influenciar os novos valores jurídicos: 1) função social da propriedade; 2) mitigação da autonomia da vontade e 3) igualdade material.

Especificamente com relação à função social da propriedade, que é objeto desta dissertação no presente tópico, tem por escopo legal o artigo 5º, inciso XXIII⁴⁹⁴ e o artigo 170, inciso III⁴⁹⁵, ambos da Constituição da República de 1988.

Segundo Eros Roberto Grau, a função social da propriedade trata de um princípio impositivo⁴⁹⁶, assim se manifestando:

⁴⁹² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 64.

⁴⁹³ Cfr. OLIVEIRA, Eloete Camilli. A função social da empresa. HASSON, Roland (Coord.). *Direito dos trabalhadores & direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 191.

⁴⁹⁴ “XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”

⁴⁹⁵ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]”

III - função social da propriedade;”

⁴⁹⁶ Para José Joaquim Gomes Canotinho, nos princípios constitucionais impositivos subsumem-se todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados. Estes princípios designam-se, muitas vezes, por preceitos definidores dos fins do Estado. Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Obra citada, p. 1150-1151.

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer* – ao detentor do poder que deflui da propriedade.⁴⁹⁷

A chamada função social da empresa não está expressamente prevista na Carta Magna de 1988, como sugere o título deste capítulo. Mas, conforme adverte Evaristo de Moraes Filho, a empresa é um exemplo de propriedade privada, no meio de muitas mais⁴⁹⁸. Explica, na seqüência:

A função social não cabe só à empresa e sim a qualquer espécie de propriedade que tenha relações com a coletividade, que possa ser utilizada de modo anti-social ou malicioso, em prejuízo de muitos. É por demais conhecida a doutrina de Duguit neste sentido, não vindo fora de propósito também lembrar o disposto no artigo 153 da Constituição de Weimar, *in fine*: ‘a propriedade gera obrigações. Seu uso deve ser a mesmo tempo um serviço em prol do interesse social’.

Se isso pode ser dito da propriedade em geral, com mais razão cabe ser aplicado à empresa verdadeira célula de produção econômica, em torno da qual começa a organizar-se a própria vida econômica e profissional. Pelo que representa de organismo produtivo, pelos serviços que presta à coletividade (embora mediante lucro, é claro), pelo emprego que dá a seus servidores, dos quais dependem os familiares destes, tudo isso basta para ressaltar a inequívoca função social que desempenha a empresa, em qualquer regime político: corporativo, capitalista ou comunista.⁴⁹⁹

Na lição de José Affonso Dallegre Neto, na mesma linha de raciocínio, quando o constituinte estabeleceu que a ordem econômica deve se atentar para o princípio da função social da empresa, atingiu a empresa que é uma das unidades econômicas mais importantes no hodierno sistema capitalista⁵⁰⁰. E arremata:

⁴⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. Obra citada, p. 259. (grifos no original)

⁴⁹⁸ MORAES FILHO, Evaristo. *Do contrato de trabalho como elemento da empresa*. São Paulo: LTr, 1993. p. 257.

⁴⁹⁹ Idem, *ibidem*, p. 257-258. (grifos no original)

⁵⁰⁰ DALLEGRE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. Ob. cit., p. 335.

Tal função social impõe não só proibições, mas, sobretudo, um comportamento positivo da empresa. Quando manifestada na esfera trabalhista, significa um atuar em favor dos empregados, o que, na prática, é representado pela valorização do trabalhador, por meio de ambiente hígido, salário justo e, acima de tudo, por um tratamento que enalteça a sua dignidade enquanto ser humano (CF, arts. 1º, 3º, 6º, 7º, 170 e 193).⁵⁰¹

Eloete Camilli Oliveira salienta que o exercício de qualquer atividade econômica reclama a existência da empresa e a intervenção do Estado na economia visa impedir que a excessiva concentração do poder econômico e garantir a livre iniciativa e a competição sadia⁵⁰². Continua:

A função social como princípio constitucional tem por objetivo respeitar a dignidade da pessoa humana, e encontra-se inserida de forma intrínseca à propriedade privada, demonstrando que o sentido de direito subjetivo sucumbiu diante do interesse coletivo.⁵⁰³

Para Modesto Carvalhosa a empresa tem uma **óbvia função social**, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais⁵⁰⁴. De forma didática, expõe as três modernas funções sociais da empresa:

A primeira refere-se à condições de trabalho e às relações com seus empregados, em termos de melhoria crescente de sua condição humana e profissional, bem como dos seus dependentes. A segunda volta-se aos interesses dos consumidores, diretos e indiretos, dos produtos e serviços prestados pela empresa, seja em termos de qualidade, seja no que se refere a preços. A terceira volta-se ao interesse dos concorrentes, a favor dos quais deve o administrador da empresa manter práticas equitativas de comércio, seja na posição de vendedor, seja na de comprador.⁵⁰⁵

Entretantes, em outro ponto de vista, Fabio Leandro Tokars, analisando o contexto neoliberal, entende que, por inexistir sanção para o descumprimento da função

⁵⁰¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. Ob. cit., p. 353.

⁵⁰² OLIVEIRA, Eloete Camilli. Obra citada, p. 204.

⁵⁰³ Idem, ibidem, p. 204-205.

⁵⁰⁴ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 276. v. 3.

⁵⁰⁵ Idem, ibidem, p. 276.

social da empresa, torna-se tal fenômeno completamente estéril⁵⁰⁶. Por isso a referida função social deve ser vista como uma válvula de escape psicossocial, ou seja, um instrumento de aparente conquista social que, em realidade, acaba por atuar exatamente de forma oposta, mantendo privilégios ou impedindo a real conquista de interesses sociais⁵⁰⁷. Exemplifica:

Caso clássico de válvula de escape psicossocial é a Consolidação da Leis do Trabalho, atualmente vista muito mais como um instrumento de limitação do que de concessão dos direitos trabalhistas, e, que, à época de seu lançamento, atuou socialmente como mecanismo de estabilização, impedindo a potencialização dos movimentos trabalhistas.⁵⁰⁸

Conclui, então, que, ainda que seja socialmente exigida uma atuação empresarial que apresente preocupação social, a mera previsão normativa não se faz capaz de garantir materialmente os interesses da sociedade⁵⁰⁹.

Efetivamente é uma posição cética e negativista ao fenômeno incontestável das conquistas sociais que abroham desde o século XVIII e especialmente após as duas grandes guerras mundiais.

Cabe aqui cancelar a conclusão de Norberto Bobbio, ao afirmar que, por mais fundamentais que sejam, **os direitos do homem são direitos históricos**, ou seja, nascidos em certas condições, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes⁵¹⁰. Assim, a função social da propriedade, aqui incluída a empresa, deve ser vista de acordo com as circunstâncias que a originaram, de forma que no presente, e futuro, se evitem as mazelas que o mundo vivenciou com o excessivo individualismo e patrimonialismo (direito de propriedade absoluto), em detrimento da pessoa humana (aos direitos do homem).

Neste sentido, José Afonso da Silva realça a importância da função social da propriedade (assim considerada toda e qualquer tipo de propriedade) porque, além de

⁵⁰⁶ TOKARS, Fabio Leandro. Função social da empresa. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). *Direito civil constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 84.

⁵⁰⁷ Idem, ibidem, p. 95.

⁵⁰⁸ Idem, ibidem, p. 95-96.

⁵⁰⁹ Idem, ibidem, p. 96.

⁵¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 38.

prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditamos da justiça social⁵¹¹. Na seqüência, ao tratar da função social da empresa, que, para ele, também pode se denominar “função social da propriedade dos bens de produção” ou, ainda, “função social do poder econômico”, em cotejo com o disposto no artigo 5º, XXIII, inciso da Constituição de 1988, ensina:

O art. 170, III, ao ter a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica, reforça essa tese, mas a principal importância disso está na sua compreensão como um dos instrumentos destinados à realização da existência digna de todos e da justiça social. Correlacionando essa compreensão com a valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*), a defesa do consumidor (art. 170, V), a defesa do meio ambiente (art. 170, VI), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII), tem-se configurada a sua direta implicação com a *propriedade dos bens de produção*, especialmente imputada à empresa pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial.⁵¹²

Com efeito, a Constituição de 1988 não nega o direito de propriedade, ou como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “o direito exclusivo do dono sobre a coisa”⁵¹³, mas exige que o uso da coisa seja condicionado ao bem-estar geral⁵¹⁴, ou, nas palavras de Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, no seio da empresa, a harmonia entre os diferentes interessados supõe, primeiramente, o respeito às normas-objetivo inscritas na Constituição, como a busca da justiça social e a valorização do trabalho, condição da dignidade humana⁵¹⁵.

No local de trabalho, onde atua como ator principal o empregado, fica evidente a necessidade de as empresas contemporâneas observarem a sua função social,

⁵¹¹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 812.

⁵¹² Idem, ibidem, p. 814. (grifos no original)

⁵¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 353.

⁵¹⁴ Idem, ibidem, p. 353.

⁵¹⁵ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 365.

consubstanciada no cumprimento das normas legais trabalhistas, em especial de segurança e medicina do trabalho (proteção ao meio ambiente do trabalho), no respeito aos direitos da personalidade, no bem-estar individual de seus empregados, e, acima de tudo, atento à dignidade da pessoa humana.

3.3.3.1 – Os efeitos do neoliberalismo sobre a função social da empresa

Após a Segunda Guerra Mundial, como um movimento de reação política contra o Estado-intervencionista, surge o chamado neoliberalismo, cuja materialização não foi rápida, afirma Fernando Hoffmann, cristalizando-se apenas com a crise do petróleo no ano de 1973, causadora de recessão e inflação⁵¹⁶. Cecília Caballero Lois esquadrinha a gênese e o propósito desse ideário, baseado na obra “O caminho da servidão” de Friedrich August Hayek:

Hayek considerava as políticas de Keynes para a redução de empregos essencialmente inflacionárias, já que não sustentavam o aumento da moeda corrente. Ao defender exatamente o contrário, ou seja, a necessidade imperiosa de reduzir a circulação de moedas acaba por receber o título informal de *monetarista* e projeta-se definitivamente no debate econômico. Suas idéias, que de forma geral advogam a não-intervenção do Estado na economia, lançam uma crítica feroz ao *welfare state* e, conseqüentemente, à intervenção do Estado sobre o mercado, tiveram pronta acolhida entre alguns dos mais importantes economistas da época com ele formaram, na Suíça, a Sociedade de Monte Pèlerin (também chamada Escola Austríaca). Dele faziam parte intelectuais liberais do mundo inteiro e seu maior objetivo foi (re)pensar as bases de uma sociedade verdadeiramente livre, regida unicamente pela complexidade do mercado em oposição a uma ordem artificial que, sustentada pelo trabalho, e administrada de forma centralizada, fatalmente ao empobrecimento e à servidão.⁵¹⁷

Abili Lázaro Castro de Lima informa que as idéias de Hayek implementaram uma nova ordem global que se exteriorizou no denominado “Consenso de Washington”, que consubstanciava três medidas básicas: 1) acabar com a inflação; 2) privatizar; 3) deixar o mercado regular a sociedade, através da redução do papel do Estado, sendo os seus

⁵¹⁶ HOFFMANN, Fernando. Estado, neoliberalismo, globalização e economia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 35, p. 175, 2001.

⁵¹⁷ LOIS, Cecília Caballero. Friedrich August Hayek. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 418. (grifos no original)

principais protagonistas as grandes corporações internacionais, sobretudo as norte-americanas⁵¹⁸.

A Inglaterra, de Margareth Thatcher (1979) e os EUA, de Ronald Reagan (1980), foram os primeiros Estados capitalistas a adotarem o neoliberalismo. No Brasil, o primado do neoliberalismo chegou no ano de 1990, com a assunção de Fernando Collor de Mello na Presidência. No governo de Fernando Henrique Cardoso (1994-2002) as idéias neoliberais foram inegavelmente aplicadas, dando-se ênfase nas “privatizações” (desestatização de empresas públicas), em medidas para flexibilizar as condições de trabalho⁵¹⁹, e na mudança da Constituição para adaptação do novo pensamento econômico⁵²⁰.

É importante colacionar a divisão da história do capitalismo para demonstrar a trajetória do projeto sócio-cultural da modernidade, vista por Boaventura de Sousa Santos, em três períodos⁵²¹: a primeira fase, que denomina de capitalismo liberal, cobre todo o século XIX, caracteriza-se pelo Estado Mínimo decorrente do princípio *laissez faire*⁵²²; a segunda fase nasce no final do século XIX e se estende até meados da década de 60, onde surge o Estado Providência, que chama para si a gestão dos conflitos entre o capital e o trabalho⁵²³; a terceira fase, conhecida como capitalismo desorganizado, começa nos finais dos anos 60 e ainda continua. É caracterizado pelo surgimento de empresas multinacionais (transnacionalização da economia), que tornam possível a redução da capacidade estatal de regular a economia (vigora o princípio do mercado); pelos mecanismos corporativos de regulação de conflitos entre capital e trabalho; pela redução dos salários, pela flexibilização e automação dos processos

⁵¹⁸ LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 159.

⁵¹⁹ Sérgio Pinto Martins explica que a palavra flexibilização é um neologismo, não encontrada nos dicionários, e é originária do espanhol *flexibilización*. O mesmo jurista também esclarece que o certo não seria falar em flexibilização do Direito do Trabalho, mas em flexibilização das condições de trabalho, pois são estas que serão flexibilizadas. Cfr. MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*, São Paulo: Atlas, 2000, p. 22.

⁵²⁰ Por meio do poder constituinte derivado, promulgando Emendas Constitucionais, como exemplo, as de nº 19 e 20, ambas de 1998.

⁵²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 79.

⁵²² Idem, *ibidem*, p. 81.

⁵²³ Idem, *ibidem*, p. 85.

produtivos; pela industrialização no terceiro mundo; em suma, o Estado Providência entra em crise, havendo um certo regresso ao período do capitalismo liberal⁵²⁴.

Nasce a globalização econômica, como apanágio do neoliberalismo, embora alguns pensadores considerem um fenômeno único⁵²⁵, que acarretou uma severa mudança de comportamento da sociedade. Alguns primados do liberalismo clássico ressuscitam, como o individualismo e o incentivo à abertura de mercados, buscando-se a maximização do lucro⁵²⁶.

Gisela Maria Bester Benitez foi profícua ao identificar, em 2004, os motes do neoliberalismo:

Enfim, atualmente a globalização do capitalismo está em praticamente todos os países, independente de seus regimes políticos e de suas tradições culturais. E identificar se um Estado globalizado traz consigo a experimentação concreta dos postulados do neoliberalismo é fácil: basta verificar, em primeiro lugar, as inversões de capitais e inovações tecnológicas promovidas por corporações transnacionais e associações desta com empresas nacionais estatais; em seguida, é só perceber se, paralelamente, são realizadas no país reformas institucionais e constitucionais, compreendendo a desestatização de empresas, a paulatina desregulamentação da economia, a diminuição da verba estatal para as questões sociais, a mudança da legislação trabalhista para flexibilizar as relações de trabalho. Neste processo promove-se a abertura de mercados, facilitando a formação de trustes, cartéis, e monopólios também transnacionais.⁵²⁷

Dinaura Godinho Pimentel Gomes entende que o neoliberalismo, antes de tudo, é uma teoria globalizante, utilizada como paradigma econômico e político nessas últimas duas décadas, que assim se traduz:

Conjunto de políticas e processos a permitirem a um número relativamente pequeno de interesses particulares controlar a maior parte possível da vida social no planeta com o objetivo de alcançar o máximo de benefícios individuais, sempre em prol do mais ricos, a gerar, com isso, um formidável crescimento da desigualdade econômica e social entre povos e nações.⁵²⁸

⁵²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Obra citada, p. 87.

⁵²⁵ Abili Lázaro Castro de Lima cita como exemplo o jurista Edmundo Lima de Arruda Junior. Cfr. LIMA, Abili Lázaro Castro de. Obra citada, p. 156.

⁵²⁶ Zulmar Fachin denomina de “Estado Privado” a referência ao modelo de Estado que adotou os motes neoliberais. Cfr. FACHIN, Zulmar. Obra citada, p. 176.

⁵²⁷ BENITEZ, Gisela Maria Bester. Quando, por que, em que sentido e em nome de que tipo de empresa o Estado contemporâneo deixa de ser empresário? Ob. cit., p. 138.

⁵²⁸ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Obra citada, p. 115.

José Affonso Dallegrave Neto aponta a financeirização e mundialização do capital, a globalização da mídia, do consumo e da mão-de-obra e a perda da soberania nacional em face da hegemonia dos blocos regionais como características na sociedade pós-moderna⁵²⁹. Para o mesmo jurista, são três os reflexos dos novos valores da sociedade pós-moderna nas relações de trabalho: a) aumento de desemprego mundial, b) reestruturação do sistema produtivo e c) precariedade nas condições de trabalho⁵³⁰.

O desemprego assola o mundo, principalmente em decorrência da tecnologia que reduziu significativamente as oportunidades de emprego. O Brasil esteve colocado em 3º lugar no *ranking* mundial do desemprego no início deste século, segundo informa Dallegrave Neto, decorrente das altas taxas de juros, baixo valores das aposentadorias que incentivam a permanência do aposentado no mercado de trabalho e o início precoce do trabalho infantil em face de um deficiente acesso à escola pública e insuficiente renda familiar⁵³¹.

A reestruturação do sistema produtivo, com a adoção de novos métodos gerenciais de recursos humanos, como, v.g., as chamadas readministração e a reengenharia (maior produção, maior produtividade, com menor custo operacional⁵³²), mudaram o panorama do mundo, com vistas à maximização dos lucros e, frise-se, sem a intervenção do Estado. O empregado deve ter uma resistência mínima à mudança (RM), sob pena de ser excluído do mercado⁵³³.

A globalização e a chamada terceira revolução industrial⁵³⁴ afetaram sobremaneira o mercado de trabalho mundial gerando a precariedade nas condições de trabalho.

⁵²⁹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Análise de conjuntura socioeconômica e o impacto no Direito do Trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coord.). *Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade*. São Paulo: LTr, 2003. p. 12.

⁵³⁰ Idem, *ibidem*, p. 17.

⁵³¹ Idem, *ibidem*, p. 18-19.

⁵³² Idem, *ibidem*, p. 20.

⁵³³ Idem, *ibidem*, p. 20.

⁵³⁴ De acordo com Jeremy Rifkin a Terceira Revolução Industrial ou Revolução Tecnológica surgiu imediatamente após a II Guerra Mundial e começa a apresentar impactos significativos no modo como a sociedade organiza sua atividade econômica. Robôs com controle numérico, computadores e softwares avançados estão invadindo a última esfera humana – os domínios da mente. Adequadamente programadas, estas novas “máquinas inteligentes” são capazes de realizar funções conceituais,

A função social da empresa é colocada em xeque-mate, pois, pela filosofia neoliberal, a liberdade de atuação no mercado não admite intervenções do Estado, o que de fato atinge as relações trabalhistas, que são normas de ordem pública originadas de um Estado atuante e protetor. Mas, como bem retratado por José Affonso Dallegre Neto:

é espúrio asseverar que o modelo de Estado Social e sua Constituição Dirigente encontram-se superados em função da mudança axiológica da sociedade. Como visto, há tão-somente uma tentativa de persuasão da ideologia neoliberal, por meio de segmentos importantes da mídia e da influência direta das avaliações de performances feitas pelas agências estrangeiras de consultoria e investimento. [...]
Enquanto o neoliberalismo aponta para a desregulamentação, a Constituição aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas públicas distributivas.⁵³⁵

Embora não se negue que as transformações do mundo do trabalho atingiram o Brasil, e não há como voltar atrás, a função social da empresa não pode ser olvidada, ainda mais em matéria de segurança e medicina do trabalho, onde a pessoa do trabalhador é o alvo de proteção incontestável do ordenamento jurídico, que assegura a todos **existência digna** (artigo 170, *caput*, da CRFB/88).

3.3.3.2 – A diminuição do papel do Estado e o aumento da atuação empresarial

A economia de mercado, que ultrapassa fronteiras geográficas e políticas e dita as regras esvaziando o Estado e sua soberania, reflete-se na organização da sociedade, impondo padrões de consumo e de comportamento que interessam

gerenciais e administrativas e de coordenar o fluxo de produção, desde a extração da matéria-prima ao marketing e à distribuição do produto final de serviços (RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho*. São Paulo: Makron Books, 2001. p. 64).

⁵³⁵ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Sistema jurídico e proeminência da constituição. Ob. cit., p. 152.

diretamente aos novos centros de poder⁵³⁶. Observa-se a internacionalização dos meios produtivos com a busca de competitividade através de utilização de mão de obra que excede as fronteiras, e que desloca o Estado para espaço mínimo e que acaba por trazer como reflexos o abalo das instituições, a perda de garantias e a fragmentação de conquistas⁵³⁷.

Neste contexto, nas últimas décadas o Brasil veio dando mostras de que pretende voltar a ser meramente mínimo, apenas guardião da segurança dos bens, das pessoas e dos contratos, conforme adverte Gisela Maria Bester Benitez - e até nisso é ineficaz - no melhor estilo de Estado-Vigia, garantidor dos direitos liberais clássicos, de cunho individualista⁵³⁸.

De tal sorte, o neoliberalismo está arraigado no pensamento econômico e na atividade empresarial brasileira. Mudanças comportamentais são evidentes, especialmente nos modos de produção, sempre objetivando à “maximização dos lucros”.

Da segunda era do capitalismo (assim denominado por Boaventura de Sousa Santos), quase nada permaneceu. Época conhecida como fordismo (ou sistema gerencial fordista), foi substituído pelo novo modo de administração empresarial chamado de toyotismo⁵³⁹, que exigiu um novo tipo de envolvimento operário, baseado na subordinação formal-intelectual do trabalho⁵⁴⁰. Interessante destacar que a “captura do consentimento” do operário do toyotismo, ensina Giovanni Alves, é a emulação individual pela estruturas estimulantes do emprego vitalício, e, hoje, pelos novos sistemas de pagamento (salário por antiguidade, bônus de produtividade ou participação nos lucros e resultados)⁵⁴¹. Trabalha-se em equipe, e a partir da sua produção que se determina o pagamento em caso de performance. Se a equipe não

⁵³⁶ MINARDI, Fabio Freitas; GOMES, Miriam Cipriani; TUPONI JUNIOR, Benedito. As relações de trabalho e o panorama sócio-econômico da pós-modernidade. *Conhecimento Interativo*, São José dos Pinhais, v. 3, n. 2, p. 70, jul./dez. 2007.

⁵³⁷ Idem, ibidem, p. 70.

⁵³⁸ BENITEZ, Gisela Maria Bester. Quando, por que, em que sentido e em nome de que tipo de empresa o Estado contemporâneo deixa de ser empresário? Ob. cit., p. 145.

⁵³⁹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na legislação trabalhista: reforma trabalhista ponto a ponto*. São Paulo: LTr, 2002. p. 153.

⁵⁴⁰ ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 30.

⁵⁴¹ Idem, ibidem, p. 51.

atingir os objetivos, mesmo que apenas um colega falhe, o grupo perde o pagamento do bônus.

O paradigma de produção fordista caracterizava-se pela concentração de todas as etapas de produção no mesmo espaço físico (*the big is beautiful*); uma linha de produção rígida; uma hierarquia verticalizada; um grande estoque de produção (*just-in-case*) e a ausência de variedade dos produtos colocados no mercado, como foi colocado por Dallegrave Neto.

François Chesnais explica como se sustentou o sistema fordista e como agia para “capturar o consentimento” do empregado:

Três séries de formas institucionais parecem ter sido particularmente ‘essenciais’ para assegurar, pelos menos durante 25 anos, a acumulação capitalista pelo fordismo. Os primeiros são os que permitiam gerir, no sentido do crescimento, uma das conseqüências nas centrais da acumulação capitalista: ter feito do trabalho assalariado a forma absolutamente predominante de inserção social e de acesso à renda. Até o começo da década de 1970, o sistema soube gerar, por meio dos elementos constitutivos da relação salarial fordista, um nível de emprego assalariado suficientemente alto e suficientemente bem pago para preencher as condições de estabilidade social e, ao mesmo tempo, criar os traços necessários à produção de massa (isto é, para assegurar o ‘fechamento macroeconômico’). Os segundos são os que criam, a nível monetário e financeiro, um ambiente monetário internacional estável. Este era baseado em taxas de câmbios fixas entre moedas soberanas em seu mercado interno, mas estava marcado também por instituições e mecanismos que criavam um grau significativo de subordinação das finanças às necessidades da indústria (Gonenç, 1993). Mas o mais importante era a existência de Estados dotados de instituições suficientemente fortes para impor ao capital privado disposições de todo tipo e disciplinar o seu funcionamento, e dispor de recursos que lhes permitiam, tanto suprir as deficiências setoriais do investimento privado, como fortalecer a demanda. Essas três séries de relações e formas institucionais forma todas, se não destruídas, pelo menos seriamente danificadas.⁵⁴²

No sistema do toyotismo, passou-se à descentralização das etapas de produção para empresas terceirizadas (*the small is beautiful*); uma linha de produção flexível (*just-in-time*); uma hierarquia horizontalizada; a eliminação de estoques e uma grande variedade de produtos de acordo com a demanda e necessidade do consumidor⁵⁴³. O

⁵⁴² CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. Tradução de Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996. p. 300.

⁵⁴³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na legislação trabalhista: reforma trabalhista ponto a ponto*. Ob. cit., p. 153.

operário deve ser polivalente e versátil, devendo estar apto a operar várias máquinas e desempenhar múltiplas funções simultaneamente⁵⁴⁴.

Dessa mudança de panorama, o Estado brasileiro figura como mero expectador. As empresas multinacionais impõem esses novos sistemas de administração e de produção, e o Estado a nada se opõe. Os empregados sofrem com o ambiente de trabalho muitas vezes hostil, em razão da alta competitividade, e, o Estado, em vez de garantir as condições mínimas para o saudável meio ambiente, se mantém neutro, para não dizer inerte.

Nas palavras inquietas de Gisela Maria Bester Benitez, o Estado brasileiro não estará se encaminhando do mínimo para o nada?⁵⁴⁵

Porém, os últimos acontecimentos decorrentes da crise financeira dos Estados Unidos da América, no mês de março de 2008, colocaram o ideário neoliberal em xeque-mate, para não dizer o seu fim. Luiz Carlos Bresser-Pereira assim noticiou:

Chegou ao fim a onda ideológica neoliberal que dominou o mundo nos últimos 30 anos no quadro da hegemonia americana. Dois fatos ocorridos nas últimas semanas marcaram esse fim inglório; de um lado, o socorro do banco de investimento Bear Stearns; de outro, as revoltas populares em vários dos 33 países hoje seriamente atingidos pelo aumento dos preços dos alimentos. Essa ideologia reacionária que visava reformar o capitalismo global para fazê-lo voltar aos tempos do capitalismo liberal do século 19 revelou ter fôlego curto. E não poderia ser de outra forma, já que estava em contradição com os avanços políticos e institucionais que transformaram o Estado Liberal do século 19 no Estado democrático e social da segunda metade do século 20. [...]. Nos últimos dias, a intervenção para salvar um banco de investimento e a ameaça de fome causada pela elevação dos preços dos alimentos marcam definitivamente o fim da utopia neoliberal de uma sociedade regulada principalmente pelo mercado. Não preciso de maior argumentação para demonstrar por que o socorro do Bear Stearns tem esse sentido. [...]. É absurda, porém, a ideologia que pretende alcançar o bem-estar econômico capitalista sem se beneficiar do desenvolvimento político democrático --- sem contar com a ação corretiva e regulatória do Estado democrático e social que tão arduamente a sociedade moderna vem construindo e do qual faz parte um mercado livre, mas regulado. Não teremos saudades do neoliberalismo.⁵⁴⁶

⁵⁴⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na legislação trabalhista: reforma trabalhista ponto a ponto*. Ob. cit., p. 154.

⁵⁴⁵ BENITEZ, Gisela Maria Bester. Quando, por que, em que sentido e em nome de que tipo de empresa o Estado contemporâneo deixa de ser empresário? Ob. cit., p. 150.

⁵⁴⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Fim da onda neoliberal. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 21. abr. 2008. Caderno Dinheiro, p. 2.

Antes, Martin Wolf, colunista do jornal americano *Financial Times*, já havia comunicado o “fim da era da desregulamentação”:

Recordem a sexta-feira, 14 de março de 2008: foi o dia em que o sonho de um capitalismo de livre mercado e alcance mundial morreu. Por três décadas avançamos na direção de sistemas financeiros propelidos pelo mercado. Com sua decisão de resgatar o Bear Stearns, o Federal Reserve (Fed), instituição responsável pela política monetária dos Estados Unidos e principal defensor do capitalismo de livre mercado, decretou o fim de uma era.

O banco central americano mostrou em forma de ação sua concordância com o sentimento expresso por Joseph Ackermann, presidente-executivo do Deutsche Bank, ao declarar: ‘Não acredito mais que o mercado possa se curar sem interferência’. A desregulamentação encontrou seu limite.⁵⁴⁷

Porém, mesmo que se admita que o neoliberalismo esteja próximo de seu fim, ainda permanecerão resquícios dogmáticos que serão sustentados pelos seus fiéis defensores. Por isso, no Brasil, o aplicador do direito deverá sempre interpretar e aplicar a Constituição da República de 1988 com esteio nos valores do Estado Democrático de Direito e perscrutar os princípios e objetivos estancados nos artigos 1º e 3º, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como no efetivo respeito aos direitos fundamentais.

3.3.4 – Atuação ética das empresas e a prevenção

Outro aspecto a ensejar a necessidade de proteção do meio ambiente do trabalho é a atuação ética na atividade empresarial, mesmo porque ser ético nas relações obrigacionais (contratuais) deixou de ser uma opção sob o novo Código Civil⁵⁴⁸. Do desdobramento da proteção exsurge a necessidade da prevenção, que, unidos, resultam no agir ética das empresas.

⁵⁴⁷ WOLF, Martin. Os limites da liberalização. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 26 mar. 2008. Caderno Dinheiro, p. 11.

⁵⁴⁸ MOREIRA, Joaquim Manhães. *A ética empresarial e o novo código civil*. Disponível em: <http://www.manhaesmoreira.com.br/htmls/mmaa%20na%20m%C3%ADdia%5Cvalor%5Cempresarial_po rtugues.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2008.

O termo “ética” não possuiu um significado consensual entre autores⁵⁴⁹, mas a expressão “agir com ética” parece mais objetivo, porquanto demonstra um ato de ação, de atuar de acordo com os valores morais e de boa-fé predominantes na sociedade.

Fábio Konder Comparato faz uma extensa análise da ética sob um ângulo sociológico, partindo das grandes construções filosóficas e de modelos pessoais de vida desde a antiguidade, para entender como foi moldada a mentalidade da sociedade moderna. Ele emprega a palavra “ética”, então, num sentido bem largo, abrangendo o conjunto dos sistemas de dever-ser, que formam, hoje, os campos distintos do direito, da moral e da religião⁵⁵⁰. A ética moderna, portanto, reflete a influência efetiva das idéias de cada época que tiveram modelagem das instituições sociais, econômicas e políticas do mundo moderno.

Partindo deste ponto de vista, fica mais fácil perceber que “agir com ética” na atividade empresarial contemporânea (**ética empresarial** – sentido *stricto sensu* de “ética”), é reconhecer as conquistas sociais do Estado Social e atuar em conformidade com os valores constitucionais, em especial os princípios fundamentais previstos no artigo 1º da Constituição da República de 1988, bem como nos princípios gerais da atividade econômica (artigo 170 da CRFB/88).

Assim, tanto a proteção à saúde do trabalhador, como a prevenção às agressões psíquicas, são corolários de uma postura compatível com a ética, baseada, fundamentalmente, na devida observância das normas positivadas de segurança e medicina do trabalho e, principalmente, nos princípios que integram a tábua axiológica da Carta da República de 1988.

Para Márcia Novaes Guedes, devem ocorrer mudanças nas condições de trabalho, em especial, racionalizar o tempo com atividades que permitam desafogar o estresse, de modo inteligente e urbanizado e estimulando-se o espírito de

⁵⁴⁹ Marta Marília Tonin explica que não existe uma definição consensual de ética e o conceito oscila, segundo os autores, entre a reflexão sobre a noção de Bem e os enunciados das regras normativas. Cfr. TONIN, Marta Marília. Ética empresarial, cidadania e sustentabilidade. In: *XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional - CONPEDI*, 2006, Recife. Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Não paginado.

⁵⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética – direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 18.

colaboração⁵⁵¹. Ela também sugere métodos de prevenção no comportamento da direção da empresa. Nos treinamentos, o ideal seria incorporar habilidades para reconhecer conflitos e tratá-los de forma mais produtiva, e, especificamente com relação ao assédio moral, treinar os gerentes e responsáveis do departamento de recursos humanos para que aprendam a monitorar as primeiras indicações de conflito e prevenir a deterioração do *mobbing*, evitando as agressões oriundas de colegas de trabalho e de superiores hierárquicos, inclusive, punindo os agressores e concedendo à vítima a assistência adequada⁵⁵².

Adela Cortina salienta que a profissão de diretor de empresa (executivo com poderes de mando e gestão) não pode ser exercida apenas com a preocupação na carreira, pois, para ela:

*El alcance ético de una profesión es mucho más amplio que el de una carrera. Es verdad que la del directivo es una profesión que tiene entre sus metas la de conseguir éxito. Pero ¿a cualquier precio? Parece que no. En este sentido, el éxito puede ser un caramelo envenenado. No puede proporcionar dinero, autoestima, poder y prestigio social, pero también nos puede hacer pagar un alto precio por ello. Precio que se paga en la medida en que la profesión se plantea única y exclusivamente como carrera. Término éste que supone una parcelación y fragmentación de la vida social, delimitando comunidades cerradas con reglas propias de ascenso, prestigio y promoción.*⁵⁵³

A prevenção é de suma importância e por isso, segundo realçam Luiz Salvador e Luciana Cury, o empregador deve assegurar ao trabalhador um ambiente de trabalho sadio, proporcionado-lhe que quando for demitido esteja em plenas condições de retornar ao mercado de trabalho, posto que sabido que conta apenas com a sua força de trabalho para retirar o sustento à sua subsistência e da família⁵⁵⁴.

⁵⁵¹ GUEDES, Márcia Novaes. Obra citada, p. 163.

⁵⁵² Idem, ibidem, p. 165.

⁵⁵³ CORTINA, Adela. *Ética de la empresa: claves para una nueva cultura empresarial*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 105-106.

⁵⁵⁴ SALVADOR, Luiz; CURY, Luciana. Síndrome de burnout. *Juris Síntese*, Porto Alegre, n. 40, mar./abr. 2003. Não paginado. CD-ROM.

Além do mais, a prevenção tende a reduzir os gastos públicos com remédios e atendimentos ambulatoriais e psicológicos, bem como os gastos com benefícios previdenciários. Não se olvide que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (artigo 194 da CRFB/88), ou seja, é a sociedade (aliás, a mesma que sustenta os Poderes Públicos) que arcará com despesas para tratamentos das doenças ocupacionais relacionadas ao trabalho.

É oportuno citar a lição de Lydia Guevara Ramírez, que, com propriedade, demonstra o contexto atual da sociedade pós-moderna:

A direção empresarial pode causar o *burnout* com ânimo de lucro, de obter mais ganância, pela eficiência e pela produtividade, reduzindo pessoal e fazendo recair sobre poucos trabalhadores os pés do trabalho de um grupo anterior para reduzir os custos e obter o benefício de uma economia de custos e não de pessoas, danificando ao ser humano e atentando também contra sua integridade moral ao limitar seus descansos, possibilidades de capacitação, de ócio, de atenção à família, de contatos com outros profissionais onde nascem as idéias e os resultados.⁵⁵⁵

Um bom exemplo de medidas preventivas foi relatado por Margarida Maria Silveira Barreto. Segundo ela, algumas indústrias do ramo químico, farmacêutico e de cosméticos, no Brasil, a prevenção dá lugar à chamada “promoção da saúde”, existindo espaços destinados à práticas de danças, ginásticas, exercícios, a atividades culturais e de lazer⁵⁵⁶. Todavia, a mesma autora salienta que essa prática, denominada de programa “Qualidade de Vida”, onde são priorizados hábitos saudáveis de alimentação, esportes e comportamento, embora voltada, teoricamente, para todos os trabalhadores, na prática, é vivenciado tão-somente para os empregados da área administrativa, de vendas e aos executivos. Os empregados “chão de fábrica”, aqueles que trabalham na linha de produção, ainda não são beneficiados por tal prática⁵⁵⁷. Então, a iniciativa da “saúde perfeita”, adotada por várias empresas, é um início da preocupação com a

⁵⁵⁵ RAMÍREZ, Lydia Guevara. Obra citada, não paginado.

⁵⁵⁶ BARRETO, Margarida Maria Silveira. Obra citada, p.115-116.

⁵⁵⁷ Idem, ibidem, p. 116.

saúde do trabalhador, mas, infelizmente, ainda é restrita aos cargos coronários (áreas administrativa, gerencial e comercial).

Por outro lado, algumas empresas vêm implementando Códigos de Conduta Ética⁵⁵⁸ onde podem inserir normas de vedação ao assédio moral, como acontece, por exemplo, com a empresa Petrobrás Distribuidora S/A, onde foi implementado um Código de Ética⁵⁵⁹, aplicável a todo o sistema Petrobrás. O oitavo princípio deste Código de Ética assim está disposto:

VIII. O Sistema Petrobrás compromete-se com o respeito e a valorização das pessoas em sua diversidade e dignidade, em relações de trabalho justas, numa ambiência saudável, com confiança mútua, cooperação e solidariedade.

No capítulo destinado às relações do Sistema Petrobrás com os seus Empregados, foi abordado em tópico específico o assédio moral (item 3.9), com a seguinte redação:

3.9. não praticar nem se submeter a atos de preconceito, discriminação, ameaça, chantagem, falso testemunho, assédio moral, assédio sexual ou qualquer outro ato contrário aos princípios e compromissos deste Código de Ética, e denunciar imediatamente os transgressores; [...].

Como visto, medidas como esta tendem a impor uma conduta ética pelos empregados, sejam eles chefes ou subalternos, delineada por princípios e compromissos expressos, que, em caso de descumprimento, poderá implicar na

⁵⁵⁸ Na lição de Adela Cortina, os Códigos de Conduta são uma das formas mais habituais de se explicitar e aclarar o **patrimônio moral** de uma empresa. Tratam de declarações corporativas que contribuem para a compreensão do patrimônio moral da empresa, a fim de ajudar na solução de conflitos, na orientação de decisões e no apontamento das responsabilidades. Para ela, os Códigos de Conduta *son un conjunto de normas (princípios guías o directrices) que la empresa elabora con el fin de clarificar las relaciones que establece, determinar las responsabilidades, orientar el trabajo profesional, integrar a las personas en un proyecto de cooperación y regular la conducta de quienes trabajan en ella*. Cfr. CORTINA, Adela. Obra citada, p. 118-119.

⁵⁵⁹ Disponível em: <<http://www.br.com.br/portalbr/calandra.nsf>>. Acesso em: 26 jul. 2008. O Código de Ética da Petrobrás abrange os membros dos Conselhos de Administração, dos Conselhos Fiscais, das Diretorias Executivas, os ocupantes de funções gerenciais, os empregados, os estagiários e os prestadores de serviços do Sistema Petrobrás, constituindo compromisso individual e coletivo de todos e de cada um deles cumpri-lo e promover seu cumprimento, em todas as ações da cadeia produtiva o Sistema Petrobrás e nas suas relações com todas as partes interessadas.

adoção de medidas disciplinares, conforme expressamente previsto, v.g., no Código de Ética do sistema Petrobrás.

De outra banda, a ética é o suporte para a sustentabilidade, lembra Marta Marília Tonin, conceituado a sustentabilidade como o resultado das ações humanas fundadas na ética e tempo por base a transversalidade das políticas públicas⁵⁶⁰. O desenvolvimento sustentável, portanto, pode-se afirmar, é norteado pela ética na atuação empresarial, focada na defesa da sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

Prejudicada a ética, prejudicada estará a sustentabilidade da empresa, afirma Ana Paula Pavelski, eis que trabalhadores reificados (coisificados) e insatisfeitos, significarão serviços, produtos, atividades de toda sorte, com qualidade prejudicada, influenciado nas relações da empresa com seus consumidores, por exemplo⁵⁶¹.

Se em tempos de pós-modernidade, como lembra José Affonso Dallegrave Neto, constata-se um “vazio ético” em razão do niilismo e depreciação de valores superiores e morais⁵⁶², não há como negar que o conceito de ética empresarial está intimamente relacionado ao conceito de responsabilidade social, confiança negocial, transparência e boa-fé no cumprimento das obrigações⁵⁶³.

É uma falácia negar a imbricação entre o agir ético da empresa contemporânea e a adoção de medidas preventivas, mesmo porque o princípio da prevenção e da precaução, mencionado no capítulo 1 desta dissertação, orientam o Direito Ambiental e, via de consequência, o meio ambiente do trabalho.

3.3.5 – Atuação do Ministério Público do Trabalho

Desde a promulgação da Constituição da República de 1998 o Ministério Público tem um importante papel na sociedade brasileira. O artigo 127 da Constituição

⁵⁶⁰ TONIN, Marta Marília. Obra citada, não paginado.

⁵⁶¹ PAVELSKI, Ana Paula. Assédio moral: falta de ética e prejuízo da sustentabilidade nas empresas. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Coord.). *Controle do empregado pelo empregador: procedimentos lícitos e ilícitos*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 321.

⁵⁶² DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Compromisso social da empresa e sustentabilidade – aspectos jurídicos. *Revista LTr*, São Paulo, ano 71, n. 3, p. 349, mar./2007.

⁵⁶³ Idem, *ibidem*, p. 349.

estabelece que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Gisele Ferreira de Araújo ensina que o Ministério Público, na sociedade moderna, é a instituição destinada à preservação dos valores fundamentais do Estado enquanto comunidade, com total independência do Poder Executivo⁵⁶⁴. Essa independência significa inclusive que o Ministério Público arcara com as custas do processo (taxas, despesas e honorários advocatícios) quando perder as ações que promover⁵⁶⁵.

A Lei Complementar nº 75/1993, em harmonia com o artigo 129, inciso III, da CRFB/88⁵⁶⁶, ao cuidar das atribuições do Ministério Público do Trabalho, determinou no artigo 83:

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

I - promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas;

II - manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção;

III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;

IV - propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores;

V - propor as ações necessárias à defesa dos direitos e interesses dos menores, incapazes e índios, decorrentes das relações de trabalho;

VI - recorrer das decisões da Justiça do Trabalho, quando entender necessário, tanto nos processos em que for parte, como naqueles em que officiar como fiscal da lei, bem como pedir revisão dos Enunciados da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho;

VII - funcionar nas sessões dos Tribunais Trabalhistas, manifestando-se verbalmente sobre a matéria em debate, sempre que entender necessário, sendo-lhe assegurado o direito de vista dos processos em julgamento, podendo solicitar as requisições e diligências que julgar convenientes;

⁵⁶⁴ ARAÚJO, Gisele Ferreira de. Obra citada, p. 155.

⁵⁶⁵ Idem, ibidem, p. 155.

⁵⁶⁶ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...];

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”

VIII - instaurar instância em caso de greve, quando a defesa da ordem jurídica ou o interesse público assim o exigir;
 IX - promover ou participar da instrução e conciliação em dissídios decorrentes da paralisação de serviços de qualquer natureza, oficiando obrigatoriamente nos processos, manifestando sua concordância ou discordância, em eventuais acordos firmados antes da homologação, resguardado o direito de recorrer em caso de violação à lei e à Constituição Federal;
 X - promover mandado de injunção, quando a competência for da Justiça do Trabalho;
 XI - atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho;
 XII - requerer as diligências que julgar convenientes para o correto andamento dos processos e para a melhor solução das lides trabalhistas;
 XIII - intervir obrigatoriamente em todos os feitos nos segundo e terceiro graus de jurisdição da Justiça do Trabalho, quando a parte for pessoa jurídica de Direito Público, Estado estrangeiro ou organismo internacional.

O Ministério Público do Trabalho, portanto, é um dos órgãos do Ministério Público Federal com a incumbência de promover a defesa das leis trabalhistas ambientais por meio da atividade jurisdicional, podendo promover a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, conforme autorizado pelo mencionado artigo 129, inciso III, da CRFB/88, pelo artigo 1º, inciso I, da Lei nº 7.347/1985⁵⁶⁷ e, também, pelo artigo 14, § 1º, parte final, da Lei nº 6.938/1981⁵⁶⁸.

Antes do ajuizamento da ação civil pública, o § 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 autoriza que “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”. Os termos de ajustamento de conduta são considerados títulos executivos extrajudiciais no Direito do Trabalho, por força do artigo 876 da CLT⁵⁶⁹. Alerta Laura Martins Maia de Andrade que

⁵⁶⁷ Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado), e dá outras providências.

⁵⁶⁸ “Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não-cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...] § 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.”

⁵⁶⁹ “Art. 876. As decisões passadas em julgado ou das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo; os acordos, quando não cumpridos; os termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho e os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação

é possível a celebração de compromissos de ajustamento de conduta para prevenir o litígio, mas a sujeitou ao cumprimento das exigências legais, não podendo ser inferior à proteção mínima legalmente outorgada ao bem ou direito tutelado⁵⁷⁰.

Para fazer frente à difícil tarefa de tornar o meio ambiente laboral equilibrado, o Ministério Público do Trabalho vem aprimorando seus instrumentos de intervenção. Por isso criou a Coordenadoria Nacional de Defesa do Meio Ambiente do Trabalho – CODEMAT, pela Portaria PGT nº 410, de 14 de outubro de 2003, cuja finalidade é conjugar esforços para harmonizar as ações desenvolvidas pelo Ministério Público do Trabalho na defesa do meio ambiente laboral, inclusive no que se refere ao relacionamento com outros órgãos e entidades⁵⁷¹.

Segundo o então Coordenador da CODEMAT, Alessandro Santos de Miranda, Procurador do Trabalho da 10ª Região, as estatísticas de acidentes de trabalho no Brasil demonstram a gravidade do problema a ser enfrentado pela Coordenadoria, baseado nos seguintes dados extraídos do Anuário Estatístico da Previdência Social – AEPS/2004⁵⁷²:

QUANTIDADE DE ACIDENTES DE TRABALHO 'REGISTRADOS' POR SETOR DE ATIVIDADE ECONÔMICA

SETOR	ACIDENTES	SETOR	ACIDENTES
Agricultura	37.197	Montagem de veículos e equipamentos	18.789
Comércio	33.788	Setor mineral	12.620
Atendimento hospitalar	32.779	Setores petrolífero e siderúrgico	10.649
Serviços prestados às empresas	28.651	Usinas de açúcar	10.425
Construção civil	28.540	Administração pública	9.194
Transporte e armazenamento	24.766	Outras atividades	6.910

Prévia serão executados pela forma estabelecida neste Capítulo.” Redação dada ao caput pela Lei nº 9.958, de 12.01.2000, DOU 13.01.2000.

⁵⁷⁰ ANDRADE, Laura Martins Maia de. Obra citada, p. 152.

⁵⁷¹ Essa informação foi retirada da página eletrônica do Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/pgtgc/publicacao/engine.wsp?tmp.area=263>>. Acesso em: 3 ago. 2008.

⁵⁷² Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/pgtgc/publicacao/engine.wsp?tmp.area=354>>. Acesso em: 3 ago. 2008.

ACIDENTES DE TRABALHO POR IDADE E GÊNERO

IDADE	MASCULINO	FEMININO	TOTAL
Até 19 anos	14.334	2.693	17.027
20 a 24 anos	70.907	15.927	86.841
25 a 29 anos	69.561	18.902	88.477
30 a 34 anos	56.236	16.707	72.952
35 a 39 anos	47.675	15.407	63.086
40 a 44 anos	38.440	13.563	52.012
45 a 49 anos	28.294	10.106	38.404
50 a 54 anos	17.398	6.287	23.690
55 a 59 anos	8.486	2.733	11.220
60 a 64 anos	3.200	660	3.860
65 a 69 anos	803	161	964
Mais de 70 anos	274	70	344

Portanto, informa Alessandro Santos de Miranda, diante do grande quantitativo de registros de acidentes laborais em todo território nacional, fez-se necessária a propositura de diretrizes institucionais no âmbito do Ministério Público do Trabalho, com a finalidade de priorizar o estabelecimento de políticas de combate a todas as formas de trabalho degradante, com ênfase no combate e na prevenção efetiva de doenças profissionais e acidentes do trabalho, visando ao respeito à dignidade do trabalhador, precipuamente no que se refere às boas condições de segurança, saúde e higiene no trabalho. Desta forma, constituem fundamentos sócio-jurídicos basilares da atuação da CODEMAT:

- a) o desenvolvimento sustentável, visando ao equilíbrio entre os fatores de produção e os de caráter sócio-laboral;
- b) a atuação preventiva, buscando reduzir e eliminar os danos à integridade física, psíquica e moral dos trabalhadores;
- c) a atividade participativa dos interlocutores sociais, convergindo-se os esforços pró-ativos do Estado, das empresas, da sociedade e de diversas instituições na preservação do meio ambiente do trabalho sadio, incluindo o direito à formação profissional permanente e contínua;

- d) a promoção de formas decentes de trabalho, com especial ênfase ao combate às práticas degradantes, condenadas mundialmente;
- e) a garantia da dignidade do trabalhador, primordialmente quanto às boas condições higiênicas, de saúde e de segurança no ambiente laboral.⁵⁷³

Com efeito, o Ministério Público do Trabalho é um organismo estatal de suma importância para a atividade jurisdicional e para a defesa dos direitos coletivos (nestes incluídos os direitos difusos e individuais homogêneos dotados de alto relevo social⁵⁷⁴) na seara do meio ambiente do trabalho. Atualmente, vem demonstrando a necessária preocupação com a sadia qualidade de vida do empregado ao criar a Coordenadoria Nacional de Defesa do Meio Ambiente do Trabalho (CODEMAT), cujos integrantes têm a importante tarefa de impor condutas positivas dos empregadores para a preservação da integridade psicofísica do empregado, garantindo-lhe a dignidade em assegurar um ambiente livre de riscos ambientais.

⁵⁷³ Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/pgtgc/publicacao/engine.wsp?tmp.area=354>>. Acesso em: 3 ago. 2008.

⁵⁷⁴ Expressão adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 470135, da 2ª Turma. Recorrente: Redator do Acórdão Min. Cezar Peluso. DJU 29/06/2007. *Juris Síntese IOB*, Porto Alegre, n. 71, maio/jun. 2008. Não paginado. CD-ROM.

Ementa: 105068633 – LEGITIMIDADE PARA A CAUSA – Ativa. Caracterização. Ministério Público. Ação civil pública. Demanda sobre contratos de financiamento firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação – SFH. Tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos. Matéria de alto relevo social. Pertinência ao perfil institucional do MP. Inteligência dos arts. 127 e 129, incs. III e IX, da CF. Precedentes. **O Ministério público tem legitimação para ação civil pública em tutela de interesses individuais homogêneos dotados de alto relevo social**, como os de mutuários em contratos de financiamento pelo Sistema Financeiro da Habitação. 2 – RECURSO – Embargos de declaração. Acórdão. Correção de erro material na ementa. Revogação de condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé. Embargos acolhidos, em parte, para esses fins. Embargos de declaração servem para corrigir erro material na redação da ementa do acórdão embargado, bem como para excluir condenação ao pagamento de multa, quando descaracterizada litigância de má-fé. (STF – RE-AgR-ED 470135 – MT – 2ª T. – Rel. Min. Cezar Peluso – DJU 29.06.2007) - grifou-se.

CONCLUSÃO

Ao longo desta pesquisa foi possível compreender a importância dos direitos trabalhistas na evolução da defesa do ser humano e, conseqüentemente, da sua dignidade.

A noção de meio ambiente do trabalho, embora não seja mais uma novidade no universo acadêmico, ainda apresenta pontos de obscuridade diante da constante evolução da sociedade e da permanente necessidade de defesa do ser humano. Tanto que já se sustenta a assunção de um novo ramo do Direito: o Direito Ambiental do Trabalho.

A efetiva proteção jurídica da saúde mental do empregado ainda carece de amparo legal, em que pese as evidentes mudanças comportamentais da sociedade contemporânea nas últimas décadas, que transportaram doenças que antes atingiam somente o corpo para agora, também atingirem a mente.

Com efeito, na ausência de lei proibitiva das violências psíquicas no ambiente laboral, é necessário a busca da defesa do empregado nos princípios gerais de direito para essa completude, ou, nas palavras de Juarez Freitas⁵⁷⁵, “completabilidade”, ancorado-se principalmente, no princípio da dignidade da pessoa humana como elo de harmonização no ordenamento jurídico brasileiro.

Os princípios gerais do Direito Ambiental são importantes instrumentos para assegurar o equilibrado meio ambiente do trabalho e, conseqüentemente, a sadia qualidade de vida a que se refere o artigo 225 da Constituição da República de 1988, cuja redação foi certamente influenciada pela Declaração de Estocolmo de 1972.

Dos princípios apontados no item 1.2 desta dissertação, pode-se resumir a aplicação dos mesmos no meio ambiente do trabalho da seguinte forma:

⁵⁷⁵ FREITAS, Juarez. Obra citada, p. 122.

- 1) princípio do desenvolvimento sustentável: na lição de Ignacy Sachs, a combinação entre equidade, prudência ecológica e eficácia econômica da atuação empresarial, atenta ao disposto no artigo 7º, inciso XXII, da Constituição de 1988;
- 2) princípio do poluidor-pagador: a responsabilidade civil objetiva nos acidentes de trabalho;
- 3) princípio da prevenção e da precaução: adoção dos programas de prevenção de riscos ambientais e de controle médico de saúde ocupacional, com a colaboração dos empregados, por intermédio da CIPA, e dos empregadores, por intermédio do SESMT;
- 4) princípio da participação: dever da empresa em informar os riscos da atividade laborativa, com a colaboração dos próprios empregados, que devem respeitar as orientações do empregador;
- 5) princípio da ubiqüidade: adoção de políticas públicas e privadas de proteção à saúde do empregado, confirmando-se o solidarismo constitucional para a defesa da pessoa humana.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, ao incluir o § 3º no artigo 5º da Constituição de 1988, dinamiza a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos ao nivelá-los com *status* de norma constitucional e, portanto, de aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, da CRFB/88). Por isso se afirma que os princípios internacionais estabelecidos nas Convenções da OIT, por tratarem de direitos sociais (direitos fundamentais de segunda dimensão), não devem ser vistos atualmente como simples normas programáticas, mas, sim, normas auto-aplicáveis, em consonância com uma hermenêutica constitucional de revalorização da pessoa humana.

Os direitos de personalidade são base de sustentação para a tutela da pessoa humana, sobretudo no meio ambiente de trabalho para assegurar a integridade psicofísica do empregado e, do mesmo modo, reconhecer o direito fundamental da sadia qualidade de vida. Para tanto, é necessário aceitar a natureza jurídica dos direitos de personalidade, bem como da sadia qualidade de vida, como uma situação subjetiva em razão do novo paradigma da constitucionalização do Direito privado e do

personalismo, mormente que a tutela do ordenamento não se restringe apenas no poder de vontade do titular, mas também, e principalmente, no interesse social.

O meio ambiente do trabalho também está fundeado no princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico do ordenamento pátrio, localizado no ápice da Carta Magna de 1988, do qual se pode extrair outros princípios que lhe dão o necessário recheio para sua concretude, quais sejam: igualdade, integridade física e moral (psicofísica), liberdade e solidariedade. Todos esses princípios jurídicos se manifestam de forma diferente para cada caso, mas o resultado será o mesmo: a proteção da dignidade da pessoa humana.

Todavia, de nada adianta o reconhecimento dos direitos de personalidade e da sadia qualidade de vida, na condição de direitos fundamentais, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana, no meio ambiente do trabalho, se os mesmos não vincularem diretamente as relações interprivadas, especialmente no contexto da globalização e da forte influência neoliberal nas relações trabalhistas, cujo maior objetivo é a flexibilização das condições de trabalho e a desregulamentação das leis trabalhistas. A teoria da eficácia horizontal, portanto, é o caminho escorreito para a aplicação imediata dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, porquanto não se pode negar que terceiros devam respeitar as normas constitucionais.

No caso de conflito entre direitos fundamentais, circunstância natural no reconhecimento da aplicação da teoria da eficácia horizontal e da constitucionalização do Direito privado, é mister a ponderação de valores caso a caso, dando-se ênfase sempre ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O poder do empregador, portanto, está limitado por esta atuação horizontalizada da Constituição, ou seja, pela vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Neste sentido, o poder do empregador não pode focar apenas os valores hedonistas do direito de propriedade, mas, sim, lhe é atribuído pela Constituição uma atuação finalística que não prejudique terceiros. Exsurge a função social da empresa, decorrente da função social da propriedade prevista no artigo 170, inciso III, da CRFB/88, um fenômeno pós-positivista ancorado nos valores do solidarismo constitucional. Conforme ensina Luiz Edson Fachin, ao estabelecer algumas premissas do fenômeno da constitucionalização que atingiu o direito de propriedade, cria-se um

modelo no qual há uma sujeição passiva universal, como se fosse possível que alguém, titular de uma determinada coisa, ao mesmo tempo tivesse um vínculo jurídico com todos os demais, ainda que por abstenção, obrigado a respeitar o direito que emana do outro⁵⁷⁶.

A boa-fé objetiva, igualmente, contrária à visão atomista do Direito, tem por função dar porosidade e oxigenar o microssistema trabalhista, impondo condutas nas relações negociais sintonizadas com a tábua axiológica da Constituição da República de 1988. Os deveres laterais do contrato de trabalho impõem uma conduta leal do empregador, que deve restringir o poder de controle sobre o objeto do contrato de trabalho, e não sobre a pessoa do empregado.

O assédio moral, espécie de violência psíquica do ambiente laboral, que pode ocasionar doenças do trabalho (v.g., a síndrome de *Burnout*), carece de expressa previsão legal, mas nem por isso o empregado vitimizado ficará desguarnecido. Isto porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 oferece inúmeros instrumentos de defesa, todos decorrentes das premissas estabelecidas nos seus artigos 1º e 3º. Além do mais, a boa-fé objetiva e a função social da empresa devem nortear a atuação ética empresarial para constituir um pacto psicológico de não-agressão, a fim de se preservar a dignidade da pessoa humana, em todas as suas dimensões, em especial à integridade psíquica do empregado.

É certo que nas últimas três décadas o Estado Social sofreu diversos ataques para se impor uma nova ideologia, baseada, fundamentalmente, nos motes do Estado Liberal. A reestruturação do sistema produtivo, com vistas à maximização dos lucros, a liberdade de mercado sem a intervenção do Estado (desregulamentação da economia), a globalização, o enxugamento do Estado nas questões sociais e a precariedade nas condições de trabalho formam as principais intenções do neoliberalismo. Isto tudo tende a reduzir o papel da Constituição. O empregado, via de consequência, foi o personagem mais atingido por essas mudanças, negativamente.

Para fazer frente a essa dinâmica neoliberal imposta ao trabalhador, é imperioso dar pujança ao princípio da dignidade da pessoa humana, à cláusula geral da boa-fé

⁵⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 99.

objetiva e à função social da empresa e do contrato de trabalho. Por isso o resgate aos valores do Estado Social é fundamental para assegurar a sadia qualidade de vida do empregado, atualmente infestado de artefatos tecnológicos e de métodos de trabalho que reduzem o tempo de descanso e aumentam o tempo de contato com a empresa. O empregado de hoje trabalha muito e descansa pouco. O descanso que aqui se refere não é o mero descanso para dormir e relaxar, mas, sim, o tempo livre para viajar, ler, brincar, assistir filmes e peças de teatros, fazer esportes, etc.

Domenico De Masi afirma que o trabalho não é tudo na vida e que existem outros grandes valores: o estudo para produzir saber; a diversão para produzir alegria; o sexo para produzir prazer; a família para produzir solidariedade etc⁵⁷⁷. O trabalho oferece sobretudo a possibilidade de ganhar dinheiro, prestígio e poder⁵⁷⁸. O tempo livre oferece sobretudo a possibilidade de introspecção, de jogo, de convívio, de amizade, de amor e de aventura⁵⁷⁹.

O direito à preguiça, como sustentado por Paul Lafargue⁵⁸⁰, é a reação contra as amarras da tirania do mercado e do capitalismo selvagem. Via de conseqüente, o direito ao ócio é um das faces do direito fundamental da sadia qualidade de vida, pois sem tempo livre para o lazer, o lado psicológico do empregado é afetado, gerando doenças físicas e psíquicas que oneram toda a coletividade.

O neoliberalismo tanto fez que neste ano de 2008 encontrou, talvez, o seu fim. A crise financeira dos Estados Unidos da América, conforme informado no item 3.3.3.2 desta dissertação, demonstrou que é impossível manter o absenteísmo do Estado.

Com efeito, o colapso da economia norte-americana demonstrou que o Estado intervencionista (e regulamentador) é imprescindível para manter a sobrevivência dos direitos sociais, sobretudo porque a idéia de um livre mercado necessariamente motiva condutas que são contrárias às normas protecionistas do Direito do Trabalho. Uma lição se extrai de tudo isso: não é possível apagar a história e as conquistas sociais, em especial no que toca à defesa da dignidade da pessoa humana.

⁵⁷⁷ DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*. Ob. cit, p. 319.

⁵⁷⁸ Idem, *ibidem*, p. 319.

⁵⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 319.

⁵⁸⁰ LAFARGUE, Paul. *O direito à preguiça*. Tradução de Otto Lamy de Correa. São Paulo: Claridade, 2003.

Porém, mesmo que se admita que o neoliberalismo esteja próximo de seu fim, certamente aparecerão fiéis defensores de seus dogmas, ainda mais porque esse ideário gerou muita riqueza (para poucos e somente para homens de negócios).

Destarte, no Brasil, o aplicador do direito, em especial o juiz, deverá buscar na interpretação da Constituição os valores por ela tutelados, em especial os princípios e direitos fundamentais, sobretudo para a ampla e irrestrita defesa da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría dos los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALKIMIN, Maria Aparecida. *Assédio moral na relação de emprego*. Curitiba: Juruá, 2006.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. São Paulo: Boitempo, 2005.

ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexo dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. A parte geral do código civil. *Revista CEJ*, n. 09, dez./1999. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo1.htm>>. Acesso em: 08 fev. 2008.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil* – introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMORIM, Cloves Antonio de Amissis. Síndrome de Burnout em acadêmicos de fisioterapia: um estudo preliminar. *Fisioterapia em Movimento*, Curitiba, v. 13, n. 1, p. 129-136, abr./set. 2000.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ANDRADE, Laura Martins Maia de. *Meio ambiente do trabalho e ação civil pública trabalhista*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

ARAÚJO, Gisele Ferreira de. Meio ambiente do trabalho: aspectos teóricos. In: DARCANCHY, Mara Vidigal (Coord.). *Responsabilidade social nas relações laborais: homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento*. São Paulo: LTr, 2007.

ARAÚJO, Nádia. A internalização dos tratados internacionais no direito brasileiro e a ausência de regulamentação constitucional. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. XV, p. 01-16, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral – introdução*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000-2003. v. 1.

_____. *Direito civil: teoria geral - relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002-2003. v. 3.

BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

BARBOSA, Gustavo Henrique Cisneiros. A encíclica *Rerum Novarum* e o Direito do Trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3188>>. Acesso em: 14 abr. 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: 2002.

BARRETO, Margarida Maria Silveira. *Violência, saúde e trabalho* (uma jornada de humilhações). São Paulo: EDUC, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. Assédio moral. *Juris Síntese*, Porto Alegre, n. 52, mar./abr. 2005. Não paginado. CD-ROM.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BENITEZ, Gisela Maria Bester. Quando, por que, em que sentido e em nome de que tipo de empresa o Estado contemporâneo deixa de ser empresário? In: TONIN, Marta Marília; GEVAERD, Jair (Coord.). *Direito empresarial e cidadania: questões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2004.

BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. Tradução de Daniela Baccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Fim da onda neoliberal. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 21. abr. 2008. Caderno Dinheiro, p. 2.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANÇADO, Patrícia; NEVES, Maria Laura. Quando o chefe vira Réu. *Revista Época*, São Paulo, n. 332, Caderno Época Negócios, p. 8, 27 set. 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Messias. Assédio moral/mobbing. In: MADEIRA, Auta et alii (Coord.). *Temas laborais luso-brasileiros*. São Paulo: LTr, 2006.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.

CASTRO JUNIOR, Torquato. Jurisprudência dos interesses. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

CATALDI, Maria José Gianella. *O stress no meio ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. Tradução de Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.

COLOMBO, Silvana Brendler. O princípio da precaução no Direito Ambiental. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 488, 7 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5879>>. Acesso em: 28 jun. 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Ética – direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

CORREIA, Nilton. Direito à saúde pela constituição brasileira de 1988. In: MADEIRA, Auta et alii (Coord.). *Temas laborais luso-brasileiros*. São Paulo: LTr, 2006.

CORTINA, Adela. *Ética de la empresa: claves para una nueva cultura empresarial*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2005.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Função social do contrato individual de trabalho. _____; DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). *Transformações do direito do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2000.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Análise de conjuntura socioeconômica e o impacto no Direito do Trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coord.). *Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade*. São Paulo: LTr, 2003.

_____. Compromisso social da empresa e sustentabilidade – aspectos jurídicos. *Revista LTr*, São Paulo, ano 71, n. 3, p. 346-350, mar./2007.

_____. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. Transformações das relações do trabalho à luz do neoliberalismo. _____; COUTINHO, Aldacy Rachid; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). *Transformações do direito do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. Sistema jurídico e proeminência da constituição. *Revista Trabalhista da Anamatra*, Rio de Janeiro, v. IV, p. 127-153, 2003.

DALVI, Luciano. *Curso de direito constitucional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalittá*. Milano: Giuffrè, 1950.

DE LA CUEVA, Mario. *Derecho mexicano del trabajo*. 4. ed. México: Porrúa, 1954. tomo I.

DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*. Tradução de Yadir Figueiredo. 6. ed. Rio de Janeiro: José de Olympio, 2001.

_____. *O ócio criativo*. Tradução de Léa Manzi. 2. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DEJOURS, Christophe. *A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho*. Tradução de Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1992.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DI SENA JUNIOR, Roberto. *Comércio internacional & globalização: a cláusula social na OMC*. Curitiba: Juruá, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo código civil (arts. 11 a 21). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ENGEL, Ricardo José. *O jus variandi no contrato individual de trabalho: estudo teórico-crítico em face de princípios gerais do direito aplicáveis ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Democracia, constituição e princípios constitucionais: notas de reflexão no âmbito do direito constitucional brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 38, p. 5-17, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____; RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho: aspectos gerais e propedêuticos. *Juris Síntese*, Porto Alegre, n. 38, nov./dez. 2002. Não paginado.

_____. Meio ambiente do trabalho e responsabilidade civil por danos causados ao trabalhador: dupla face ontológica. *Revista do Tribunal do Trabalho da 18ª Região*, Goiânia, ano 9, p. 125-130, 2006.

FERENHOF, Isaac Aisenberg; FERENHOF, Ester. A síndrome de burnout em professores influenciará a educação? *Educação Brasileira*, Brasília, v. 23, n. 47, p.109-130, jul./dez. 2001.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os Direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. *Revista Jurídica CESUMAR*, Maringá, v. 6, n.1, p. 241-265, dez. 2006.

FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio: século XXI. versão 3.0. Dicionário eletrônico*. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1999, CD-ROM.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. *Assédio moral nas relações de trabalho*. Campinas: Russel, 2004.

FERREIRA, Ivete Senise. Do meio ambiente do trabalho e sua relação com os direitos fundamentais da pessoa humana. *Revista trabalhista*, Forense, Rio de Janeiro, v. X, p. 137-151, abr./maio/jun. 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FONSECA, Ricardo Tadeu Lopes da. Saúde mental para e pelo trabalho. *Revista LTR*, São Paulo, v. 67, p. 670-679, jun./2003.

FONTOURA, Jorge; GUNTHER; Luiz Eduardo. A natureza jurídica e a efetividade das recomendações da OIT. *Apej - Academia Paranaense de Estudos Jurídicos*. Disponível em: <http://www.apej.com.br/artigos_doutrina_leg_01.asp>. Acesso em: 11 jun. 2008.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIUNTOLI, María Cristina. *Mobbing y otras violências em el ámbito laboral: leyes provinciales, proyectos de ley nacional*. Buenos Aires: Universitas, 2006.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2005.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 1. ed. eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas. *Revista Eletrônica Prima Facie da Universidade Federal da Paraíba*, João Pessoa, ano 3, n. 5, p. 73-100, jul./dez. 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUERRA, Sidney. O direito internacional do trabalho e a dignidade da pessoa humana: breves reflexões. In: DARCANCHY, Mara Vidigal (Coord.). *Responsabilidade social das relações laborais: homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento*. São Paulo: LTr, 2007.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano*. Tradução de Maria Helena Kühner. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

_____. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

HOFFMANN, Fernando. Estado, neoliberalismo, globalização e economia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 35, p. 173-187, 2001.

HUNT, E.K.; SHERMAN, Howard J. *História do pensamento econômico*. Tradução de Jaime Larry Benchimol. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

LAFARGUE, Paul. *O direito à preguiça*. Tradução de Otto Lamy de Correa. São Paulo: Claridade, 2003.

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

LASLEY, Elisabeth Norton; MCEWEN, Bruce. *O fim do estresse como nós o conhecemos*. Tradução de Laura Coibra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003.

LEITE, Roberto Basilone. Meio ambiente do trabalho e motivação: a ecologia do trabalho como instrumento de equilíbrio e efetividade. *Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 4, n. 10, p. 69-85, set./dez. 2006.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: SAFE, 2002.

LIPPMANN, Ernesto. O que não é dano moral no direito do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 09, p. 1043-1047, set. 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Mundo Jurídico*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=64>. Acesso em: 03 set. 2007.

_____. Danos morais e direitos da personalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 08 fev. 2008.

LOIS, Cecília Caballero. Friedrich August Hayek. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexo dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

MACHADO, Sidnei. *O direito à proteção ao meio ambiente do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARANHÃO, Délio et alii. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*, São Paulo: Atlas, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MELO, Raimundo Simão de. Dignidade da pessoa humana e meio ambiente do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 31, n. 117, p. 204-220, jan./mar. 2005.

_____. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MELO, Sandro Nahmias. *Meio Ambiente do Trabalho: direito fundamental*. São Paulo: LTr, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MINARDI, Fabio Freitas; GOMES, Miriam Cipriani; TUPONI JUNIOR, Benedito. As relações de trabalho e o panorama sócio-econômico da pós-modernidade. *Conhecimento Interativo*, São José dos Pinhais, v. 3, n. 2, p. 55-74, jul./dez. 2007.

_____. Síndrome de burnout e os limites do poder do empregador na sociedade pós-moderna. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Coord.). *Controle do empregado pelo empregador: procedimentos lícitos e ilícitos*. Curitiba: Juruá, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, Departamento de Ciências Jurídicas da PUC/RJ, vol. 1, 1991. Não paginado.

_____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORAES FILHO, Evaristo. *Do contrato de trabalho como elemento da empresa*. São Paulo: LTr, 1993.

MOREIRA, Joaquim Manhães. *A ética empresarial e o novo código civil*. Disponível em: <http://www.manhaesmoreira.com.br/htms/mmaa%20na%20m%C3%ADdia%5Cvalor%5Cempresarial_portugues.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. O assédio moral no ambiente do trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 371, 13 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5433>>. Acesso em: 19 jul. 2008.

NASSIF, Elaine Noronha. Burnout, mobbing e outros males do stress: aspectos jurídicos e psicológicos. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 70, n. 6, p. 728-734, jun./2006.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 6. ed, São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Eloete Camilli. A função social da empresa. HASSON, Roland (Coord.). *Direito dos trabalhadores & direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2003.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____; MUNIZ, Francisco Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 19, p. 223-241, 1979/1980.

OLIVEIRA, Sebastião. *Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Tradução: Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fonte, 2005.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1149, 24 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8838>>. Acesso em: 27 jul. 2008.

PAVELSKI, Ana Paula. Assédio moral: falta de ética e prejuízo da sustentabilidade nas empresas. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Coord.). *Controle do empregado pelo empregador*. procedimentos lícitos e ilícitos. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil. 1. ed. eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

POPP, Carlyle. Considerações sobre a boa-fé objetiva no direito civil vigente – efetividade, relações empresariais e pós-modernidade. In: TONIN, Marta Marília; GEVAERD, Jair (Coord.). *Direito empresarial e cidadania: questões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2004.

RAMÍREZ, Lydia Guevara. *Tratamento do assédio psicológico, do estresse e do burnout como acidentes de trabalho*. Tradução de Cylene Dantas da Gama. Disponível em: <<http://www.serrano.neves.nom.br/cgd/012001/012001008.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2008.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. O nexo técnico epidemiológico e a responsabilidade pelo meio ambiente do trabalho. In: DARCANCHY, Mara Vidigal (Coord.). *Responsabilidade social nas relações laborais: homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento*. São Paulo: LTr, 2007.

RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho*. São Paulo: Makron Books, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In: _____ (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROCHA, Julio César de Sá. *Direito ambiental do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Direito ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica*. São Paulo: LTr, 1997.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

RUFINO, Regina Célia Pezzuto. *Assédio moral no âmbito da empresa*. São Paulo: LTr, 2006.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1.

SACHS, Ignacy. *Rumo à ecossocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2007.

SALVADOR, Luiz. Direito reconhecido – em 2006 INSS passará a conceder benefício acidentário sem emissão de CAT. In: MADEIRA, Auta *et alii* (Coord.). *Temas laborais luso-brasileiros*. São Paulo: LTr, 2006.

_____; CURY, Luciana. Síndrome de burnout. *Juris Síntese*, Porto Alegre, n. 40, mar./abr. 2003. Não paginado. CD-ROM.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Dignidade da pessoa humana – parte II. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Lúmen Juris, 2006.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SÉGUIN, Elida. *O direito ambiental: nossa carta planetária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Américo Luís Martins da. *Direito do meio ambiente e dos recursos naturais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.1.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVEIRA, Michele Costa. As grandes metáforas da bipolaridade. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexo dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

SIMM, Zeno. *O acosso psíquico no ambiente de trabalho: manifestações, efeitos, prevenção e reparação*. São Paulo: LTr, 2008.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Do sujeito de direito à pessoa humana. In: _____. *Temas de direito civil – tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TOKARS, Fabio Leandro. Função social da empresa. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). *Direito civil constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002.

TONIN, Marta Marília. Ética empresarial, cidadania e sustentabilidade. In: *XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional - CONPEDI, 2006*, Recife. Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Não paginado.

TORRES, Ricardo Lobo. Direitos fundamentais. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção ambiental*. Porto Alegre: SAFE, 1993.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: SAFE, 1997. v. I.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. A evolução dos direitos de personalidade e os novos paradigmas do direito civil contemporâneo. *Juris Síntese*, Porto Alegre, n. 56, out./nov. 2005. Não paginado. CD-ROM.

WALD, Arnaldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WOLF, Martin. Os limites da liberalização. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 26 mar. 2008. Caderno Dinheiro, p. 11.