

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO
TRABALHO II**

GRASIELE AUGUSTA FERREIRA NASCIMENTO

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA

MARIA AUREA BARONI CECATO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Grasielle Augusta Ferreira Nascimento, Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, Maria Aurea Baroni Cecato – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-084-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito do trabalho. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO II

Apresentação

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO II

A presente obra é fruto dos trabalhos científicos apresentados no Grupo do Trabalho intitulado Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado de 11 a 14 de novembro de 2015 em Belo Horizonte.

Os autores, representantes das diversas regiões do país, demonstraram a preocupação com o desenvolvimento social, econômico e sustentável das relações sociais, com artigos sobre meio ambiente do trabalho desenvolvidos dentro dos seguintes eixos temáticos.

Eixos temáticos:

1. Aspectos remuneratórios e ressarcitórios da relação de emprego
2. Discriminação, inclusão e proteção dos vulneráveis
3. Instrumentos de preservação e/ou precarização das condições de trabalho

1. ASPECTOS REMUNERATÓRIOS E RESSARCITÓRIOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Um dos pilares da relação laboral, a retribuição paga ao trabalhador em decorrência do contrato de emprego, apresenta distintas conotações. Retribuição tem o sentido de remunerar algo; é, portanto, expressão genérica que no âmbito laboral costuma ser usada com o termo remuneração (salário acrescido de gorjeta) e que não se confunde com indenização (compensação por danos causados).

A despeito de alguns renomados doutrinadores enquadrarem a indenização como uma espécie de retribuição, citando como exemplo os adicionais ao salário (retribuição paga durante situação adversa de trabalho), é preciso atentar que a teoria da bipartição da

retribuição (salário e gorjeta) tem respaldo no texto legal (CLT, art. 457) e nas decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais (a exemplo da súmula 63 do TST), considerando os adicionais um salário-condição.

Pelo relevo, cabe destacar que o direito social do trabalhador ao salário justo constitui um pilar para promoção do trabalho decente. Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), trabalho decente é um "trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna".

Destarte, a par do salário justo, como contraprestação do contrato de trabalho, há o pagamento de outras verbas de natureza remuneratória que configuram oportunidade de ganho ao empregado e paga por terceiros (a exemplo das gorjetas e gueltras); também, há verbas de essência ressarcitória, para compensar prejuízos de ordem material ou moral sofridos pelo empregado.

É nesse caminho que vários artigos da presente obra se preocupam em abordar temáticas relacionadas à retribuição do labor e à indenização por trabalho em condições precárias, com vistas à efetivação dos direitos humanos dos trabalhadores.

1. (RE)PENSANDO O ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA: O REQUISITO DA PROVISORIEDADE
2. A ETICIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL JUSLABORAL A PARTIR DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: a concepção individualista da responsabilidade civil x a concepção social do Direito de Danos
3. SUSTENTABILIDADE E RESPEITO AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: A RESPONSABILIDADE CIVIL EM PROL DA VALORIZAÇÃO HUMANA E DA REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO
4. A SAÚDE DO TRABALHADOR E O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: A EVOLUÇÃO DA PREOCUPAÇÃO A PARTIR DA DECISÃO ACOLHENDO A ACUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE
5. MEIO AMBIENTE LABORAL: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

6. AUTONOMIA SINDICAL E O PRINCÍPIO DA PUREZA: REFLEXÕES A PARTIR DE UMA INTERLOCUÇÃO ENTRE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO (LOT) VENEZUELANA

7. DANO EXISTENCIAL: a especificidade do instituto desvelado a partir da violação ao direito de desconexão do emprego

8. STOCK OPTIONS NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

2 DISCRIMINAÇÃO, INCLUSÃO E PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS

O mercado de trabalho vem enfrentando diversos problemas decorrentes da alta competitividade entre os trabalhadores, da ausência de respeito entre os pares e da exploração da mão-de-obra.

Entre os principais problemas, destacam-se as diversas formas de discriminação sofridas pelos trabalhadores, sobretudo em relação ao trabalho da mulher, de crianças, adolescentes e deficientes, o enfrentamento de violência física e, sobretudo, psicológica, assim como a exploração de trabalhadores, como é o caso dos trabalhos análogos à escravidão.

Diante dessa realidade, cabe ao Direito do Trabalho estabelecer regras de proteção aos vulneráveis, com o objetivo de evitar e combater as discriminações e promover a inclusão no mercado de trabalho, garantindo a efetividade do direito ao emprego e a manutenção da sadia qualidade de vida do trabalhador.

Desta forma, os artigos que compõem o eixo temático discriminação, inclusão e proteção dos vulneráveis apresentam debates atuais e de grande importância para o Direito do Trabalho contemporâneo.

1. UMA ANÁLISE DO PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA APÓS O TÉRMINO DA RELAÇÃO DE EMPREGO SOB UMA ÓTICA CONSTITUCIONAL

2. O TRABALHO ARTÍSTICO INFANTIL NO DIREITO BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEGISLAÇÃO APLICADA E A (DES)PROTEÇÃO AOS ARTISTAS MIRINS

3. O TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: ENTRE ARTE E (I)LEGALIDADE

4. O ASSÉDIO MORAL POR EXCESSO DE TRABALHO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

5. A SÚMULA 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E O ATIVISMO JUDICIAL: A DEFESA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NÃO SELETIVA

6. COTAS TRABALHISTAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA

7. AS NOVAS MODALIDADES DE RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO DISPENSA DISCRIMINATÓRIA, DISPENSA COLETIVA E DISPENSA RELÂMPAGO

8. ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: UMA ANÁLISE À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

9. A LISTA SUJA COMO INSTRUMENTO EFICIENTE PARA REPRIMIR A EXPLORAÇÃO DE MÃO DE OBRA EM CONDIÇÕES SEMELHANTES À ESCRAVIDÃO

10. O COMBATE À DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES LABORAIS A CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA DA ONU, DE 2006 E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

3. INSTRUMENTOS DE PRESERVAÇÃO E/OU PRECARIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

O momento da História em que as sociedades decidem regulamentar as relações laborais é originário da compreensão da imprescindibilidade de imposição de limites aos processos de precarização e de deterioração das relações que se estabelecem entre tomador e prestador de serviços, assim como das condições de realização das tarefas que cabem a este último na chamada relação de emprego ou relação de trabalho subordinado. Tais limites são impostos basicamente pela intervenção do Estado, através da adoção de instrumentos de preservação dessas mesmas relações e condições de trabalho, assim como pela criação de medidas de proteção daquele que labora por conta de outrem.

Esse conjunto de normas, princípios e instituições que formam o chamado DIREITO DO TRABALHO, regulador da relação empregado-empregador foi e sempre será uma tentativa

de conciliar os interesses e discordâncias que naturalmente exsurtem da interação capital-trabalho, em movimentos que são por vezes de conquistas e por outras de concessões para as partes envolvidas.

Nada obstante, ainda que instrumento de viabilidade e estabilidade do capitalismo, o DIREITO DO TRABALHO assegura um patamar mínimo de direitos ao trabalhador, direitos esses imprescindíveis ao exercício da cidadania e mostra-se relevante meio de afirmação socioeconômica, identificando-se, ao mesmo tempo, como instrumento de harmonia da convivência social e estabilizador do Estado democrático de direito.

Em suma, conquanto se observe, no direito do trabalho, característica fortemente econômica e voltada para a garantia e exequibilidade da economia de mercado, não há que se olvidar que ele está alicerçado no valor social do trabalho, princípio da Constituição da República Federativa do Brasil intimamente ligado à decência no labor. Nesse sentido, parte relevante dele é constituída pelos direitos fundamentais laborais, constituídos como limites jurídicos, políticos e éticos impostos ao próprio capitalismo, congruentes, portanto, com a dignidade humana do trabalhador.

1. (RE)PENSANDO OS SERVIÇOS ESPECIALIZADOS EM ENGENHARIA DE SEGURANÇA E EM MEDICINA DO TRABALHO: DIAGNÓSTICOS E DESAFIOS PARA A CONSTRUÇÃO DE NOVOS PARADIGMAS NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

2. SENSOS DO TRABALHO E DIGNIDADE HUMANA COMO PONTOS DE RESISTÊNCIA AO CONTEXTO GLOBAL DE PRECARIZAÇÃO

3. VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO: UMA PROMESSA CONSTITUCIONAL NÃO CUMPRIDA

4. TRABALHO DECENTE, TRABALHO DIGNO E TRABALHO SIGNIFICATIVO: A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

5. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO NA SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL: ANÁLISE A PARTIR DO OLHAR DO PROFESSOR EVERALDO GASPAR LOPES DE ANDRADE

6. OS LIMITES DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR NO CONTROLE DOS E-MAILS CORPORATIVOS E MÍDIAS SOCIAIS UTILIZADOS PELO EMPREGADO

7. PROJETO DE LEI 4330/04 - NOVOS RUMOS DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

8. O TRABALHO ESTRANHADO E A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS NA SOCIEDADE CAPITALISTA MODERNA: UM ESTUDO COM BASE NA TEORIA MARXIANA

9. LEGALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÃO

10. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E POLÍTICA FUNDIÁRIA: REFLEXÕES SOBRE O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO RURAL SAUDÁVEL E O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO NO CAMPO

11. FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA: SEGURANÇA OU PREZARIZAÇÃO DO TRABALHO?

12. DA COMPREENSÃO DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO COMO RESPOSTA À INTERNACIONALIZAÇÃO DO CAPITAL E À NOVA DIVISÃO DO TRABALHO

A ETICIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL JUSLABORAL A PARTIR DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: A CONCEPÇÃO INDIVIDUALISTA DA RESPONSABILIDADE CIVIL X A CONCEPÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE DANOS

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE ETICA JUSLABORAL DEL HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL: EL ENFOQUE INDIVIDUALISTA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL X CONCEPCIÓN SOCIAL DE DERECHO DE DAÑOS

Ariete Pontes De Oliveira

Resumo

A responsabilidade civil, como dever de reparar, foi reconhecida e codificada no Estado Liberal sob a regra geral do dever de reparar mediante a apuração da culpa do ofensor. Impunha-se à vítima a prova da culpa do ofensor e assim, a culpa significava um filtro ao dever de reparar. Trata-se de concepção individualista-patrimonialista do dever de reparar. Ocorre que, com o avançar da sociedade e do desenvolvimento tecnológico a culpa se transforma em prova diabólica, restando muitas vezes, injustas situações danosas sem reparação. Tal fato ocorreu no plano juslaboral. Com o Estado Social novos valores foram recepcionados pelo Direito que, passou então, após a II Guerra Mundial a se orientar por uma tutela da pessoa humana. As Constituições do pós II Guerra Mundial passaram a recepcionar princípios normativos de tutela existencialista de modo que seus efeitos, em nome do princípio da supremacia da Constituição, passaram a se irradiar por toda ordem jurídica e, assim, impondo a (re)leitura da responsabilidade civil que, passou a reconhecer a tutela a interesses existencialistas e para tanto fez-se necessário rever o seu elemento culpa. Ocorre que, no plano do Direito juslaboral brasileiro, de forma incoerente com a normativa constitucional, o art.7º, XXVIII da CR/88 prevê que o dever de reparar no plano juslaboral, em caso de dano injusto sofrido pelo empregado, exige a prova da culpa do empregador. Bem, trata-se de uma incoerência dentro da normativa constitucional que deve ser superada por meio da hermenêutica das disposições constitucionais de tutela à pessoa humana, dentre elas, à pessoa do trabalhador. A presente pesquisa justifica-se pela imbricação entre a ordem valorativa constitucional e os direitos fundamentais que impõem a tutela da pessoa humana em sua plenitude. Para o enfrentamento da temática proposta, a pesquisa pautou-se no método teórico-dogmático, por meio da revisão bibliográfica do tema proposto. Ao final, defende-se a revisão do direito fundamental ao dever de reparar no plano juslaboral a partir da hermenêutica constitucional.

Palavras-chave: Responsabilidade civil juslaboral, (re)leitura, Hermenêutica constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

La responsabilidad civil, el deber de reparación, fue reconocido y codificado en el estado liberal bajo el Estado de la obligación de indemnizar por el cálculo de la culpabilidad del

infractor. Impone a la víctima probar la culpabilidad del infractor y por lo tanto el fallo significaba un filtro a la obligación de reparar. Es la concepción individualista-patrimonial de la obligación de reparar. Sucede que, con el avance de la sociedad y desarrollo tecnológico la culpa se convierte en una prueba diabólica, dejando situaciones perjudiciales menudo injustas y sin reparación. Esto sucedió en el plan juslaboral. Con el estado de bienestar se recibieron nuevos valores por la ley que, luego se fue después de la Segunda Guerra Mundial para ser guiados por una tutela de la persona humana. Las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial comenzaron a ser aprobado principios normativos de protección existencialista por lo que sus efectos, de acuerdo con el principio de la supremacía de la Constitución, comenzaron a irradiar toda la ley e imponer así la (re) lectura de responsabilidad civil, llegó a reconocer los supervisa los intereses existenciales y de que era necesario revisar el elemento de falta. Sucede que, en términos de la ley juslaboral brasileña, en un inconsistente forma con las normas constitucionales, el artículo 7, XXVIII del CR / 88 establece que la obligación de reparar el plan juslaboral en caso de daños por negligencia sufrida por el empleado exige pruebas culpa del empleador. Bueno, esto es una incoherencia dentro de las reglas constitucionales que deben ser superados a través de la hermenéutica de las disposiciones constitucionales que salvaguardan la persona humana, entre ellos, el empleado personalmente. Esta investigación se justifica por la coincidencia entre el orden de valor constitucional y derechos fundamentales que requieren la protección de la persona humana en su totalidad. Para enfrentar el tema propuesto, la investigación se ha caracterizado en el método teórico-dogmático, a través de la literatura revisar el tema propuesto. Por último, se argumenta revisar el derecho fundamental a la obligación de reparar el plan juslaboral de la hermenéutica constitucional.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Responsabilidad juslaboral, (re) lectura, Hermenéutica constitucionales

1 INTRODUÇÃO

O dever de reparar, outrora fundamentado na conduta culposa do agente infrigidor do dano, tem sofrido evoluções importantes, em face do contexto histórico, cultural, econômico e social, iluminado pelos princípios da dignidade da pessoa humana, pela solidariedade social e pela reparação integral de danos causados injustamente. A reconstrução teórica do dever de reparar, ou ainda, a sua mudança paradigmática trouxe como consequência a alteração do objeto do dever de reparar, deslocando-se, então, da pessoa do ofensor (identificação da culpa) à pessoa da vítima, visando a reparação integral do dano injustamente sofrido.

A mudança paradigmática do dever de reparar fundado na culpa para o Direito de Dano, sustentado a partir do conceito de dano injusto é reflexo da mudança ética-valorativa pelo qual passou o Direito. O Estado Moderno, de concepção liberal estava lastreado eticamente em interesses individualista-patrimonialistas, de forma que o indivíduo não se interessava pelos aspectos sociais. O contexto ético é do dever-se universalizável em regras individualistas, dissociadas dos interesses sociais e da moralidade. Estes valores, contudo, passam a ser reinterpretados após a II Guerra Mundial, passando-se a eleger valores de tutela existencialista para lastrear o Direito. Trata-se de uma acepção porosa do Direito associado a moralidade.

No âmbito da responsabilidade civil, a leitura individualista de responsabilização fundada na teoria geral da responsabilidade civil subjetiva passa a recepcionar o Direito de Danos, agora fundado no dever de reparar danos injustos. O foco de tutela é a pessoa da vítima, que deve ser integralmente reparada.

No entanto, apesar de uma normativa constitucional garantista focada na efetividade dos direitos fundamentais, dentre eles, o direito de ser reparado por danos injustos, o Direito juslaboral tem, na morfologia do art. 7º, XXVIII da CR/88, apresentado uma contradição com a normativa de tutela constitucional da pessoa humana. No plano juslaboral tem-se entendido que o dever de reparar está submetido, regra geral, a prova da culpa do empregador.

Ora, trata-se de entendimento que destoa de tutela normativa constitucional de tutela à pessoa humana.

Este conflito normativo exige a sua superação como instrumento de tutela à pessoa humana. Para tanto, a presente pesquisa observou o que representava os valores éticos na modernidade e seus efeitos sobre o dever de reparação, para então em sua hipótese, compreender os valores éticos da pós-modernidade e seus efeitos sobre o dever de reparação a partir de uma hermenêutica constitucional.

2 A ÉTICA E O DIREITO NA CONCEPÇÃO DA MODERNIDADE: a interpretação da responsabilidade civil no paradigma individualista-burguês.

O termo empregado como modernidade, entendida a partir do conceito de modernidade ocidental, designa o padrão e paradigma de vida das pessoas numa perspectiva de vida pensada sob o domínio da razão e da solidez, ou melhor: da ordem, numa clara transição paradigmática do tempo pensado a partir da transcendência. E neste sentido, a modernidade só se constitui como sistema simbólico de regulação quando a razão passa ser determinante das relações do ser humano em termos pressupostos a partir da imanência do indivíduo. A transição então, caracteriza-se pela transcendência x imanência. Para Vaz (2000, p. 13), o primeiro e mais impactante símbolo fundamental desta transição organizativa da vida social ocorre com a percepção e consciência do tempo, do tempo em que se exerce o ato da razão, numa perspectiva de avanço e domínio. O que leva, também, à afirmação de Bauman (2001, p. 129) de que “[...] a modernidade é o tempo em que o tempo tem uma história”.

Segundo Santos (2002, p. 78) o projeto racionalista da modernidade se sustenta sobre dois pilares: o da regulação e da emancipação, pensados a partir de uma equação equilibrada entre estes princípios. Por regulação entende-se a “[...] trajetória entre um estado de ignorância que designo por caos e um estado de saber que designo por ordem” e emancipação como “[...] uma trajetória entre um estado de ignorância que designo por colonialismo e um estado de saber que designo por solidariedade.”.

Cada um dos pilares – regulação e emancipação – é constituído por três princípios. O pilar da regulação é constituído pelos princípios do Estado, mercado e comunidade. O pilar da emancipação é constituído por três lógicas de racionalidade: a racionalidade estético-expressiva da arte e da literatura, a racionalidade moral-prática da ética e do Direito e a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica. (SANTOS, 1999, p. 77)

Trata-se de projeto complexo, ambicioso e ao mesmo tempo capaz de excessos de promessas e déficits de cumprimento. O excesso reside no fato de vincular o pilar da regulação à emancipação, numa clara proposta de racionalização global da vida coletiva e individual, assegurando o desenvolvimento harmonioso entre valores tendencialmente contraditórios, como justiça e autonomia, solidariedade e identidade, emancipação e subjetividade e a igualdade e a liberdade. O déficit apresenta-se como reflexo dos excessos, enfim, do não cumprimento das promessas da modernidade. (SANTOS, 1999, p. 78)

O projeto da modernidade constituiu-se entre o século XVI e fins do século XVIII, passando então, a coincidir com o sistema de produção capitalista instaurado entre capital x

trabalho. “O trajecto histórico da modernidade está intrinsecamente ligado ao desenvolvimento do capitalismo nos países centrais” (SANTOS, 1999, p. 79).

Dada a dificuldade de identificação da periodicização exata dos modelos capitalistas, adotar-se-a a distinção realizada por Santos (1999, p. 79), que identifica três períodos de desenvolvimento do capitalismo: i) o primeiro período cobre todo o século XIX e é denominado como capitalismo liberal, coincidindo com a organização do Estado Liberal; ii) o segundo período, denominado de capitalismo organizado, estabelece-se sobre os fins do século XIX estendendo-se até pós II Guerra Mundial, de modo a coincidir com a organização do Estado Social e iii) o terceiro período, inicia-se em fins da década de 70, do século XX até o presente, sendo denominado como capitalismo desorganizado, em que a organização do Estado se dá por meio da política neoliberal.

[...] o primeiro período tornou claro no plano social e político que o projecto da modernidade era demasiado ambicioso e internamente contraditório e que, por isso, o excesso das promessas se saldaria historicamente num défice talvez irreparável. O segundo período, tentou que fossem cumpridas, e até cumpridas em excesso, algumas das promessas, ao mesmo tempo que procurou compatibilizar com elas outras promessas contraditórias na expectativas de que o défice no cumprimento destas, mesmo se irreparável, fosse o menor possível. O terceiro período, que estamos a viver, representa a consciência de que esse défice, que é de facto irreparável, é maior do que se julgou anteriormente, e de tal modo que não faz sentido continuar à espera que o projecto da modernidade se cumpra no que até agora não se cumpriu. (SANTOS, 1999, p. 80)

Enfim, o projeto da modernidade mostrou-se aporético, não cumpriu suas promessas e como resultado tem-se a presente transição paradigmática societal, passando então, à pós-modernidade. À temática a ser estudada cabe uma advertência: “Como todas as transições são simultaneamente semi-invisíveis e semicegas, é impossível nomear com exatidão a situação actual” (SANTOS, 2002, p. 49). Por questões metodológicas de recorte teórico adota-se o termo pós-modernidade para significar este momento de transição paradigmática.

O projeto racionalista da modernidade apresentado entre os séculos XVI e XVIII, como projeto revolucionário do progresso e da razão, cujos pilares foram a regulação e a emancipação caminhou lado a lado com o capitalismo a partir do século XVIII, de modo que as suas concepções valorativas alcançaram o Direito, expressão do princípio da racionalidade moral-prática. Mas, qual a perspectiva ética deste projeto de racionalidade aliado ao capitalismo? Quais os efeitos provocados sobre a sociedade, sobre as relações sociais, principalmente sobre o conceito da responsabilidade civil, ou melhor, sobre o direito fundamental da reparação civil?

O século XIX, do Estado Liberal, é caracterizado pelo enaltecimento do indivíduo, pela afirmação da sua autonomia e subjetividade numa clara opção ideológica da classe social dominante: a burguesia. A classe burguesa formulou os princípios filosóficos do Estado Liberal, de modo a generalizá-los como ideais comuns a todo o corpo social. O Estado Liberal, de origem contratualista, edificou-se sobre os princípios da liberdade e da igualdade, direitos inatos aos homens. Mas, contraditoriamente, quando alcança o poder não mais lhe interessa a efetividade dos princípios outrora defendidos. Só se sustenta no plano formal, transmutando-se então, em uma ideologia de classe. (BONAVIDES, 2007, p. 42)

Desde já, percebe-se a modernidade em seu nascedouro como projeto contraditório, convertendo suas promessas de emancipação em meras formalidades.

O Estado Liberal, edificado sobre a identificação da ordem, caracteriza-se pela prevalência das ideias liberais, individualistas e patrimonialistas. Esta ideologia materializa-se por meio das codificações oitocentistas, numa expressão ética universalizante do dever-ser.

O código ético universalizante pressupõe relação individualista em que o sujeito não se responsabiliza pelo outro, tendo em vista que, cumprir o código ético constitui o “cumprir o meu dever”, enfim, fiz a minha parte em prol do bem comum. E essa é ordem moderna esperada e decisiva ao progresso, a ordem da razão guiada pela regra, ou da regra ditada pela razão. (BAUMAN, 1997, p. 81)

E assim, na concepção moderna de ética, tem-se que:

Desconfiado dos sentimentos declarados *a priori* volúveis e voláteis, os buscadores de fundamentações apostaram no tomador racional de decisão que estabeleceram para se desembaraçarem da concha de emoções erráticas. Essa mudança de aposta visava ao ato de libertação; seguir as emoções foi definido como não-liberdade (tudo o que não se pode deixar de fazer mesmo, que a razão sugerisse não fazê-lo, deve ter sido resultado de compulsão capaz de atropelar todo argumento), e consequentemente a emancipação equivalia a trocar a dependência da ação dos sentimentos para sua dependência da razão. A razão é, por definição, guiada pelas regras; agir racionalmente significa seguir certas regras. Veio-se a medir a liberdade, a marca registrada de um eu moral, pela exatidão com que seguiam as regras. Afinal de contas, a pessoa moral foi tirada do cabide das emoções autônomas só para colocar a couraça das regras heterônomas. A busca que começa com a descrença na **capacidade** moral do eu termina na negação do **direito** do eu de fazer juízo moral. (BAUMAN, 2003, p. 83)

Observou Maior (2007, p. 15) que “no Estado Liberal havia uma separação entre a moral e o direito; este impulsionado pelo caráter obrigacional e aquela por uma espécie de dever, cujo efetivo exercício dependia, unicamente, da livre vontade dos indivíduos.”

Os postulados básicos do Direito na concepção do Estado Liberal são:

a) a preocupação com o próximo decorre de um dever moral: tornar esse dever uma obrigação jurídica elimina a moral que deve existir como essência da coesão social; b) todo direito obrigacional emana de um contrato: a sociedade não deve obrigação a seus membros; só se reclama um direito em face de outro com quem se vincule pela via de um contrato; c) a desigualdade social é consequência do mercado (e a igualdade, também): quando o direito procura diminuir a desigualdade, acaba acirrando a guerra entre ricos e pobres (ricos, obrigados à benevolência, buscam eliminar o peso do custo de tal obrigação; pobres, com direitos, tornam-se violentos); d) a fraternidade é um conceito inexistente, já que não pode ser definido em termos obrigacionais; e) o direito só tem sentido para constituir a liberdade nas relações intersubjetivas, pressupondo a igualdade (a ordem jurídica tem a função de impedir a fazer o bem a outra pessoa; g) em uma sociedade constituída segundo o princípio da liberdade, a pobreza não fornece direitos, ela confere deveres. (MAIOR, 2007, p. 15-16)

Esta ideologia individualista foi incorporada ao instituto da responsabilidade civil positivada no Código Civil francês – art. 1382¹ – exigindo como pressuposto ao dever de reparar a prova da culpa do autor do dano. Entende-se, no Estado Liberal, que a vida social é repleta de dificuldades, cabendo a cada pessoa livrar-se delas e, em muitos casos os danos causados são reflexos do direito de liberdade (sem restrições) e nestes casos não havia o conceito de culpa, portanto, restando sem reparação (MAIOR, 2007). “Em outros termos, **a culpa era como a chave de ouro** que abria as portas da responsabilidade civil” (GOMES, 2005, p.228) (grifos acrescentados).

Assim, para surgir a obrigação decorrente da responsabilidade civil não basta que se cause dano a alguém; é essencial que se demonstre a sua culpa, sendo a ausência de culpa presumida e interferindo na avaliação desta os aspectos culturais determinados pelo pensamento liberal, ou seja, a verificação, com relevo, da responsabilidade da pretensa vítima no que tange ao cumprimento de sua obrigação de cuidar de si mesma, exercendo, na sua plenitude, a liberdade. (MAIOR, 2007, p. 17)

Trata-se do dever de reparar sob o paradigma da culpa. A figura importante no dever de reparar é o ofensor, de quem se apurará a falta cometida. Enfim, reparar é um dever que se impõe pela consequência da própria autonomia do indivíduo, assim, “sem liberdade de atuar, não há responsabilidade, na medida em que esta cumpre a função de limitar esta autonomia” (MULHOLLAND, 2010, p. 12). Trata-se de uma concepção contratualista, bem própria do Estado Liberal de construção das codificações oitocentistas. Moraes (2003, p. 208) observou que

¹ Art. 1382 do Código Civil francês: “Toda pessoa que, por culpa sua, causar dano a outrem e obrigada a repará-lo.”. No mesmo sentido dispunha o artigo 159 do Código Civil brasileiro de 1916: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

a liberdade, então, era a razão mesma da responsabilidade; se não há ato de vontade, não haverá responsabilidade. Se assim é, o outro lado da moeda, também contido no princípio pode ser expresso da seguinte maneira: não se pode transferir a outrem a responsabilidade do dano que se causa.

Neste sentido portanto, a responsabilidade civil em sua leitura individualista está atrelada eticamente à limitação da autonomia individual, mas desde que, apurado o elemento-chave culpa para garantir a incidência do dever de reparar de cunho patrimonialista e individual do dano. “Nota-se aí que o foco de atenção é o ofensor, isto é, a reparação do dano causado tem o objetivo de sancionar a conduta do ofensor, quase que como uma punição pelo desequilíbrio sócio-patrimonial que gerou com sua atuação contrária ao direito” (MULHOLLAND, 2010, p. 15).

Segundo Moraes (2003, p. 208), “o conceito de culpa então dominante, a chamada culpa psicológica, era visto unicamente como proveniente da manifestação da vontade (liberdade) do agente, como nexos psíquico, abstrato, fixo e igual em todos os casos, do qual derivava o juízo moral de condenação do ofensor.” Portanto, no paradigma da responsabilidade como consequência da autonomia do indivíduo, o elemento culpa exigia a culpabilidade e a imputabilidade, coincidente com um sistema jurídico individualista e patrimonialista. Enfim,

considerava-se essencial pelos codificadores, embebidos na ideologia liberal-individualista, que a noção de culpa estivesse sempre associada a um comportamento objetivamente ilícito – porque contrário à lei – e ao mesmo tempo moralmente reprovável, no sentido de ser possível ao autor do dano ter a capacidade de reconhecimento de suas ações e de suas potenciais consequências. (MULHOLLAND, 2010, p. 15)

É nessa concepção individualista, de liberdade sem condicionamentos, natural ao homem, que não se compromete com a sociedade, mas apenas consigo, é que os conflitos sociais se colocam como déficit do projeto da modernidade. O Direito da modernidade consolida-se como ciência jurídica dogmática e formalista, pseudamente isenta de preferências axiológicas e políticas. (SANTOS, 1999).

Nesta perspectiva aparecem os acidentes de trabalho. Segundo Maior (2007, p. 17), o acidente de trabalho é um fenômeno social típico do Estado Liberal, mas que em

contrapartida, impulsionou a luta de classe² e por consequência uma transição da concepção de Estado e dos conceitos de igualdade e liberdade.

O meio ambiente jusbatal no Estado Liberal foi caracterizado pelo símbolo do progresso: a fábrica, mas contraditoriamente, apresentava-se materialmente desorganizada, o imprevisto marcou o início da industrialização. Os espaços eram pequenos, sem iluminação e ventilação, não se preocupava com a segurança em um ambiente de insalubridade e periculosidade e como resultado, apareciam os acidentes do trabalho. (DELGADO, 2006, p. 149).

Política e ideologicamente o dever de reparar somente na forma culposa atendia aos anseios do desenvolvimento industrial, pois “era entendimento corrente que o sistema de responsabilidade civil não deveria prejudicar o desenvolvimento das indústrias”. (DUARTE, 2006, p. 61)

Assim, considerando que a maior parte dos danos ocasionados no desempenho da atividade industrial eram acidentes e, portanto, inculpáveis. Eram as vítimas que suportavam o ônus do desenvolvimento da indústria, ficando os empresários, que auferiam os ganhos da atividade industrial, isentos de qualquer responsabilidade. Os custos da industrialização eram suportados pelos empregados das empresas e pelos consumidores, dado o receio (fundado, registre-se) de que a proliferação de ações indenizatórias pudesse prejudicar o desenvolvimento industrial. (DUARTE, 2006, p. 61)

A eticidade individualista-burguesa remetia à recepção da responsabilidade civil cuja

Preocupação em proteger o autor do dano era desmedida, circunstância que, no mais das vezes, relegava a vítima à sua própria sorte, sem qualquer indenização pelo dano experimentado. Colocando-se deliberadamente ao lado do autor do dano, essa visão burguesa cuidava – em verdade – de resguardar seus próprios interesses econômico-financeiros, à custa, embora, de enormes injustiças para com as vítimas: se é exato que o autor pode não ter culpa na produção de certo dano, nem por isso se pode concluir que a vítima deva suportá-lo, já que, em regra, ninguém procura nem deseja sofrer qualquer espécie de prejuízo, seja moral, seja material. (GOMES, 2005, p. 230)

No entanto, o ambiente jusbatal de super-exploração, de aglomeração de indivíduos em iguais situações de exploração contribuiu para a conscientização e solidarização entre os trabalhadores que, passaram então, a se unirem para lutarem pelo reconhecimento material de direitos de igualdade e liberdade, pela justiça social. Assim,

²Para visualização da relação capital x trabalho e os acidentes de trabalho no Estado Liberal, de concepção patrimonialista-individual, aconselha-se assistir ao filme *Daens*, que retrata claramente as explorações sofridas pela classe trabalhadora vítimas de inúmeros acidentes de trabalho que, quando não matava, causava aleijões graves que muitas vezes excluía o homem do ambiente do trabalho sem qualquer amparo de seguridade social.

iniciaram-se as reivindicações contra o aumento da concentração econômica de renda, o estado de miséria sem precedentes, exploração excessiva dos trabalhadores, em especial, das mulheres e das crianças e claro, passou-se a questionar a concepção de Estado Liberal. (DELGADO, 2006, p. 152)

Passou então, a exigir do Estado ações positivas com o fim de efetivar a materialização dos direitos de igualdade e liberdade. Inicia-se nova concepção de Estado, na sua feição de Estado Social.

Segundo Ramos Filho (2012, p. 92-93), o Estado Social, em suas intervenções, passa a adotar as seguintes características: i) será finalístico, no sentido de construção de uma sociedade por intermédio do Direito que cumprirá outra funcionalidade. Dentre essa nova função tem-se a autonomização do Direito do Trabalho em face do Direito Civil, passando aquele a “cumprir uma função destinada a atender a uma finalidade específica: a pacificação social propiciadora de condições favoráveis a um novo ciclo de acumulação do capital.” (RAMOS FILHO, 2012, p. 92); ii) será material, no sentido de afirmar direitos sociais a fim de viabilizar a igualdade material, não mais e tão somente atrelado ao conceito de igualdade formal, o contraponto ao Estado Liberal é fazer o alcance da justiça social, por meio da igualdade material; iii) será legitimado por meio do alcance dos resultados a que se propôs e iv) será redistributivista, no sentido de distribuição do “Poder” dentro da sociedade.

E é com essas características que se institucionaliza o “contraditório”³ Direito do Trabalho (RAMOS FILHO, 2012, p. 94) que, segundo Maior (2007, p. 18) deveu-se aos questionamentos da grande incidência e efeitos dos acidentes de trabalho. “O acidente do trabalho, ou melhor, a necessidade de se estabelecerem obrigações jurídicas pertinentes à sua prevenção e reparação foi, assim, um dos principais impulsos para a formação do direito social e do seu consequente Estado Social” (MAIOR, 2007, p. 180). Neste sentido, a re(leitura) da responsabilidade civil no plano juslaboral abala a eticidade individualista do ordenamento jurídico do outrora Estado Liberal.

³ Para o autor, “o sistema de compensações instituído pelo Direito Capitalista do Trabalho se constituiu em fundamentação ideológica da ordem capitalista como um todo, em sua “ambivalência tutelar”, no sentido de ser destinado à classe operária, conquistado por ela e para ela, mas também afeto a ordem social, de modo, inclusive de fazer-se controlar a classe operária, como foi por exemplo, por meio da regulação do direito de greve. Configura-se então, como “pacificador e conservador a um só tempo”. E, neste sentido, portanto, deve o Direito do Trabalho ser compreendido tendo em vista duas necessidades: “por um lado, a de melhorar as condições de trabalho dos empregados, a fim de aprimorar a exploração de sua força de trabalho, elevando a extração da mais valia” e por outro “a de diminuir as tensões e os conflitos decorrentes das condições históricas concretas mediante compensações, no sentido de se obter um ambiente propício à produção e à manutenção de uma determinada maneira de organização da sociedade, que embasará um “modo de vida”, uma maneira de existir. (RAMOS FILHO, 2012, p. 94).

Da discussão jurídica em torno da responsabilidade decorrente do acidente do trabalho foi que se desenvolveu toda uma teoria que motivou o surgimento de diversas leis de proteção contra o acidente do trabalho (na Alemanha, em 1871 e 1884; na Áustria, em 1887; na Dinamarca, em 1891; na Inglaterra, em 1897; na França, em 1898; e, na Espanha, em 1900), todas adotando a teoria do risco profissional, que acabaram se tornando a base do Estado social. O debate, aliás, durou vários anos e se tratava de encontrar uma “nova maneira de pensar a responsabilidade, que romperia então com a filosofia da culpa.” (MAIOR, 2007, p. 18)

Assim, com o Estado Social reconhece-se, como direito a reparação civil, no plano juslaboral outro valor, dissociado da ética individualista do Direito Civil consagrado pelo Estado Liberal. A responsabilidade civil outrora fundamentada na culpa passa a recepcionar também o dever de reparação fundado no risco.

A responsabilidade, na perspectiva do Direito Social, impõe obrigações que determinam o modo de agir perante o outro, para promover valores humanísticos e, no caso das condições de trabalho, no contexto da produção hierarquizada, sobretudo para evitar a ocorrência de dano à personalidade do trabalhador. Esta responsabilidade, portanto, nada tem a ver com a visão liberal baseada na culpa, afinal, ninguém pode ser considerado culpado daquilo que nem sequer ocorreu. (MAIOR, 2007, p. 19)

Para Maior (2007) o novo modelo jurídico, instituído pelo Estado Social, difere do anterior pela consagração da solidariedade social que, deixa o plano da moral para ser integrar à ordem jurídica. Assim, “passa-se a reconhecer que do vínculo social advém a responsabilidade de uns para com os outros, cabendo ao Estado a promoção de todos os valores que preservem a vida, na sua inteireza, independente da condição econômica ou da sorte de cada um” (MAIOR, 2007, p. 22-23).

No plano da responsabilidade civil, a solidariedade social reflete a responsabilidade social dissociada do elemento culpa a fim de tutelar a pessoa humana.

3 A ÉTICA E O DIREITO NA CONCEPÇÃO DA PÓS-MODERNIDADE: a interpretação da responsabilidade civil a partir da hermenêutica constitucional

“Um direito só é efetivo quando a sua realização, a sua praticabilidade é assegurada; não ter direito, ou tendo-o, ficar na responsabilidade de fazê-lo triunfar, são uma coisa só.” Jossierand

O projeto da modernidade, constituído entre os séculos XVI e fins do século XVIII, constituiu-se sob a racionalidade e a cientificidade em transição a uma ordem social fundada na valoração transcendental. Erigiu-se sob os pilares da regulação, com os princípios do

Estado, comunidade e mercado e da emancipação, com os princípios da racionalidade, afeta à arte e literatura, moral-prática e da ciência e da técnica. Os pilares da modernidade foram pensados a partir da sua interrelação, como por exemplo, “a racionalidade moral-prática liga-se preferencialmente ao princípio do Estado na medida em que a este compete definir e fazer cumprir um mínimo ético para o que é dotado do monopólio da produção e da distribuição do direito.” Tratou-se de um projeto “ambicioso e revolucionário”, mas contraditoriamente apresentou excessos de promessas e déficit de cumprimento. O excesso foi justamente o objetivo de vincular o pilar da regulação à emancipação e de vincular a ambos à concretização dos objetivos próprios da racionalização da vida coletiva e individual, ou seja, na pretensão de dissolver num projeto global de racionalização a vida social prática e quotidiana. (SANTOS, 1999, p.77-78)

A modernidade desenvolve-se dentro do capitalismo liberal e organizado, concomitante à organização do Estado liberal e do Estado organizado. No primeiro momento, do Estado liberal – durante o século XIX, o projeto da modernidade mostrou-se demasiado ambicioso e internamente contraditório, resultando em imensos déficits, muitos irreparáveis. No segundo momento – do Estado organizado, com início em fins do século XIX até a década de 70 do século XX – buscou-se o cumprimento das promessas do projeto da modernidade, mas os déficits ainda persistiram. (SANTOS, 1999)

No tempo presente, vivenciado desde fins da década de 70 do século passado, tem-se presente a organização social na forma do Estado neoliberal do capitalismo desorganizado, com demonstração da crise da modernidade e por consequência de sua transição na forma da pós-modernidade. (SANTOS, 1999)

A “fragmentação pós-moderna”, terminologia adotada por Antunes, (2011, p.9), é

[...] caracterizada pelo espalhar-se do **niilismo**, pode[ndo] ser identificada como ruptura dessa tensão, ou seja, pela perda do domínio do **presente** como instância crítica para a avaliação do tempo histórico. Daqui procede[ndo] a incompreensão do **passado**, tido como peso inerte da tradição, e a recusa do **futuro**, rejeitado como indecifrável enigma. A consequência facilmente observável é o abandonar-se niilisticamente ao infinito tédio do **presente** (VAZ, 2002, p. 14) (grifos do autor)

A crise da modernidade resulta numa descrença do projeto da racionalidade, da cientificidade e da ética universalizável. E assim, “a fragmentação, a indeterminação e a intensa desconfiança de todos os discursos universais ou [...] “totalizantes” são marco do pensamento pós-moderno.” Ou ainda, em comum as teorias rejeitam as metanarrativas. (HARVEY, 1998, p. 19) (grifos do autor)

Essa transição paradigmática societal afeta a ordem jurídica, de modo a questionar o ordenamento jurídico positivista da ordem, de valoração patrimonialista e individualista. Com o Estado Social, novos Direitos foram reconhecidos, mas especialmente, novos valores, como a dignidade da pessoa humana, passaram a lastrear o ordenamento jurídico num claro objetivo de reduzir os déficits sociais oriundos do Estado Liberal.

Segundo Santos (2002, p. 151-152) os efeitos no domínio sobre o Direito foram assim sentidos: i) com a condição inicial de ordem epistemológica passando a agregar o Direito à política e a ética, numa percepção valorativa do Direito; ii) com o fetichismo jurídico em razão do ativismo jurídico intenso visando a atender a pluralidade de demanda da sociedade capitalista do século XX. Enfim, a condição epistemológica cientificizada do Direito positivista, de uma ética universalizável, do dualismo norma-fato era inevitável perante o dinamismo-plural da nova ordem capitalista do século XX.

O Direito positivista da ética universalizante do dever-ser cede à ética da moralidade em tempos do reconhecimento da pluralidade e da alteridade, o que exige a sua porosidade e abertura a novas demandas e conceito de justiça.

Se o Direito positivo da modernidade fazia distinção entre moral e Direito, o mesmo não acontece com o Direito da pós-modernidade que passa a conceber, em nome da tutela da pessoa humana, a ligação entre Direito e moralidade, ou entre norma e comportamento. Neste sentido, não basta o formalismo do Direito, mas é fundamental que os direitos de tutela à pessoa humana sejam materializados, instrumentalizados em prol da realização da pessoa humana.

Esta transição valorativa se dá com o constitucionalismo do pós-guerra, fundamentalmente pós-positivistas, cujos textos normativos são eivados de normas principiológicas de tutela à pessoa humana. Conforme apontou Streck (2011, p. 168), no campo filosófico há a passagem do esquema sujeito-objeto para a relação sujeito-sujeito, em que “a abundante principiologia veio para introduzir, no direito, o mundo prático que dele havia sido expungido pelas diversas posturas positivistas.”

Trata-se de uma autêntica revolução do Direito, que passa então a tutelar interesses supraindividuais e existenciais atinentes à pessoa humana, via consagração normativa constitucional da dignidade da pessoa humana, numa atribuição de superioridade material ou axiológica. (SCHREIBER, 2013).

Portanto, “[...] a dignidade consiste no vetor segundo o qual se orientam e se devem orientar todos os interesses (sejam materiais, sejam existenciais), que somente são

considerados merecedores de tutela na medida em que instrumentalizados a favor deste fim.” (SCHREIBER, 2013, p. 180).

Assim, no Estado Democrático de Direito em que um de seus fundamentos é a dignidade da pessoa humana, impõe-se ao intérprete do Direito a realização de uma hermenêutica concretista da normativa de tutela à pessoa humana.

No caso brasileiro, a Constituição da República de 1988 – CR/88 – normatiza o dever de concretude da normativa constitucional por meio das disposições contidas no artigo 3º, ao estabelecer que

constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL)

Trata-se do princípio da progressividade, que impõe o dever de avanço da ordem social brasileira. Neste sentido observou o Ministro Mello (2015) a importância dos verbos contidos no art.3º, da CR/88, apontando que

...são considerados como objetivos fundamentais de nossa República: primeiro, **construir** – **prestem atenção a esse verbo** – uma sociedade livre, justa e solidária; segundo, **garantir** o desenvolvimento nacional – **novamente temos aqui o verbo** a conduzir não a atitude simplesmente estática, **mas a posição ativa**; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por último, no que interessa, **promover** o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (...) (grifos acrescidos)

Numa perspectiva constitucional garantista (FERRAJOLI, 2010) da tutela humanista, impõe-se uma hermenêutica jurídica da efetividade dos direitos fundamentais, entendidos como direitos positivados nas Constituições para assegurar os valores reputados como essenciais à promoção da dignidade humana.

Nesta perspectiva, o instituto da responsabilidade civil evoluiu, passando a tutelar novos interesses diante de sua violação.

Basta pensar, a título de ilustração, no dano à privacidade. Em 1960, era inconcebível que uma pessoa recorresse ao Poder Judiciário alegando ter sofrido dano à privacidade, como modalidade autônoma e específica de um prejuízo ressarcível. Hoje, ao contrário, a privacidade é amplamente reconhecida como um interesse merecedor de tutela, e os tribunais têm se mostrado prontos para tutelar qualquer lesão que se lhe apresente, como evidenciam, por exemplo, os casos de

condenação por revista ou vídeo-vigilância não autorizada em ambiente de trabalho ou por abuso no direito de informação. (SCHREIBER, 2013, p. 180).

E por isso, o próprio instituto da responsabilidade civil deve interpretado a partir de uma (re)leitura, passando então, a se falar em Direito de danos, numa perspectiva que o dever de reparar passa agora a estar atrelado ao resultado danoso. Nesta interpretação, passa-se a compreender o dever de reparar todo o dano injusto sofrido, de modo a alcançar toda a extensão do dano. Neste sentido, a reparação atrela-se ao conceito de vítima, efetivando portanto, a justiça distributiva. “O foco das atenções, então, desloca-se da consciência do autor do dano para a esfera da vítima, pois todo o dano injusto deve ser reparado, sob pena de se gerar instabilidade no seio social, abalando o equilíbrio reinante” (GOMES, 2005, p. 233).

Enfim, “enxerga-se o dano injusto e não mais o ato ilícito; busca-se a plena reparação da vítima do dano injusto e não mais a punição daquele que age ilicitamente” (MULHOLLAND, 2010, p. 15-16).

Ocorre que, no plano do Direito Juslaboral esta tutela não tem sido efetiva, pois exige-se ainda, como regra geral do Direito de Danos juslaborais, em caso de danos ao empregado, a prova da culpa do empregador. Neste sentido dispõe o artigo 7º, XXVIII da CR/88: “[...] seguro contra acidente de trabalho, a cargo do empregador, **sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.**” (grifos acrescidos)

Trata-se de uma regra constitucional que destoa de toda normativa constitucional de tutela à pessoa humana. Neste sentido, Silva (1962, p. 34) observa que “a vítima [trabalhador] deverá de ser abandonada à sua própria sorte na ausência de qualquer parcela de culpa atribuível ao agente do efeito danoso, ou não?”

A responsabilização, em sua natureza subjetiva, remonta os ideais filosóficos burgueses, condizentes com as bases do Direito Civil oitocentista de tutela patrimonialista, o paradigma era o cidadão dotado de patrimônio. Ao liberalismo burguês interessava a tutela da propriedade, o que levou os oitocentistas a atribuírem à responsabilidade civil a natureza jurídica subjetiva. Assim, para se chegar ao patrimônio do ofensor, diminuindo seu poder de propriedade, deveria a vítima provar a culpa do agente. Percebe-se que a instituição da responsabilização subjetiva interessava muito mais ao ofensor do que a vítima.

Toda esta leitura era condizente com os valores tutelados pelo Direito, cuja eticidade era de tutela a propriedade, em uma leitura liberal-individualista. “Consumou-se o

darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para justiça social.” (LÔBO, 2009, p. 26)

O individualismo implicou em uma reflexão do Estado e da sociedade em torno da propriedade privada, alicerçando todo o sistema produtivo. “No capitalismo abrem-se as grandes matrizes de pensamento filosófico que acompanham até hoje o discurso comum da filosofia do direito: individualismo, direitos subjetivos(...)” (MASCARO, 2002, p. 21)

Segundo Silva (1962, p.28) a doutrina individualista partia do homem natural, tomando-o como ser isolado, segregado, titular de prerrogativas próprias e absurdamente iguais em direito e livres.

A filosofia do individualismo centra a problemática em torno do indivíduo, no problema específico do conhecimento a partir do sujeito. (MASCARO, 2002)

Ocorre que, com a redefinição do olhar do ordenamento jurídico, que ocorre após a II Guerra Mundial, tem-se a (re)leitura do Direito, defendendo-se como centro do ordenamento jurídico a tutela da pessoa humana. Despatrimonializa-se o ordenamento jurídico. As Constituições, então, elevaram ao centro de tutela a pessoa humana, a dignidade humana. Neste sentido, afirma Moraes (2003, p. 67): subjaz “ [...] a ideia de que o direito ou é humano, ou não é direito. Não por acaso, se considera que o fim da modernidade coincide com o término da Segunda Guerra Mundial”.

Infelizmente, conforme observou Streck (2004, p. 33), o Direito brasileiro não atende ao fim do Estado Democrático de Direito, que é a transformação social. Para o autor

... não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem – em face da emergência de um novo modo de produção de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito – desse (velho/defasado) Direito, produto de um modo liberal-individualista-nomativista de produção de direito

Esta afirmativa fica clara com a disposição normativa em relação ao Direito de Dano no plano do Direito juslaboral em casos de danos injustos sofridos pelo empregado. Desconsidera-se a vítima em favor do ofensor ao se instituir como regra o dever de reparação na forma subjetiva, de forma a destoar do sistema jurídico brasileiro, por diversas razões:

i) desconsidera a tutela garantista da CR/88 que elevou a pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme observou Ferrajoli (2014, 795) “[...] a declaração constitucional dos direitos dos cidadãos [...] equivale à declaração constitucional dos deveres do Estado.”.

ii) Desconsidera que o objetivo da responsabilização é de tutela a vítima, que no caso juslaboral, é o trabalhador. O que se percebe, a princípio, é a imposição da prova da culpa, desvalorizando-se o princípio da solidariedade, da igualdade e em especial da tutela à pessoa humana.

Quanto ao princípio da dignidade humana e toda normativa constitucional há que se observar que

A dignidade é um valor absoluto, intrínseco à essência da pessoa humana, único ser que compreende uma valoração interna, superior a qualquer preço, e que não admite substituição equivalente. Este valor servirá como norte na interpretação e aplicação de normas jurídicas sempre sendo considerado na proteção e tutela dos direitos da personalidade do homem e nas suas relações jurídicas, no sentido de proporcionar a base para a realização dos objetivos do Estado democrático de direito. (MULHOLLAND, 2010, p. 19)

iii) Desconsidera que o sistema jurídico deve ser interpretado em sua unidade e em seu sentido sistemático de tutela à pessoa humana. Neste sentido observou Mulholland (2010, p. 18):

A percepção de que o sistema jurídico pode ser unitário e, portanto, sistemático e hierarquicamente estabelecido, não poderia mais ser analisado e interpretado em blocos estanques e separados, levou à conclusão de que quando diante de um ordenamento fundado em uma norma superior – a Constituição – há que se respeitar os princípios e valores que dela emanam, sob pena de se ver descaracterizado o sentido sistemático do ordenamento.

iv) Desconsidera a ordem de tutela conferida pelo Direito do Consumidor, que institui a responsabilização objetiva e no mesmo sentido, a responsabilização do Estado. Daí cabe indagar: o que os três ramos têm em comum? As relações jurídicas por eles regulamentadas são permeadas pela desigualdade, há verificação de sujeito vulnerável, que exige atuação positiva do Estado para assegurar os direitos fundamentais. Esta atuação positiva do Estado se dá por meio da instituição da responsabilização objetiva, fato que não ocorre com o Direito do Trabalho, por força de dispositivo constitucional num claro conflito de tutela.

v) Desconsidera que o dever de reparar no plano ambiental se dá na forma da responsabilização objetiva, independente da apuração da culpa. Neste sentido, o meio ambiente juslaboral é de responsabilização objetiva do empregador por danos injustamente provocados.

vi) Desconsidera a necessidade de uma hermenêutica personalista, de tutela a pessoa humana, integralizando-se os substratos da igualdade, liberdade, integridade psicofísica e da solidariedade (MORAES, 2006);

vii) por fim, desconsidera uma interpretação social-valorativa, que determina a efetividade do Direito.

Assim, “se a lei ou a Constituição contempla múltiplos valores, cumpre ao intérprete mostrar pela hermenêutica o lugar de cada um, constituindo, pela lógica da razão, um universo harmônico e não um todo desordenador e segregacionista.” (SILVA, 2008, p. 124)

Não se desconhece o avanço jurisprudencial (Tribunal Superior do Trabalho – TST) ao instituir responsabilidade objetiva juslaboral nos moldes do parágrafo único, do artigo 927 do Código Civil de 2002. Mas, deve o intérprete buscar a efetivação dos direitos fundamentais, por meio da superação do paradigma liberal-individualista, e ainda, a superação da filosofia da consciência, em que o intérprete do Direito, fica submetido a ordem dos significados, não tendo consciência das determinações, cabe-lhes o (re)pensar o Direito, seus valores e toda a sua ordem de tutela, e isso se dá por meio da filosofia da linguagem.

Neste sentido pondera Streck (2004, p. 234) que o

(...) o processo hermenêutico deve ser um *devir*. Interpretar é dar sentido. O que é dar sentido? É construir sítios de significância (delimitar domínios), é tornar possíveis gestos de interpretação. Para tanto, nenhum intérprete pode pretender estar frente ao texto normativo livre de pré-compreensões, **pois isto equivaleria a estar fora da história e a fazer emudecer a norma** (...) (grifos acrescidos)

Assim, deve-se entender que o Direito, em especial a matéria que nos toca, a responsabilização juslaboral, deve ser interpretado em consonância com os valores sociais, a prática dos homens que se expressa em um discurso “(...) que é mais do que palavras, é também comportamento, símbolos, conhecimentos, expressados (sempre) na e pela linguagem.” (STRECK, 2004, p. 237).

A responsabilização jurídica juslaboral, exige assim, (re)leitura de sua natureza jurídica, objetivando atender ao Estado Democrático de Direito e a busca da efetivação dos direitos fundamentais, vez que a Constituição, como norma dialética do ordenamento jurídico, assegurou tutela especial ao sujeito trabalhador, elegeu como base dos direitos sociais, o valor trabalho, e ainda, como fundamento do Estado Democrático de Direito tem-se a dignidade da pessoa humana, e por fim, é objetivo do Estado Democrático a busca de uma sociedade justa, igualitária e solidária.

No Estado Democrático de Direito não se poder olvidar que o constituinte assegurou a revalorização da pessoa humana e a sua dignidade numa sociedade solidária e, neste sentido, o dever de reparar deve ser interpretado em favor da vítima, de forma que se assegure a reparação pelo dano injusto e por consequência, a efetiva tutela à pessoa humana. (MULHOLLAND, 2010)

E ainda,

Nunca é demais repetir que o Estado Democrático de Direito se assenta em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais. Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais – sociais-no sentido que lhes é dado pela tradição –sem democracia. Há, assim, uma copertença entre ambos. O contemporâneo constitucionalismo pensou nessa necessária convivência entre o regime democrático e a realização dos direitos fundamentais, previstos nas Constituições. (STRECK, 2014, p. 123)

A efetividade dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira pressupõe, portanto, a efetividade do pacto sócio-político previsto na Constituição da República de 1988 – CR/88, cuja normatividade é de acepção tutelar existencialista do Estado Democrático de Direito.

4 NOTAS CONCLUSIVAS

“Todas as realidades de hoje foram utopias de ontem.” Lucas Verdu

A reparação civil outrora fundada na culpa cedeu ao dever de reparar o dano injusto, fundada agora, na tutela da pessoa humana, de modo a alcançar a reparação integral do dano injusto sofrido pela vítima. Enfim, com o Direito de Danos tem-se que o sujeito a ser tutelado pelo dever de reparar é a vítima.

Trata-se do reconhecimento de uma nova eticidade ao Direito. Se, nos moldes do Estado Liberal a eticidade que permeava o direito era individualista e por consequência patrimonialista, após a II Guerra Mundial o Direito aproxima-se da moralidade e passa então a ser orientado pela tutela à pessoa humana . Para assegurar esta opção de tutela as Constituições pós II Guerra Mundial elevaram como centro de sua tutela a cláusula de tutela à pessoa humana. No caso brasileiro esta normativa está inserida como fundamento do Estado Democrático de Direito (art.1º, III da CR/88).

Há que se observar que a renovada supremacia da ordem constitucional impõe, de forma garantista, a efetividade dos direitos fundamentais por ela garantidos. Portanto, a interpretação a ser conferida deverá ser no sentido de buscar a efetividade dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

Dentre os direitos fundamentais assegurados à pessoa, e aí, inclui-se a pessoa do trabalhador, está o respeito a sua integridade psicofísica e o seu direito de ser reparado no caso de danos injustos. No entanto, em disposição conflitante, a regra estabelecida no art. 7º, XXVIII da CR/88 vem instituindo um óbice ao dever de reparação, que é justamente, a necessária prova da culpa do empregador em caso de danos injustos sofridos pelo empregado. Trata-se de uma prova diabólica diante da vulnerabilidade do empregado e ainda, incoerente com toda normativa constitucional de tutela à pessoa humana.

Deste modo, o dever de reparar na hipótese juslaboral não pode se ater tão somente à morfologia de regra contida no art.7º, XXVIII da CR/88, mas sim, deve se impor uma interpretação a partir de todo o contexto constitucional que recepcionou a tutela de reparação objetiva em hipóteses de vulnerabilidade, como o foi por exemplo, na hipótese de dano acarretado pelo Estado – art. 37, §6º da CR/88 e ainda, no caso de dano ao meio ambiente ou no caso de acidentes nucleares. Trata-se de interpretar o dever de reparar a partir do dano injusto em um claro compromisso social pela solidariedade social.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Ética pós-moderna**. 2ª.ed.São Paulo: Paulus, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTR, 2006.

DUARTE, Ronnie. Responsabilidade civil e o novo Código: contributo para uma revisitação conceitual. *in Revista Dos Tribunais*, ano 95, V. 850, ago de 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Madri: Trotta, 2010.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. Efetivação dos Direitos sociais como condição da Democracia (ou, sobre os riscos de uma nova Assembléia de Revisão Constitucional). *in*

CORREIA, Marcus Oriane Gonçalves (Org). **Curso de Direito do Trabalho**. V.I (Teoria Geral do Direito do Trabalho). São Paulo: LTR, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GOMES, José Jairo. **Responsabilidade civil e eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HARVEY, David. **Condição pós moderna**. 7ªed. São Paulo: Loyola, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. *in* **Leituras Complementares De Direito Civil**: o Direito Civil-Constitucional em concreto. FARAIS, Cristiano Chaves (Org.) 2ª.ed. Salvador: *JusPodivm*, 2009.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; CORREIA, Marcus Oriane Gonçalves. O que é Direito Social. _____. **Curso de Direito do Trabalho**. V.I (Teoria Geral do Direito do Trabalho). São Paulo: LTR, 2007.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução À Filosofia Do Direito**: dos modernos aos contemporâneos. São Paulo: Atlas, 2002.

MELLO, Marco Aurélio. *in* Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 186 - Distrito Federal . Democratas - Dem x Cota para negros da UNB. *in* www.stf.gov.br. Acesso em 15 de julho de 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos À Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito capitalista do trabalho**: História, mitos e perspectivas no Brasil. São Paulo: LTR, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 4ªed. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 7ªed. Porto: Afrontamento, 1999.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade Sem Culpa E Socialização Do Risco**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

STRECK, Lenio Luiz. Crítica hermenêutica às recepções teóricas inadequadas feitas pelo constitucionalismo brasileiro pós-1988. *in* CALLEGARI, André Luis; _____;

ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2011.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Hermenêutica Jurídica E(M) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 4ª.ed. 2004.

VAZ, Henrique C. de Lima. **Escritos de Filosofia II**: ética e cultura. 3ª.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2000.