



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO E PROCESSO DO
TRABALHO**

MARCELA MONTENEGRO DE OLIVEIRA FREITAS

**A TEORIA DO *PUNITIVE DAMAGE* COMO INSTRUMENTO
DE COMBATE AO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL**

Salvador
2017

MARCELA MONTENEGRO DE OLIVEIRA FREITAS

**A TEORIA DO *PUNITIVE DAMAGE* COMO INSTRUMENTO
DE COMBATE AO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de
Direito, como requisito para obtenção do grau de
especialista em Direito e Processo do Trabalho.

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELA MONTENEGRO DE OLIVEIRA FREITAS

A TEORIA DO *PUNITIVE DAMAGE* COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de Especialista em Direito e Processo do Trabalho, na Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, __ / __ / 2017.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que contribuíram direta ou indiretamente para a concretização deste trabalho, seja com sugestões ou materiais úteis ao trabalho desenvolvido, seja incentivando com palavras dóceis e sábias.

O meu muito obrigada aos meus pais, pela compreensão e confiança de sempre. À minha irmã, pelas palavras de incentivo. Aos mestres e amigos, por se mostrarem sempre solícitos.

Por fim, mas não menos importante, um agradecimento especial ao professor e coordenador deste curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho, Rodolfo Pamplona Filho, pelo convite para exercer o papel de monitora da turma. Muito obrigada pela confiança e carinho!

“A vida nem sempre segue o nosso querer
Mas ela é perfeita naquilo que tem que ser,
É um ciclo...”

Atemporal – Catedral

RESUMO

O presente trabalho visa discutir a temática da responsabilidade civil do empregador em decorrência do assédio moral organizacional, analisando a Teoria do *Punitive Damage* como alternativa para garantir a efetividade das condenações judiciais, em especial no que tange às suas funções preventiva e dissuasora. Não obstante o assédio organizacional ocorra com bastante frequência dentro das grandes empresas, não é um instituto muito tratado na doutrina e jurisprudência. A falta de conhecimento da população (jurídica e leiga) acerca desta temática faz com que o combate a tais condutas ilícitas se torne ainda mais difícil, uma vez que as pessoas tendem a vê-las como condutas normais do sistema capitalista. Todavia, por se tratar de grave violação dos direitos fundamentais da vítima, o Poder Judiciário precisa adotar medidas mais eficazes, visando, principalmente, a prevenção e o desestímulo.

Palavras-chave: Assédio moral organizacional. Responsabilidade civil do empregador. *Punitive Damage*.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 UMA VISÃO GERAL SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.1 ASPECTOS INICIAIS	13
2.2 CONCEITO	13
2.3 DOS ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	15
2.3.1 Da conduta do agente	15
2.3.1.1 Da culpa como elemento acidental	16
2.3.2 Do dano	18
2.3.3 Do nexu causal	20
2.4 CLASSIFICAÇÃO	21
2.4.1 Da responsabilidade subjetiva e objetiva	21
2.4.2 Da responsabilidade contratual e extracontratual	22
2.5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE EMPREGO	23
2.5.1 Caracterização jurídica da relação de emprego	24
2.5.2 Breves comentários sobre o poder empregatício	25
2.5.3 Responsabilidade civil do empregador por ato do empregado	27
2.6 O NOVO PARADIGMA E A NOVA FORMA DE ANALISAR AS RELAÇÕES JURÍDICAS	28
3 O ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL	30
3.1 ASPECTOS INICIAIS	30
3.2 DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL	31
3.2.1 Elementos caracterizadores do assédio moral organizacional	32
3.2.1.1 Conduta abusiva	33
3.2.1.2 Prática reiterada	33
3.2.1.3 Finalidade de aumentar a produtividade	34
3.2.1.4 Desnecessidade de aferição do dano	35
3.3 A CULTURA ORGANIZACIONAL	36
3.3.1 A cultura organizacional como instrumento de controle da subjetividade dos trabalhadores	37
3.3.2 A utilização da cultura organizacional como fator de produtividade	39

3.4 O ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL E OS LIMITES DO PODER EMPREGATÍCIO	40
3.5 FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL	42
3.6 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO	43
4 ASPECTOS DA TEORIA DO <i>PUNITIVE DAMAGE</i>	46
4.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS	46
4.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O <i>COMMON LAW</i>	46
4.3 O <i>PUNITIVE DAMAGE</i>	48
4.3.1 Por que usar a expressão em língua estrangeira?	50
4.4 O <i>PUNITIVE DAMAGE</i> E SUAS FAMOSAS INDENIZAÇÕES MILIONÁRIAS	51
4.5.1 “<i>Ford Pinto Case</i>”	52
4.5.2 “<i>Mc Donald’s Coffee Case</i>”	53
4.6 REQUISITOS A SEREM CONSIDERADOS NA APLICAÇÃO DO <i>PUNITIVE DAMAGE</i>	54
4.6.1 A conduta reprovável	55
4.6.2 O elemento pedagógico-desestimulador	55
4.6.3 O ofensor	56
4.6.4 O ofendido	58
5 O <i>PUNITIVE DAMAGES</i> COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL	59
5.1 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE AS INDENIZAÇÕES POR DANO MORAL	59
5.2 AS RESISTÊNCIAS AO <i>PUNITIVE DAMAGE</i> E A NECESSÁRIA MUDANÇA DE PARADIGMA	63
5.3 AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	65
5.3.1 A tradicional função reparatória/compensatória	65
5.3.2 A função preventiva ou dissuasora	66
5.3.3 A função punitiva e o seu caráter instrumental	67
5.4 FUNÇÕES ESSENCIAIS DO <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	69
5.4.1 Punição (retribuição)	70

5.4.2 Prevenção (dissuasão)	71
5.5 PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO DO <i>PUNITIVE DAMAGE</i>	72
5.5.1 A ocorrência do dano moral	72
5.5.2 Culpa grave do ofensor	73
5.6 O PUNITIVE DAMAGE COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL	75
5.7 ANÁLISE ÀS PRINCIPAIS OBJEÇÕES AO <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	76
5.7.1 Excessos nas indenizações	76
5.7.2 Enriquecimento sem causa da vítima	77
5.7.3 O princípio <i>ne bis in idem</i>	79
5.8 ANÁLISE DA FUNÇÃO SOCIAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS A PARTIR DO <i>PUNITIVE DAMAGE</i>	79
6 CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS	85

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo discutir a temática da responsabilidade civil do empregador em decorrência da prática do assédio moral organizacional e, além disso, compreender os principais aspectos da Teoria do *Punitive Damages*, a fim de utilizá-la como meio de combate destas condutas ilícitas.

A modalidade organizacional do assédio moral, não obstante tenha crescido bastante, não tem recebido da doutrina e do próprio Judiciário a atenção que o tema de fato merece. É necessária uma maior atenção acerca das mudanças que vêm ocorrendo na organização do trabalho, das práticas mercantilistas adotadas pelas empresas em face dos seus empregados, visando alcançar cada vez mais produtividade e lucro, em detrimento da saúde e integridade dos empregados, cometendo graves violações aos seus direitos fundamentais.

Faz-se necessário adotar medidas aptas a inverter a lógica da racionalidade econômica que hoje se verifica no Brasil para, assim, desestimular a continuidade da prática de condutas ilícitas e, ao mesmo tempo, estimular a adequação das condutas destes ofensores às normas previstas no ordenamento jurídico. Além de proteger os direitos fundamentais dos trabalhadores, esta medida desafogaria o Poder Judiciário a partir de uma significativa redução das ações judiciais indenizatórias.

O presente trabalho refere-se apenas à problemática do assédio moral organizacional, mas diversos outros ramos do Direito se encontram, hoje, na mesma situação: inúmeras ações judiciais semelhantes que resultam em condenações com valores ínfimos, cujo pagamento é mais vantajoso à empresa do que os gastos que seriam necessários para sua adequação à legislação pátria.

Neste cenário, a Teoria do *Punitive Damages*, também chamada de Teoria do Desestímulo ou de *exemplary damage*, se apresenta como alternativa viável para garantir maior efetividade às condenações judiciais por danos morais. Trata-se de uma ideia nascida no direito britânico e que criou raízes no direito norte-americano, que é onde, até hoje, vem se desenvolvendo.

Esta teoria agrega em si o caráter punitivo e pedagógico da indenização, elevando os valores das condenações nos casos de reincidência de determinado ofensor na

prática daquele ato, aplicando, assim, indenizações de grande monta, a fim de que estas possuam relevância diante do patrimônio do ofensor. Com isso, visa-se inverter a racionalidade econômica anteriormente mencionada, de modo a fazer com que a adequação da empresa ao ordenamento jurídico se mostre mais vantajosa do que o pagamento de várias indenizações com valores mais altos.

No capítulo segundo será possível encontrar uma breve análise acerca da responsabilidade civil, de modo que o leitor consiga compreender as bases deste instituto, os seus fundamentos e características para, então, melhor compreender a problemática ora trabalhada.

Após isso, o terceiro capítulo dedica-se a analisar o assédio moral organizacional. Inicialmente são tratados os elementos caracterizadores do assédio moral e do assédio moral organizacional, a fim de demonstrar os aspectos que o diferenciam para, em seguida, compreender as formas de manifestação do assédio organizacional e a influência da cultura organizacional neste cenário.

O quarto capítulo, por sua vez, traz apontamentos acerca do *punitive damage*, lembrando casos que ganharam repercussão mundial em face das suas condenações milionárias e geraram, com isso, diversas discussões a respeito do tema. Além disso, a fim de que o leitor possa compreender a teoria e considerar as colaborações que este instituto pode trazer para o combate ao assédio moral organizacional, faz-se uma análise dos seus requisitos fundamentais.

Por fim, reunindo todos os elementos estudados até então, no quinto capítulo foi traçado um paralelo entre as funções da responsabilidade civil do empregador e do *punitive damage*, bem como procurou-se estabelecer os pressupostos para aplicação desta nova modalidade indenizatória, desconstruindo, em seguida, algumas das principais objeções apontadas pela doutrina contrária à utilização deste instituto. Assim, foi possível erigir uma forma de pensar acerca da possibilidade e dos benefícios de se utilizar o *punitive damage* no bojo do Direito do Trabalho.

Dessa forma, embora o presente trabalho monográfico não tenha a pretensão de exaurir a problemática que gira em torno deste tema, espera-se que os objetivos traçados no seu nascedouro tenham sido atingidos, garantindo uma melhor compreensão acerca do *punitive damage* como opção para conferir mais efetividade

às indenizações decorrentes do assédio moral organizacional, em especial no que tange ao caráter dissuasor.

2 UMA VISÃO GERAL SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 ASPECTOS INICIAIS

O estudo da responsabilidade civil é etapa indispensável para a construção do presente trabalho, haja vista se tratar de um instituto intrinsecamente ligado ao assédio moral. É por meio daquela que se sanciona, juridicamente, as condutas abusivas geradoras do assédio moral, seja no âmbito da relação de emprego ou não.

Sendo assim, neste capítulo serão analisados os aspectos de maior relevância no que tange à matéria da responsabilidade civil, a fim de que o leitor possa adquirir uma noção geral do instituto e, assim, melhor compreender a problemática abordada adiante.

2.2 CONCEITO

Etimologicamente, o termo responsabilidade deriva do vocábulo *respondere* e relaciona-se diretamente com o direito obrigacional, segundo o qual a conduta humana está vinculada ao seu fim e, na eventualidade do descumprimento da obrigação, surge, então, o dever de compensar a vítima pelo dano causado.

Embora os conceitos de responsabilidade civil e obrigação tenham muitas semelhanças, ambos não se confundem.

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. Daí a feliz imagem de Larenz ao dizer que “a responsabilidade é a sombra da obrigação”. Assim como não há sombra sem corpo físico, também não há responsabilidade sem a correspondente obrigação. Sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos que identificar aquele a

quem a lei imputou a obrigação, porque ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente.¹

Assim, a obrigação consiste no dever jurídico originário, cuja violação configura um ilícito civil que, geralmente, implica em um prejuízo a alguém. A existência deste prejuízo, por sua vez, faz surgir um novo dever jurídico, que é o que Sérgio Cavalieri, na transcrição acima, chama de dever jurídico sucessivo e que, em outras palavras, consiste no dever de reparar o dano decorrente do descumprimento de determinada obrigação.

Como regra geral, a responsabilidade civil, no art. 927 do Código Civil², impõe a necessidade de reparação ao prejuízo causado por aquele que, agindo de forma omissiva ou comissiva, cause dano a outrem.

No entanto, a evolução da sociedade e das relações jurídicas ocasiona situações nas quais, devido ao ato praticado por outrem, determinada pessoa é chamada como garantidora e responsável pela reparação daquele ato lesivo, mesmo que não tenha contribuído diretamente para a ocorrência do fato. A esta situação a doutrina concede o nome de responsabilidade indireta ou responsabilidade por ato de terceiros. Estas hipóteses estão previstas no rol taxativo do art. 932 do Código Civil³.

Sendo assim, a responsabilidade civil pode ser entendida como a obrigação de reparar o prejuízo causado a uma pessoa, por fato próprio ou por fato de pessoas ou coisas que dependam dela.

Rui Stoco⁴ conceitua a responsabilidade civil como “a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expresso na lei”. Sendo assim, responsabilizar alguém significa imputar-lhe a causa de algum prejuízo, patrimonial ou moral, devendo o agente responder pelas consequências dos seus

¹ CAVALIERI, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 24.

² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

³ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

⁴ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 116.

atos, restabelecendo o *status quo ante* afetado por sua ação e, nos casos em que isso não for possível, compensando a vítima com indenização em pecúnia a fim de compensar o mal causado.

Visa, portanto, garantir o direito do lesado à segurança, mediante o pleno ressarcimento dos danos que sofreu, restabelecendo-se na medida do possível o *status quo ante*. Logo, o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da *restitutio in integrum*, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição natural de recursos a sua situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento do seu ressarcimento.⁵

2.3 DOS ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A partir da análise do art. 186⁶ do Código Civil, chega-se à conclusão de que são três os elementos fundamentais da responsabilidade civil: a) a conduta do agente; b) o nexo causal; c) o dano.

Eventualmente, porém, pode-se tornar necessária também a presença da culpa que, conforme será demonstrado adiante, deixou de ser considerada “fundamental” e passou a ser adjetivada de “elemento acidental”⁷, uma vez que deixou de ser indispensável para a caracterização da responsabilidade civil, embora, em alguns casos, a sua existência ainda seja necessária.

2.3.1 Da conduta do agente

O elemento primário da responsabilidade civil é a conduta humana. A partir da análise do disposto no art. 186 do Código Civil⁸, entende-se por conduta o comportamento humano voluntário, que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências no mundo jurídico.

⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 7, p. 08.

⁶ Art. 186, CC/02: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – *Responsabilidade Civil*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66-67.

⁸ 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.

No entendimento de Maria Helena Diniz⁹ a conduta:

[...] vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

No que tange à conduta positiva (ação), Sergio Cavaliere¹⁰ destaca a existência do dever geral de abster-se da prática de atos que possam causar danos a outrem, de modo que o descumprimento deste dever se materializa na forma de uma conduta positiva que, então, ensejará responsabilização do agente.

No que tange à conduta negativa (omissão), o mesmo autor observa:

[...] a omissão, todavia, como pura atitude negativa, a rigor não pode gerar, física ou materialmente, o dano sofrido pelo lesado, porquanto do nada provém. Mas tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.¹¹

Importante perceber, entretanto, que tanto na conduta positiva quanto na negativa deve-se verificar a presença da voluntariedade, uma vez que sem ela não há se falar em responsabilidade civil, seja ela subjetiva ou objetiva.¹²

Por cautela, insta destacar que os conceitos de voluntariedade e intencionalidade não se confundem. Na conduta voluntária, há a vontade consciente do agente em praticar aquele ato, e não necessariamente em atingir determinado resultado danoso, como ocorre na intencionalidade.

2.3.1.1 Da culpa como elemento acidental

No século XVIII, independente da existência de dano ao ofendido, o dever de indenizar só passava a existir a partir da comprovação da culpa do agente. Isso porque, com as mudanças decorrentes da transmutação de uma sociedade eminentemente agrária para um modelo de desenvolvimento técnico, os legisladores

⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 43.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 43.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 43.

¹² GUIMARÃES, Tauana Cirne. A compreensão jurídica da política de metas como instrumento para o assédio moral organizacional. 2011. 104p. Monografia (Graduação de Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Salvador, Salvador, p. 54.

se valerem da necessidade de comprovação da culpa para retirar do empresário a obrigação de responder pelos danos causados sem a sua intencionalidade, haja vista a dificuldade da vítima em produzir as provas necessárias. Assim, visava-se garantir a continuidade das mudanças de comportamento que se observava na sociedade da época.

Estar-se-á diante, portanto, da responsabilidade civil subjetiva. Porém, ao contrário do que imaginavam os juristas da época, com o advento da revolução industrial e a inserção de novas relações sociais, este modelo de responsabilidade civil tornou-se insuficiente para abranger os diversos acontecimentos que passaram a atormentar a sociedade.

De modo gradual admitiu-se um direito à segurança por parte da vítima da lesão de direito, abrangendo tanto a integridade física da pessoa como a intangibilidade dos seus bens. Assim, quando o direito à segurança sofria uma lesão surgia uma responsabilidade por parte do autor do dano. A doutrina explicou que houve um deslocamento do prisma pelo qual se examinava a responsabilidade civil. Abandonou-se, em alguns casos, a apreciação da conduta do autor do dano para garantir o direito à segurança de quem tinha sofrido a lesão.¹³

Foi a partir de então que se verificou a germinação de uma nova vertente que, em nome da segurança da vítima, passou a abrir mão do aspecto subjetivo da responsabilidade civil, que deixou de ser vista apenas a partir da existência da culpa. Esta nova vertente tinha como objeto de análise principalmente os casos em que havia iminente configuração do risco ou nos casos de profundas desigualdades entre o sujeito ativo do dano e o passivo. Para esta modalidade foi conferido o nome de responsabilidade civil objetiva.

As teorias modernas têm se afastado da valorização da culpa para adentrar na teoria do risco, na qual a responsabilidade passa a ter aspecto objetivo. Ao exercer alguma atividade que seja potencialmente arriscada a causar prejuízos a terceiros, o agente assume o risco de ser compelido a ressarcir ou indenizar o dano decorrente da prática deste ato. Este pensamento vincula-se diretamente ao denominado risco-proveito ou risco-benefício, ou seja, aquele que exerce determinada atividade e, conseqüentemente, retira vantagens diretas ou indiretas deverá responder pelos danos causados, independente de culpa sua ou de qualquer outra pessoa a ela vinculada.¹⁴

Ao se falar do aspecto objeto da responsabilidade, é necessário notar que, segundo o art. 927 do Código Civil, existe o dever de indenizar sem que haja,

¹³ WALD, Arnold. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 845, ano 95, mar. 2006, p. 85.

¹⁴ RESEDÁ, Salomão. A Aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro. 2008. Dissertação (mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 55.

concomitantemente, a necessária observação da culpa, nos casos taxativamente previstos em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, grande risco para os direitos de outrem.

Diferente do que ocorre na responsabilidade subjetiva, na objetiva o ônus probatório não se limita ao *ánimus* do ofensor, isto é, o intérprete do direito deixa de focar na análise da existência de culpa ou dolo do agente para, então, focar no nexo causal entre a conduta e o dano.

Dessa forma, a culpa, embora possa ser extraída do conceito legal de responsabilidade civil previsto no art. 186 do Código Civil, não pode ser considerada elemento fundamental na caracterização deste instituto, haja vista a existência da responsabilidade objetiva que, conforme será analisada adiante, não exige a existência de culpa ou dolo do agente.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁵ destacam que a culpa consiste em um elemento accidental, podendo ou não estar presente na conduta humana ensejadora da responsabilização. Os demais elementos, isto é, a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade, ao contrário do que ocorre com a culpa, estão presentes em todas as hipóteses de responsabilidade civil. Assim, a inclusão da culpa dentre os elementos fundamentais prejudicaria a generalidade dos elementos elencados, uma vez que só poderiam ser utilizados nos casos de responsabilidade subjetiva.

2.3.2 Do dano

Não se pode falar em imputar a responsabilidade civil a um agente sem que, da sua conduta voluntária, tenha decorrido um dano a alguém. Se a finalidade maior da responsabilidade civil é o retorno ao *status quo ante*, isso significa que a situação tem que ter sofrido modificações para, a partir da aplicação deste instituto, ela retornar ao seu estado anterior. Assim, inexistindo modificações do estado da coisa, não há o que reparar.

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 66-67.

O dano pode ser conceituado a partir de duas perspectivas: a) o dano em sentido amplo, que abrange qualquer lesão a bem jurídico, inclusive o de ordem exclusivamente moral; b) o dano em sentido estrito, que abrange apenas as lesões ao patrimônio do indivíduo. Modernamente, entretanto, à luz da Carta Constitucional de 1988, o conceito de dano não pode se limitar aos prejuízos de ordem patrimonial, por isso, no presente trabalho, utilizar-se-á o conceito de dano em sentido amplo, inclusive porque tem o dano moral como o seu objeto central.

Nas palavras de Maria Helena Diniz¹⁶, “o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.”.

Não obstante isso, o dano a direito de terceiros não pode ser configurado a partir de uma suposição, ou seja, é necessário que exista a certeza do dano, condição que não se confunde com a atualidade deste.

A certeza do dano refere-se à sua existência e não à sua atualidade ou a seu montante [...]. A atualidade ou futuridade do dano é atinente à determinação do conteúdo do dano e ao momento em que ele se produziu. O dano pode ser atual ou futuro, isto é, potencial, desde que seja consequência necessária, certa inevitável e previsível da ação. [...] A certeza do dano, portanto, constitui sempre uma constatação de fato atual que poderá projetar, no futuro, numa consequência necessária, pois se esta for contingente, o dano será incerto.¹⁷

Em regra, os efeitos do dano incidem no patrimônio atual da vítima, provocando a diminuição deste. Pode ocorrer, entretanto, que estes efeitos só se produzam no futuro, reduzindo ou impedindo a aquisição de determinado ganho patrimonial à vítima.¹⁸

O ordenamento pátrio, cuidou de proteger, também, aquelas pessoas atingidas de forma reflexa pelo dano. Estes casos, a doutrina classificou como danos indiretos.

Por fim, há, ainda, situações em que o próprio ordenamento jurídico exige a vítima da necessidade de comprovação do dano, imputando uma presunção (absoluta ou relativa) do prejuízo sofrido, como no caso dos juros moratórios previstos nos arts. 404¹⁹ e 407²⁰ do Código Civil.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 7, p. 49.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2007, p. 64.

¹⁸ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 935.

¹⁹ Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional. Parágrafo único. Provado que os

2.3.3 Do nexu causal

O nexu causal consiste na relação de causa e efeito existente entre a conduta humana voluntária e o resultado danoso. Trata-se da ponte conectora entre a causa e o resultado, ou seja, entre a conduta e o dano. Para Caio Mário²¹, “é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado.”

Esta é a primeira questão a ser enfrentada em qualquer caso de imputação da responsabilidade civil. Não faz sentido investigar se o agente agiu ou não com culpa se ainda não se apurou se ele deu causa ao resultado.²²

A relação causal, portanto, não se confunde com a culpabilidade. Tem-se no primeiro caso uma imputação objetiva – se a conduta do agente deu causa ao resultado (dano), independentemente de qualquer apreciação do elemento subjetivo da conduta. No segundo caso (culpabilidade) tem-se uma imputação subjetiva. Apurado que a conduta do agente deu causa ao resultado, verifica-se a seguir se o agente tinha capacidade de entendimento e se podia agir de forma diferente.²³

Não é suficiente, entretanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita ou que a vítima tenha sofrido um dano. Para a imputação da responsabilidade faz-se necessário que exista uma relação de causa e efeito entre a conduta e o dano, que é justamente o que chamamos de nexu causal.

Quando o resultado danoso decorre de um fato simples, não há muitas dificuldades para identificação do nexu causal. Quando há uma causalidade múltipla, isto é, quando vários fatos distintos concorrem para o evento danoso, o intérprete do Direito precisa eliminar aqueles fatos cuja existência não é imprescindível para a ocorrência do resultado para, assim, identificar qual o fato mais adequado para produzir o resultado.

juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

²⁰ Art. 407. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. Forense, 9 ed., 2000, p. 76.

²² Neste sentido, o Código Penal, no seu art. 13, tem norma expressa: “O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa.”

²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 62.

Sergio Cavalieri²⁴ explica que “causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento.”. Em seguida, o autor ilustra:

[...] se alguém retém ilicitamente uma pessoa que se aprestava para tomar certo avião, e teve, afinal, de pegar um outro, que caiu e provocou a morte de todos os passageiros, enquanto o primeiro chegou sem incidente ao aeroporto de destino, não se poderá considerar a retenção ilícita do indivíduo como causa (jurídica) do dano ocorrido, porque, em abstrato, não era adequada a produzir tal efeito, embora se possa asseverar que este (nas condições em que se verificou) não se teria dado se não fora o fato ilícito.

Esta concepção acerca do nexa causal é decorrente da chamada “teoria da causalidade adequada”, adotada pelo Direito Civil pátrio²⁵ e, conseqüentemente, aplicada nas causas de responsabilidade civil do empregador.

2.4 CLASSIFICAÇÃO

Não obstante as diversas formulações teóricas existentes sobre o tema, no ordenamento jurídico pátrio, a responsabilidade civil é tratada a partir de duas classificações distintas, isto é, quanto à necessidade de comprovação de culpa (subjctiva e objetiva) e quanto ao fato gerador (contratual e extracontratual).

2.4.1 Da responsabilidade subjctiva e objetiva

A responsabilidade civil classifica-se em subjctiva e objetiva quanto ao elemento culpa *lato sensu*. A modalidade subjctiva é decorrente de uma atuação dolosa ou culposa, geradora de dano, ao passo que ela só será caracterizada a partir da comprovação destes elementos. Na objetiva, a averiguação da existência do aspecto subjctivo (culpa ou dolo) é dispensada, sendo suficiente a existência da conduta humana voluntária, do dano e do nexa causal.

²⁴ *Ibidem*, p. 65.

²⁵ Alguns juristas entendem que, na verdade, o Código Civil brasileiro se amolda melhor à teoria da causalidade direta ou imediata, sendo a qual “apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata.”. Todavia, reconhecem que a jurisprudência brasileira tem adotado a teoria da causalidade adequada. (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 132 *et. seq.*).

Na responsabilidade subjetiva será aferida a culpa *lato sensu*, isto é, dolo ou culpa *stricto sensu*. No dolo, há a intenção de causar dano, ou seja, a conduta é praticada com a intenção de gerar um resultado lesivo a outrem. Na culpa, por sua vez, não há esta intencionalidade, mas tão somente a voluntariedade na prática da conduta que, neste caso, foi praticada com inobservância de um dever de cuidado, resultando, assim, no dano.

Sergio Cavaliere Filho²⁶ destaca que a culpa pode se manifestar de três formas: imprudência, negligência e imperícia:

[...] a imprudência é a falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. Age com imprudência o motorista que dirige com excesso de velocidade, ou que avança o sinal. Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. Haverá negligência se o veículo não estiver em condições de trafegar, por deficiência de freios, pneus, etc. O médico que não toma os cuidados devidos ao fazer uma cirurgia ensejando a infecção do paciente, ou que lhe esquece uma pinça no abdômen, é negligente. A imperícia, por sua vez, decorre da falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente. Haverá imperícia do motorista que causa acidente por falta de habilitação. O erro médico grosseiro também exemplifica imperícia.

A responsabilidade objetiva, por sua vez, prescinde da averiguação da culpa para sua caracterização. Esta modalidade de responsabilidade civil, inclusive, possui regramento próprio no parágrafo único do art. 927 do Código Civil/2002: "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."

Da análise deste dispositivo percebe-se que a responsabilidade objetiva só ocorrerá em duas situações específicas: por força de lei ou em decorrência da natureza de risco da atividade normalmente desenvolvida pelo autor.

2.4.2 Da responsabilidade contratual e extracontratual

Esta classificação da responsabilidade civil se baseia na natureza da norma jurídica violada, estando seu regulamento disposto nos arts. 389 e seguintes do Código Civil.

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 56.

Na responsabilidade civil extracontratual (também chamada de responsabilidade aquiliana) tem-se a violação de um dever geral e abstrato, previsto na lei. Já na responsabilidade civil contratual, como o próprio nome sugere, a responsabilização decorre do descumprimento de uma obrigação contratual, ou seja, um dever jurídico pré-estabelecido entre as partes.

Esta distinção ganha maior relevância quando estar-se a tratar do ônus da prova. Isso porque na responsabilidade civil extracontratual o ônus probatório pertence à vítima, que precisa demonstrar a existência do dano, ao passo que na responsabilidade civil contratual, basta que o credor comprove o inadimplemento da obrigação pactuada, cabendo, então, ao devedor, comprovar que tal inadimplemento não decorreu de culpa ou, ainda, decorreu da existência de alguma excludente de nexo de causalidade.²⁷

2.5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Não é possível aplicar de forma isolada as regras de Direito Civil nas situações decorrentes da relação de emprego, uma vez que o próprio ordenamento jurídico reconhece a desigualdade fática entre os sujeitos desta relação. O empregado se subordina juridicamente ao empregador, de modo que o sistema normativo o considera hipossuficiente e, então, lhe reserva uma maior proteção na relação jurídica de direito material trabalhista, a fim de concretizar, no plano ideal, o princípio da isonomia.

Antes de adentrar na análise da responsabilidade civil no âmbito das relações de emprego, faz-se necessário o conhecimento dos elementos caracterizadores desta relação, principalmente para evitar eventuais confusões com outros tipos de relações de trabalho²⁸ que não seguem o mesmo regramento da relação de emprego.

²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 60.

²⁸ “A expressão ‘relações de trabalho’ tem, muitas vezes, uma acepção plurissignificativa. De fato, a expressão ‘trabalho’, se utilizada de forma genérica como objeto de uma relação contratual, pode levar à confusão terminológica com o que se convencionou chamar de contratos de atividade, que são aqueles caracterizados pelo fato de um dos contratantes aplicar sua atividade pessoal na consecução de um fim desejado pelo outro.” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 276.) Sobre o tema, Maurício Godinho Delgado também explica: “A prestação de

2.5.1 Caracterização jurídica da relação de emprego

A relação de emprego, enquanto fenômeno sociojurídico, deriva da conjugação de cinco elementos fático-jurídicos, quais sejam:

- a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer que, por sua vez, pode ser pessoa física ou jurídica;
- b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador, isto é, trata-se de uma obrigação *intuitu personae* com respeito ao prestador do serviço, que não poderá, assim, se fazer substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização do serviço pactuado;
- c) também efetuada com não eventualidade que, por sua vez, deve ser entendido a partir da ideia de habitualidade na prestação laboral, não sendo necessário o trabalho em todos os dias da semana, mas apenas uma periodicidade razoável;
- d) efetuada sob subordinação jurídica²⁹ ao tomador do serviço;
- e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade, ou seja, faz-se necessária a existência de uma contraprestação pelo labor desenvolvido.

A Consolidação das Leis do Trabalho aponta esses elementos em dois dispositivos combinados, isto é, no *caput* do art. 3º, ao dispor que “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” e, também, no *caput* do art. 2º, ao determinar que “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os

trabalho por uma pessoa física a outrem pode concretizar-se segundo fórmulas relativamente diversas entre si. Mesmo no mundo econômico ocidental dos últimos duzentos anos, essa prestação não se circunscreve à exclusiva fórmula da relação empregatícia. Assim, a prestação de trabalho pode emergir como uma obrigação de fazer pessoal, mas sem subordinação (trabalho autônomo em geral); como uma obrigação de fazer sem pessoalidade nem subordinação (também trabalho autônomo); como uma obrigação de fazer pessoal e subordinada, mas episódica e esporádica (trabalho eventual). Em todos esses casos, não se configura uma relação de emprego (ou, se se quiser, um contrato de emprego). Todos esses casos, portanto, consubstanciam relações jurídicas que não se encontram, em princípio, sob a égide da legislação trabalhista (CLT e leis esparsas) e, até o advento da EC 45/2004 (novo art. 114 da CF/88), nem se encontravam, regra geral, sob o manto jurisdicional da Justiça do Trabalho.” (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. P. 267.).

²⁹ Para Maurício Godinho Delgado a subordinação jurídica do empregado consiste na “situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços.” (DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.*, p. 281).

riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”.

2.5.2 Breves comentários sobre o poder empregatício

Quanto ao poder empregatício, Maurício Godinho Delgado³⁰ ensina:

A doutrina não tem ainda se utilizado comumente da expressão poder empregatício para se reportar ao fenômeno aqui em exame. Tem preferido produzir referências autônomas àquilo que consideramos as diversas faces ou dimensões do mesmo fenômeno, quais sejam, poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório, poder disciplinar. Não obstante essa tradição, é sem dúvida vantajoso, do ponto de vista teórico e prático, apreender-se, em uma específica denominação (poder empregatício ou poder intra-empresarial), a integralidade de um mesmo fenômeno que apenas se desdobra, no plano operacional, em dimensões e manifestações variadas.

A ideia hoje predominante é a de que o poder empregatício encontra o seu fundamento nas prerrogativas dos contratantes que, ao mesmo tempo, confere às partes uma série de direitos e obrigações decorrentes do contrato de trabalho.

De um lado dessa relação contratual há o empregador, responsável por organizar, dirigir, regulamentar e controlar o seu negócio, ao passo que do outro lado, há o empregado que, ao assinar o contrato, se compromete a executar as suas atividades em consonância com as disposições do contrato, os objetivos da empresa e com as ordens do empregador.

Aldacy Rachid Coutinho³¹, destaca:

O poder do empregador não é sobre a pessoa ou sobre toda a conduta do empregado, mas tão-só sobre a força produtiva empregada em face da manutenção de um negócio jurídico trabalhista, que o empregado coloca à disposição do empregador por meio de um contrato. Não é a sujeição de um homem, inferior, a outro, superior; mas é a carência de detalhamento quanto ao modo e tempo de execução das tarefas que vêm a ser completadas pelo empregador. São esses os comandos que devem ser acolhidos pelo empregado exclusivamente na direção das atividades.

Dessa forma, entende-se que o poder empregatício, conferido exclusivamente ao empregador, consiste na prerrogativa que este tem de estabelecer os horários de trabalho, aplicar punições, determinar a realização de jornada extraordinária, estabelecer metas aos empregados, etc. Não se trata de um poder sobre a pessoa

³⁰ Ibidem, p. 590.

³¹ COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder Punitivo Trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999. P. 89.

do trabalhador, de modo que é importante perceber, como bem destaca Marcius Cruz da Ponte Souza³², que o poder empregatício não significa a possibilidade de violação aos direitos fundamentais do trabalhador.

Em que pese a reconhecida hipossuficiência do trabalhador em face do empregador, não se admite dizer que aquele é inferior a este. Tal hipossuficiência implica tão somente a necessidade de proteção legal ao empregado, com vistas a lhe garantir a proteção aos direitos fundamentais, especialmente a igualdade jurídica. Neste sentido, Zeno Simm³³ destaca:

Deve ser ressaltado que não apenas a pessoa do empregado merece tratamento digno como ser humano que é, como também o seu trabalho ou sua atividade merece igual tratamento como um dos fatores de dignificação do indivíduo e em razão do papel que desempenha na sociedade moderna. Por força dessa proeminência do ser humano e da centralidade do trabalho é que a ordem jurídica deve garantir decisivamente o respeito aos direitos fundamentais do trabalhador e a sua dignidade nas duas vertentes, a pessoal e a profissional.

Assim, como ensina Arnaldo Boson Paes³⁴, este poder não é absoluto, incondicionado ou ilimitado, pois “além de submeter-se a outras restrições de ordem constitucional, legal, convencional e contratual, está o poder de direção sujeito aos limites estabelecidos pelos direitos fundamentais dos trabalhadores.”.

Além disso, importante destacar que o poder empregatício se limita, ainda, no âmbito temporal e espacial, isto é, só exerce influência sobre o empregado durante e no local da prestação dos serviços. Outrossim, por ser compreendido como um direito-função, tal poder tem limitação também de ordem teleológica, de modo que o empregador, ao exercer o poder empregatício, precisa considerar os objetivos e interesses da empresa.³⁵

Deve-se observar, ainda, a razoabilidade. Em que pese seja a autonomia diretiva um direito constitucional do empregador, estampado no art. 170, *caput*, da Constituição Federal, como bem assinala José João Abrantes³⁶:

³² SOUZA, Marcius Cruz da Ponte. *Limites aos poderes do empregador*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2230, 9 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13296>>. P.11.

³³ SIMM, Zeno. *Acoso psíquico no ambiente de trabalho: manifestações, efeitos, prevenção e reparação*. – São Paulo: LTr, 2008. P. 49.

³⁴ PAES, Arnaldo Boson. *A eficácia dos direitos fundamentais no contrato de trabalho e os limites do poder de direção do empregador*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2809, 11 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18664>>. P. 8.

³⁵ PAES, Op. cit., p. 09.

³⁶ *apud*, PAES, Op. cit., p. 10.

Só a finalidade em concreto da empresa, a necessidade de assegurar o seu bom funcionamento, é que pode levar a admitir restrições aos direitos fundamentais do trabalhador; além das exigências próprias dessa finalidade, qualquer limitação desses direitos carece de sentido.

Mais adiante, o mesmo autor observa que “quaisquer limitações desnecessárias, inadequadas ou excessivas são, pois, inválidas.”.

Assim, havendo colisões entre os direitos fundamentais do empregado e a autonomia diretiva do empregador, que, conforme demonstrado alhures, também é amparada pela Constituição Federal, “deverá haver a proteção do núcleo mínimo dos direitos fundamentais, visando fazer com que estes consigam se coadunar com a realidade fática apresentada”³⁷. Dessa forma, deve-se recorrer à ponderação de interesses, de modo a tentar causar o menor dano possível. Esta ponderação, por óbvio, deve se pautar nos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade, adequação e necessidade.

2.5.3 Responsabilidade civil do empregador por ato do empregado

A responsabilidade civil do empregador por ato do empregado é um caso de responsabilidade civil por ato de terceiro. Durante a vigência do Código Civil de 1916³⁸, essa responsabilidade era subjetiva, sendo necessário a apuração da culpa *in eligendo*³⁹ do patrão quando da contratação do empregado. Em 1963, entretanto,

³⁷ WYZYKOWSKI, Adriana, Renato da Costa Lino de Goes Barros e Rodolfo Pamplona Filho. *Assédio moral laboral e direitos fundamentais*. São Paulo: Ltr, 2014. P. 45.

³⁸ O Código Civil de 1916 tratava sobre este tema nos seguintes artigos:

Art. 1.521: São também responsáveis pela reparação civil: [...] III – o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele.

Art. 1.522: A responsabilidade estabelecida no artigo antecedente, nº III, abrange as pessoas jurídicas.

Art. 1.523: Excetuadas as do art. 1.521, nº V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte.

³⁹ Na vigência do Código Civil de 1916 falava-se em culpa *in eligendo* para caracterizar a má escolha do preposto. Inicialmente era necessária a apuração desta espécie de culpa para, só então, responsabilizar o empregador pelo ato do seu empregado. Após a edição da Súmula 341 do STF culpa do patrão ou comitente passou a ser presumida pelo ato culposo do empregado ou preposto com base no fundamento da má escolha do mesmo, isto é, na culpa *in eligendo*. Sobre o tema (e também sobre a culpa *in vigilando* e *in custodiano*), Sérgio Cavalieri destaca: “essas espécies de culpa, todavia, estão em extinção, porque o Código Civil de 2002, em seu art. 933, estabeleceu responsabilidade objetiva para os pais, patrão, comitente, detentor de animal etc., e não mais responsabilidade com culpa presumida, como era no Código anterior.”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 55)

foi editada a Súmula 341 do STF, dispondo que “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”, implantando, assim, a presunção absoluta de culpa do empregador pelos atos dos seus empregados.

Com a nova regulamentação do Código Civil de 2002, o entendimento da Súmula 341 foi superado. Abandonou-se a ideia de presunção da culpa *in eligendo* e passou-se a adotar a teoria do risco⁴⁰, dispensando a aferição de culpa e implantando a responsabilidade objetiva.

A partir da leitura do art. 942, *caput* e parágrafo único do CC/02⁴¹ fica claro que além de objetiva, a responsabilidade do empregador é, também, solidária. Tendo sido o dano culposamente causado pelo empregado, desde que haja uma pactuação neste sentido, o empregador pode ajuizar uma ação de regresso contra aquele, com base no art. 934 do CC/02⁴². Se a conduta do empregado, entretanto, foi dolosa, entende-se desnecessária a existência de pactuação entre as partes.⁴³

2.6 O NOVO PARADIGMA E A NOVA FORMA DE ANALISAR AS RELAÇÕES JURÍDICAS

Foi com base em todas essas definições e teorias que restou construída toda a previsão atinente ao dano patrimonial. Todavia, todas as mudanças ocorridas na sociedade, principalmente a partir da mudança do paradigma que se verificou com a Constituição Federal de 1988, que colocou o ser humano no centro do sistema jurídico, e não mais o patrimônio, fez-se necessário ampliar os horizontes do direito a fim de garantir a paz social. O individualismo clássico deu espaço, então, à uma perspectiva solidarista.

⁴⁰ Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁴¹ 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. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

⁴² Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze; Rodolfo, PAMPLONA FILHO, 2008, p. 239.

Nos dias atuais é bastante comum a ideia de agressão a direitos imateriais e sua respectiva reparação, havendo, inclusive, previsão expressa na Carta Constitucional de 1988. Há pouco tempo, contudo, isso era inaceitável.

Não obstante isso, o instituto do dano moral, seja no âmbito cível ou trabalhista, embora seja pacífica a sua existência, ainda desperta fervorosas discussões na doutrina e na jurisprudência, principalmente no que tange à sua quantificação.

3 O ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

3.1 ASPECTOS INICIAIS

O assédio moral nas relações trabalhistas é considerado um instituto novo, somente tendo sido identificado como destruidor do ambiente de trabalho a partir do começo do século XXI, embora sua ocorrência seja tão antiga quanto às relações de trabalho. A novidade, segundo Regina Célia Pezzuto Rufino⁴⁴, consiste “na intensificação, gravidade, amplitude e banalização do fenômeno e na abordagem que tenta estabelecer o nexo causal com a organização do trabalho e tratá-lo como não inerente ao trabalho.”.

É um instituto que vem ganhando grande relevância social, haja vista o aumento de casos relacionados ao tema, bem como a ausência de legislação específica neste sentido. Por isso, o assédio moral tem se tornado objeto de estudo na área da psicologia, psiquiatria, sociologia, medicina do trabalho e direito.

No âmbito internacional, como ensinam Rodolfo Pamplona Filho, Adriana Wyzykowski e Renato Barros⁴⁵, o assédio moral recebe a denominação de *mobbing* na Itália, Alemanha e países escandinavos; *bullying* na Inglaterra; *harassment* nos Estados Unidos, *psicoterror laboral* ou *acoso moral* em países de língua espanhola; e, por fim, tortura psicológica ou humilhações no trabalho, em países de língua portuguesa.

Dentre os países que possuem legislação específica sobre o assédio moral, insta mencionar França e Portugal. Na legislação brasileira não há, nem mesmo na doutrina ou jurisprudência, um conceito unívoco acerca do assédio moral. Esta ausência de conceito dificulta a identificação de tal instituto, de modo que muitas vezes as pessoas conseguem identificar a ocorrência de “algo errado”, porém não dispõem de uma definição que permita enquadrar tal conduta, resultando na mera submissão.

⁴⁴ RUFINO, Regina Célia Pezzuto. *Assédio moral no âmbito da empresa*. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2007. P. 42.

⁴⁵ WYZYKOWSKI, Op. cit., p. 115-116.

O psicólogo alemão radicado na Suécia, Heinz Leymann, pioneiro no estudo acerca do assédio moral, citado na obra de João Luís Vieira Teixeira⁴⁶, define este instituto como:

A deliberada degradação das condições de trabalho através do estabelecimento de comunicações não éticas (abusivas), que se caracterizam pela repetição, por longo tempo, de um comportamento hostil de um superior ou colega(s) contra um indivíduo que apresenta, como reação, um quadro de miséria física, psicológica e social duradoura.

A vitimóloga francesa Marie-France Hirigoyen⁴⁷, por sua vez, entende o assédio moral como:

Toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho.

Insta mencionar, ainda, o conceito elaborado por Rodolfo Pamplona Filho⁴⁸:

O assédio moral pode ser conceituado como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente e do convívio social.

Assim, a partir dos conceitos acima mencionados podem-se destacar os elementos caracterizadores do assédio moral interpessoal: conduta abusiva, reiteração e prolongamento, ataque à dignidade e integridade psíquica e, por fim, a finalidade de exclusão.

3.2 DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

Conforme demonstrado no tópico anterior, o assédio moral interpessoal consiste numa violência psicológica dirigida a uma pessoa específica, de forma reiterada e, necessariamente, com a finalidade de excluí-la do ambiente de trabalho. Não há, entretanto, uma compatibilidade completa entre os elementos do assédio moral interpessoal e do assédio moral organizacional. Embora existam algumas

⁴⁶ TEIXEIRA, João Luís Vieira. *O assédio moral no trabalho: conceito, causas e efeitos, liderança versus assédio, valoração do dano e sua prevenção*. São Paulo: Ltr, p. 18.

⁴⁷ HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. Tradução de Maria Helena Kuhner. 13ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011, p. 65.

⁴⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego*. *Jus Navidandi*, Teresina, ano 10, n. 1149, 24 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8838/nocoes-conceituais-sobre-o-assedio-moral-na-relacao-de-emprego>>.

semelhanças, as suas diferenças são de suma importância e, por isso, merecem atenção.

Neste sentido, Thereza Cristina Gosdal, Lis Andrea Soboll, Mariana Schatzmam e André Davi Eberle⁴⁹ ensinam:

[...] as situações concretas encontrarão muitas vezes limites tênues entre uma e outra forma de assédio, já que são todas formas de um mesmo tipo de processo. Aquilo que se qualifica como assédio organizacional não deixa de se enquadrar como assédio moral. Mas nem todo assédio moral será organizacional. Algumas situações apresentarão limites de um ou outro conceito, sendo difícil o enquadramento como assédio interpessoal ou organizacional.

Assim, é importante entender a definição do assédio moral organizacional, compreendendo os seus elementos caracterizadores, conferindo, contudo, maior destaque às suas peculiaridades em face do assédio moral interpessoal. Nessa linha, Adriane Reis de Araújo⁵⁰, ao definir o assédio moral organizacional leciona:

[...] configura o assédio moral organizacional o conjunto de condutas abusivas, de qualquer natureza, exercido de forma sistemática durante certo tempo, em decorrência de uma relação de trabalho, e que resulte no vexame, humilhação ou constrangimento de uma ou mais vítimas com a finalidade de se obter o engajamento subjetivo de todo o grupo. Às políticas e metas da administração, por meio da ofensa a seus direitos fundamentais, podendo resultar em danos morais, físicos e psíquicos.

Trata-se, portanto, de uma conduta baseada em práticas gerenciais exteriorizadas a partir de condutas visando o aumento da produtividade e lucratividade das empresas que, em face da sua abusividade e reiteração, causam danos aos trabalhadores e, ganham, portanto, caráter de ilicitude.

3.2.1 Elementos caracterizadores do assédio moral organizacional

A partir dos conceitos supracitados é possível identificar os elementos caracterizadores do assédio moral organizacional: conduta abusiva, prática reiterada e finalidade de aumentar a produtividade. Adriane Reis de Araújo⁵¹, entretanto, aponta o controle da subjetividade dos trabalhadores como um quarto elemento

⁴⁹ SOBOLL, Lis Andrea P.; GOSDAL, Thereza Cristina. *Assédio moral interpessoal e organizacional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 39.

⁵⁰ ARAÚJO, Adriane Reis de. *O assédio moral organizacional*. São Paulo: LTr, 2012. P. 76.

⁵¹ *Ibidem*, p. 76.

caracterizador do assédio moral organizacional, inclusive fazendo menção a este quando da conceituação deste instituto.

3.2.1.1 Conduta abusiva

Wilson Ramos Filho⁵² ao discorrer sobre a conduta abusiva causadora do assédio moral organizacional, obtempera que esta reside necessariamente no “[...] aumento da intensidade do trabalho e dos níveis de ansiedade dele decorrente, nas condições preconizadas pelos métodos de gestão contemporâneos do neoliberalismo e do capitalismo [...]”.

Percebe-se, então, que o assédio moral organizacional, ao contrário do assédio moral interpessoal, está relacionado com a própria organização empresarial e à sua administração, e não a um empregado específico. São os meios de gestão escolhidos pela empresa que darão ensejo ao assédio moral organizacional. Trata-se, portanto, de uma filosofia empresarial.

A conduta abusiva no âmbito do assédio organizacional, entretanto, exige um maior esforço para a sua identificação, uma vez que as empresas, regra geral, se valem das prerrogativas conferidas ao empregador a partir do poder diretivo e do poder disciplinar para camuflar a conduta abusiva praticada⁵³.

3.2.1.2 Prática reiterada

Assim como no assédio moral interpessoal, a configuração do assédio moral organizacional exige a reiteração da conduta abusiva, de modo que uma situação meramente pontual, ainda que tenha aptidão para causar danos ao empregado, não implica na caracterização do assédio organizacional. Isso não significa, todavia, que uma eventual conduta isolada não poderá ser objeto de tutela jurídica.

⁵² RAMOS FILHO, Wilson. *Bem-Estar das Empresas e Mal-Estar Laboral: o assédio moral empresarial como modo de gestão de recursos humanos*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da Unifacs, n. 108, jun. 2009. P. 22. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/702>>.

⁵³ SOBOLL, Op. cit., p. 89.

Para caracterizar determinada conduta como assédio, seja interpessoal ou organizacional, não se exige uma análise quantitativa da conduta, isto é, um número específico de repetição da conduta. Como bem observa Lis Andrea Soboll, Andre Davi Eberle, Thereza Cristina Gosdall e Mariana Scjatzmam⁵⁴, “o que é preciso avaliar é se existe uma sistematização destas agressões, se ocorre de forma repetitiva e articulada de maneira a configurar um processo de hostilização ou um evento pontual hostil.”.

3.2.1.3 Finalidade de aumentar a produtividade

A finalidade é, sem dúvida, o elemento que confere maior distinção entre o assédio moral interpessoal e o assédio moral organizacional. Naquele o agressor tem a intenção de excluir a vítima do ambiente de trabalho, neste, entretanto, o que se pretende é controlar a subjetividade dos trabalhadores a fim de aumentar a produtividade.

Adriane Reis de Araújo⁵⁵ explica que a finalidade básica do assédio moral organizacional consiste na “promoção do envolvimento subjetivo dos trabalhadores às regras da administração, pressionando-os à resignação aos parâmetros da empresa e excluindo aqueles com o ‘perfil inadequado’.”.

Neste sentido, Thereza Cristina Gosdal, Lis Andrea Soboll, Mariana Schatzmam e André Davi Eberle⁵⁶ destacam:

O assédio organizacional independe da intenção deliberada do agente de degradar as condições de trabalho ou atingir o empregado, mas representa uma escolha da empresa ou instituição como estratégia de administração, de redução de custos e/ou, de estimular maior produtividade, ou obter maior controle dos empregados. No assédio moral interpessoal mais frequentemente está presente a intenção de prejudicar a(s) vítima(s).

Todavia, o assédio moral organizacional não é uma forma de assédio reconhecida pacificamente pela doutrina, especialmente por causa da sua finalidade. Maria

⁵⁴ Ibidem, p. 43.

⁵⁵ ARAÚJO, Adriane Reis de. *O Assédio Moral Organizacional*. In: Rev. TST, Brasília, vol. 73, nº 2, abr/jun, 2007, pg. 212. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1312860/9.+Ass%C3%A9dio+moral+organizacional>>.

⁵⁶ SOBOLL, Op. cit., p. 38.

Aparecida Alkimin⁵⁷, por exemplo, não confere caráter de ilicitude à gestão por pressão que leve o empregado ao esgotamento, stress e até depressão. Segundo a autora, não há ilicitude porque “não há intenção maldosa, visa-se apenas a produtividade e a otimização de resultados, sendo convergentes com os interesses econômicos do empregador.”.

Data vênia, prefere-se compartilhar do entendimento de Denise de Fátima Stadler⁵⁸, segundo o qual “comete assédio moral o empregador que sobrecarrega o empregado com metas inatingíveis, que o submete a ‘treinamentos’ com situações humilhantes”. Ao praticar estas condutas entende-se que o empregador está ultrapassando os limites do seu poder diretivo, cometendo uma conduta abusiva e causadora de danos ao empregado, incorrendo, portanto, na prática do assédio moral organizacional.

3.2.1.4 Desnecessidade de aferição do dano

A aferição do dano decorrente do assédio moral organizacional, assim como ocorre no assédio moral interpessoal, é desnecessária. Todavia, embora o dano psíquico-emocional não seja indispensável para a caracterização da conduta assediante, trata-se de elemento cuja existência se faz imprescindível para alcançar a responsabilidade civil do assediador.

Ou seja, a ilicitude já resta completamente configurada a partir da mera existência dos elementos caracterizadores do assédio moral organizacional, sendo o eventual dano decorrente desta conduta considerado mera consequência. Neste sentido, vale a pena retomar uma observação feita por Alice Monteiro de Barros⁵⁹:

A se exigir o elemento alusivo ao dano psíquico como indispensável ao conceito de assédio, teríamos um mesmo comportamento caracterizando ou não a figura ilícita, conforme o grau de resistência da vítima, ficando sem punição as agressões que não tenham conseguido dobrar psicologicamente a pessoa.

⁵⁷ ALKIMIN, Maria Aparecida. *Assédio moral na relação de emprego*. 1ª ed. (ano 2005), 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, P. 56.

⁵⁸ STADLER, Denise de Fatima. *Assédio moral: uma análise da teoria do abuso de direito aplicada ao poder do empregador*. São Paulo: LTr, 2008, p. 72.

⁵⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. e.d. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008. P. 291.

A caracterização ou não do assédio, seja o interpessoal ou o organizacional, portanto, não pode ficar limitada à verificação do dano, uma vez que uma mesma conduta pode gerar danos de diferente gravidade em cada empregado, haja vista o grau de resistência de cada um. Sendo assim, é a mera prática da conduta antijurídica que determina a prática do assédio moral organizacional.

3.3 A CULTURA ORGANIZACIONAL

Todos os grupos sociais possuem problemas no que tange à convivência de seus integrantes e à adaptação ao mundo exterior. Esta adaptação ao mundo exterior diz respeito à relação com outros grupos e à própria sobrevivência. Para entender os métodos de resolução destes problemas faz-se necessário o estudo da cultura organizacional.

Fernando C. Prestes Motta e Isabella F. Gouveia de Vasconcelos⁶⁰, ao discorrerem sobre o conceito de cultura organizacional, ensinam:

A cultura de uma organização, segundo Schein, é percebido por meio da linguagem, dos símbolos e das imagens, das histórias e dos mitos, dos rituais e das cerimônias, dos hábitos e dos valores que permeiam essa organização, além dos seus objetos visíveis e físicos, tais como a arquitetura, os móveis, o espaço físico, a decoração etc.

O estudo da cultura organizacional é uma tarefa árdua, já que nem todos os seus componentes são facilmente observáveis. Dividindo-se estes componentes em níveis, imagine-se que os que se situam no nível mais alto são os que podem ser diretamente observáveis, tais como os artefatos, a linguagem e os comportamentos habituais. Por outro lado, os componentes que se situam nos níveis mais profundos são os que exigem maior esforço para sua observação. Estes são os valores e as premissas da organização.⁶¹

De qualquer forma, entretanto, é a cultura organizacional o elemento responsável pela coerência interna das organizações, isto é, dos seus diferentes departamentos empresariais, com suas diferentes funções. Ela promove a integração interna entre os membros destes departamentos no que tange à realização das suas atividades

⁶⁰ MOTTA, Fernando C. Prestes; VASCONCELOS, Isabella F. Gouveia. *Teoria Geral da Administração*. 3ª ed. rev. – São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 294.

⁶¹ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. *Teoria geral da administração: da revolução urbana à revolução digital*. 6ª ed. 7ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2010, P. 441.

na busca da satisfação dos objetivos organizacionais, uma vez que cria uma identidade coletiva.⁶²

A segunda função da cultura organizacional consiste na adaptação externa, uma vez que é a partir dela que se regulam as relações com outros grupos e com o ambiente de forma geral. É por meio da cultura organizacional, portanto, que se define a missão da organização e seu papel em relação ao ambiente, o tratamento dado aos seus integrantes e aos integrantes das demais organizações, dentre outras coisas.⁶³

A cultura organizacional, portanto, é fator determinante do comportamento dos membros da organização, estando presente, com isso, em todos os aspectos da organização. Trata-se da própria essência da organização.

3.3.1 A cultura organizacional como instrumento de controle da subjetividade dos trabalhadores

Tendo em vista a insegurança e instabilidade características da Era da Informação⁶⁴, as empresas sentem, constantemente, a necessidade de se auto-afirmarem. Esta auto-afirmação, no passado, se dava por meio de condutas coercitivas, todavia, hoje as empresas se valem da persuasão.

A cultura organizacional, nesse diapasão, ganha papel de destaque, haja vista ser ela a responsável por introduzir os valores empresariais no psicológico dos trabalhadores de forma que eles passem a adotar tais valores como seus.⁶⁵ Com

⁶² MOTTA, *Op. cit.*, p. 294.

⁶³ MAXIMIANO, *Op. cit.*, p. 446.

⁶⁴ “A Era da Informação teve início na década de 90, surgindo como consequência das profundas transformações advindas do desenvolvimento tecnológico e, principalmente, da chamada tecnologia de informação. A economia, com a revolução tecnológica, mudou de foco, deixou de se basear tão somente em bens físicos, para dar ênfase ao conhecimento. Surgiu, assim, uma economia do conhecimento, onde as ideias se difundem pelo mundo em questão de segundos a um custo ínfimo, o que facilita, sobremaneira, a competição das pequenas empresas com as grandes. Em contrapartida, há uma diminuição do ciclo de vida dos produtos, que se tornam, rapidamente obsoletos. Insta salientar, contudo, que não há uma teoria administrativa moderna, mas, sim, abordagens privilegiando aspectos organizacionais como ‘simplicidade, agilidade, flexibilidade, trabalho em equipe e células de produção, unidades autônomas, além de aspectos culturais como ampla participação, comprometimento, focalização no cliente interno e externo, orientação para metas e resultados, busca da melhoria constante da excelência’ (CHIOVENATO, 1999, p. 59), despontando, num contexto capitalista, a orientação para metas e resultados.” - GUIMARÃES, *Op. cit.*, p. 21.

⁶⁵ MOTTA, *Op. cit.*, p. 300.

isso, a cultura organizacional vem sendo amplamente utilizada pelas empresas como uma técnica dissimuladora do assédio moral organizacional.

Neste contexto, vale observar o que ensina Adriane Reis de Araújo⁶⁶, referindo-se ao assédio organizacional:

Dessa maneira, ele serve à empresa como um instrumento de gestão de seu pessoal, instrumento de normalização da conduta dos trabalhadores, para o engajamento e o controle de todo o pessoal com o fim de manter ou incrementar o ritmo e qualidade da produção, sem permitir qualquer reivindicação em relação às condições de trabalho ou a direitos trabalhistas e silenciando sobre condutas ilícitas ou socialmente reprovadas, de forma a manter incólume a imagem da empresa.

Ademais, Wilson Ramos Filho⁶⁷ observa que através da gestão assediante há o sequestro da subjetividade dos trabalhadores, fazendo com que eles internalizem os interesses da empresa, realizando as suas atividades de forma mais eficiente, em detrimento da sua própria integridade (física e psicológica) visando alcançar um objetivo supostamente pessoal sem, contudo, perceberem que, na verdade, se trata do objetivo da organização.

Ou seja, a cultura organizacional tem sido utilizada como instrumento para exercer o controle da subjetividade do trabalhador, transferindo os objetivos da organização para o próprio empregado, fazendo-o acreditar que aqueles são os seus próprios objetivos. Sendo assim, o empregado acaba por se tornar um ser indefeso, uma vez que a conduta abusiva da organização ganha uma aparência de naturalidade diante dos olhos de todos (tanto os que estão dentro, como os que estão fora da organização).

É importante, então, que se perceba a dissimulação que diversas empresas estão conferindo à cultura organizacional, utilizando-a como instrumento de camuflagem para a prática do assédio moral organizacional.

⁶⁶ ARAÚJO, Adriane Reis de. *Op. cit.*, 2012, p. 78.

⁶⁷ RAMOS FILHO, *Op. cit.*, p. 13.

3.3.2 A utilização da cultura organizacional como fator de produtividade

Fernando C. Prestes Motta e Isabella F. Gouveia de Vasconcelos⁶⁸ destacam que alguns autores simplificam o conceito de cultura organizacional, referindo-se a ela como um elemento facilmente manipulado e transformado pela alta gerência das organizações. É o que eles chamam de “reificação do conceito de cultura organizacional”.

A cultura organizacional é considerada, segundo esta análise, como um meio de controlar os objetivos individuais, adequando-os e integrando-os aos objetivos organizacionais. Fernando C. Prestes Motta e Isabella F. Gouveia de Vasconcelos⁶⁹ explicam:

Busca-se difundir os valores oficiais (representativos da estratégia e dos objetivos organizacionais) por meio de treinamentos, cerimônias e mobilizações. Pretende-se, assim, oferecer aos indivíduos estímulos positivos para incentivar os comportamentos desejados, oferecendo-se a eles prêmios e recompensas. No entanto, reprimem-se os comportamentos vistos como negativos, punindo-os. De acordo com os autores, uma forma interessante de motivar a cultura da excelência é premiar publicamente indivíduos inovadores, que se comportaram dentro dos padrões desejados, obtendo os resultados esperados. Criam-se, dessa forma, mitos de sucesso nas organizações, modelos de comportamento e heróis (stars). Esses indivíduos passam a ser vistos como exemplos a serem seguidos e imitados.

Esta concepção, entretanto, baseia-se numa interpretação da concepção adotada na Teoria Comportamental, confundido, entretanto, motivação e condicionamento.

A adoção da cultura organizacional como um fator de produtividade busca, em verdade, manipular os componentes organizacionais e padronizar os seus comportamentos, visando um aumento da produtividade. Trata-se de uma distorção do verdadeiro conceito de cultura organizacional.

⁶⁸ MOTTA, Fernando C. Prestes; VASCONCELOS, Isabella F. Gouveia. *Teoria Geral da Administração*. 3ª ed. rev. – São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 305-306.

⁶⁹ MOTTA, Fernando C. Prestes; VASCONCELOS, Isabella F. Gouveia. *Teoria Geral da Administração*. 3ª ed. rev. – São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 306.

3.4 O ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL E OS LIMITES DO PODER EMPREGATÍCIO

Conforme já mencionado alhures, o poder empregatício é o gênero do qual decorrem as espécies do poder diretivo, poder disciplinar, poder regulamentar e poder fiscalizatório. No que tange ao assédio moral organizacional, merecem destaque os poderes diretivo e disciplinar. O primeiro porque confere ao empregador a garantia de estabelecer os objetivos empresariais e, ainda, as condutas que devem ser adotadas pelos seus empregados para alcançá-los; o segundo, por sua vez, por permitir que o empregador aplique penalidades aos empregados que se comportarem em desacordo com o contrato laboral.

Conforme já mencionado no tópico “2.5.1 Caracterização jurídica da relação de emprego”, os empregados são subordinados juridicamente aos seus empregadores. Ou seja, ao adentrar numa relação de emprego, o empregado se compromete a acolher as ordens e determinações advindas do empregador, a fim de realizar a prestação dos serviços de acordo com a vontade deste. Por óbvio, esta vontade não é ilimitada, devendo estar de acordo com o Direito pátrio.

No que tange às penalidades, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a advertência, suspensão e despedida por justa causa como sanções punitivas que podem ser aplicadas aos empregados, pelos empregadores. Sendo assim, não é lícito ao empregador se valer de outros meios punitivos, especialmente quando se tratar de meios punitivos que ferem o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que, na tentativa de burlar esta regra, diversas empresas se valem das prerrogativas inerentes ao poder empregatício para aplicar penalidades ilícitas sob o rótulo de “campanhas motivacionais”. Estas penalidades, regra geral, são humilhantes para o empregado.

A título de ilustração, vale observar uma situação destacada por Rodolfo Pamplona Filho⁷⁰:

No estado da Bahia, por exemplo, em diversos processos judiciais, foi constatada a ocorrência de uma campanha motivacional em que os

⁷⁰ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 8.

empregados que não alcançavam a meta tinham de ficar, em um auditório, posicionados nas últimas cadeiras, sendo taxados de “morcegos”, “vampiros” ou “sanguessugas”, pois estariam, supostamente, “tirando o sangue da equipe”, ao não alcançar a meta pretendida.

No estado de Sergipe, uma conhecida empresa fazia pequenos quadros dos seus vendedores menos produtivos, segurando um “excremento de brinquedo”, para destaca-los como os funcionários que foram uma “m...”, como consta no depoimento do próprio preposto da empresa reclamada.

No estado de Santa Catarina, a “brincadeira” era mais “ingênua”... Os vendedores que não alcançassem a meta deveriam dançar a conhecida canção “Na Boquinha da Garrafa” perante todos os seus colegas...

Em São Paulo, a exposição ao ridículo, em determinada empresa, variava entre desfilar de saias (para os vendedores do sexo masculino) até mesmo se submeter à “brincadeira” (brincadeira só tem graça quando todos se divertem...) do “corredor polonês” (todos os vendedores se posicionavam em duas filas e as vítimas passavam correndo entre eles, sob pauladas...).

As situações relatadas acima configuram evidentes casos de extrapolação do poder disciplinar do empregador. São condutas extremamente abusivas das organizações, expondo os funcionários a situações humilhantes e claramente violadoras da dignidade humana, a fim de estimulá-los a alcançarem as metas estabelecidas. O pensamento adotado é o de que se deve produzir mais para, assim, não passar por tais humilhações. Trata-se de evidente assédio moral organizacional.

Outrossim, é importante destacar que o ordenamento jurídico brasileiro só autoriza a aplicação de sanções punitivas nas hipóteses em que o empregado comete algum ato faltoso. Sendo assim, é importante destacar que a aplicação de qualquer sanção ao empregado em decorrência do não cumprimento de determinada meta estabelecida já configura uma extrapolação do poder disciplinar, independente da configuração ou não do assédio moral organizacional.

É importante destacar, neste íterim, que não é vedado às empresas a adoção de campanhas motivacionais. O que não é admitido pela lei é a utilização distorcida desta ferramenta, com a exposição e humilhação dos empregados. É completamente admissível que a empresa ofereça um prêmio para os empregados que atingirem determinadas metas pré-estabelecidas, que divulguem suas fotos com o dizer “funcionário do mês”, por exemplo. Por outro lado, entretanto, não é dado ao empregador o direito de realizar descontos na remuneração dos funcionários que não alcançaram tais metas, tampouco de divulgar listas com os seus nomes.

Assim, percebe-se que a linha divisória entre a conduta lícita e a conduta ilícita do empregador é bastante tênue, podendo uma mesma conduta ser motivacional sob determinado ponto de vista e, sob outro, ser abusiva, configurando o assédio moral

organizacional. Por isso, faz-se de extrema importância estudar este instituto, de modo a entender os seus elementos caracterizadores, a fim de conseguir identificá-los nas situações concretas do dia a dia.

3.5 FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

A fim de obter o controle da subjetividade dos seus trabalhadores, diversas empresas acabam aderindo a modelos abusivos de gestão de mão-de-obra, tais como a gestão por estresse, a gestão por injúria e a gestão por medo, todos eles movidos por condutas fundadas no assédio moral organizacional.

A gestão por estresse consiste na principal forma de manifestação do assédio organizacional. Como bem explica Marie-France Hirigoyen⁷¹, “o propósito é o aumento da eficiência ou da rapidez na realização de uma tarefa.”. O problema é que isso se dá de forma desproporcional aos recursos disponibilizados aos trabalhadores, gerando, assim, danos à saúde destes.

Além disso, é importante destacar que na gestão por estresse a finalidade não é a exclusão do trabalhador do ambiente de trabalho, mas sim a melhora do desempenho. Para Marie-France Hirigoyen⁷², na gestão por estresse não existe a intencionalidade maldosa, todavia, a autora reconhece que esta forma de gestão causa consequências desastrosas na saúde do trabalhador.

A gestão por injúria, por sua vez, consiste em um “tipo de comportamento despótico de certos administradores, despreparados, que submetem os empregados a uma pressão terrível ou os tratam com violência, injuriando-os e insultando-os, com total falta de respeito.”⁷³.

Todavia, a gestão por injúria não pode ser vista apenas como fruto do despreparo dos administradores. É preciso reconhecer que se trata de uma decorrência também da gestão por estresse a qual os gestores estão submetidos que, somada a tais

⁷¹ HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-Estar no Trabalho: redefinindo o assédio moral*. Tradução Rejane Janowitz. 7ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 23.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*, p. 28.

fatores, desencadeiam comportamentos injuriosos e desrespeitosos, característicos da gestão por injúria.

Por fim, existe a gestão por medo. Neste sentido, André Davi Eberle, Lis Andrea Pereira Soboll e Maria Virgínia Filomena Cremasco⁷⁴ observam que “estes medos são utilizados estrategicamente pela empresa, que por meio de suas práticas de gestão instrumentaliza o medo como forma de obtenção de seus interesses, dentre eles controle, submissão dos trabalhadores, aumento da produtividade, aceleração.”.

Tais autores acrescentam, ainda, que o medo nos trabalhadores pode ser expresso de diversas formas, a exemplo do medo de ser humilhado, de não corresponder às exigências da empresa, de ser demitido. Esta forma de gestão é utilizada como instrumento para que as exigências e metas de produtividade sejam atingidas.

3.6 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

Foi a partir da mudança de valores ocorrida na sociedade moderna que o assédio moral começou a ganhar destaque e passou a ser objeto de estudo e de combate das diversas áreas do conhecimento. No direito, esta mudança é perceptível quando se tem em vista a atenção que passou a ser despendida em face dos direitos da personalidade, expressamente protegidos pela Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002 e, no âmbito internacional, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e pela Convenção Interamericana dos Direitos Humanos de 1969.

Dentre os princípios que fundamentam o combate ao assédio moral, Tauana Cirne Guimarães⁷⁵ destaca a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e o direito à inviolabilidade da honra e da imagem, uma vez que estão diretamente ligados à prática do assédio moral.

⁷⁴ SOBOLL, *Op. cit.*, p. 113.

⁷⁵ GUIMARÃES, *Op. cit.*, p. 64.

Dentre as consequências decorrentes do assédio moral podem estar presentes danos de ordem material, tais como despesas médicas e lucros cessantes⁷⁶, bem como danos morais, na medida em que viola os direitos da personalidade do indivíduo, atingindo sua honra, dignidade e auto-estima.⁷⁷ Ambas as modalidades de danos (moral e material) são cumuláveis, ainda que oriundos do mesmo fato.

A reparação dos danos está prevista na Constituição Federal de 1988⁷⁸, no seu art. 5º, incisos V e X, bem como o Código Civil de 2002⁷⁹, nos arts. 186, 187 e 927. Tais dispositivos são plenamente aplicáveis aos casos de assédio moral, seja na modalidade interpessoal ou organizacional, desde que presentes os elementos fundamentais para caracterização da responsabilidade civil, analisados no tópico “2.3 DOS ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL”.

Os arts. 932, inciso III, e 933 do Código Civil⁸⁰ estabelecem, ainda, a responsabilidade objetiva e solidária do empregador pelos atos dos seus empregados. Sendo assim, o assédio moral no ambiente de trabalho pode dar causa à ação de responsabilização civil do agressor e, também, contra o empregador, independente da análise da culpa deste, se a conduta assediante for praticada por um de seus empregados, seja com a finalidade de exclusão de um ou alguns empregados em específico (assédio moral interpessoal), seja em decorrência da filosofia empresarial, com a mera finalidade de aumentar a produtividade (assédio

⁷⁶ Sobre os lucros cessantes decorrentes do assédio moral, Amauri Mascaro Nascimento cita a perda da empregabilidade resultante da inaceitação do ofendido no mercado do trabalho, o afastamento da vítima pelo INSS, bem como a queda de produtividade da vítima. – NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho. 20 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 478.

⁷⁷ GUIMARÃES, *Op. cit.*, p. 64.

⁷⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁷⁹ 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.

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.

Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁸⁰ Art. 932: São também responsáveis pela reparação civil: [...] III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

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

moral organizacional), ressalvado, em alguns casos específicos, o direito da ação de regresso estampado no art. 934 do Código Civil⁸¹.

⁸¹ Art. 934: Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

4 ASPECTOS DA TEORIA DO *PUNITIVE DAMAGE*

4.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

A ausência de parâmetros legais bem definidos acerca da indenização do dano moral, seja no que tange à sua natureza jurídica ou às balizas para sua liquidação, é incontestável. Por causa disso, o instituto vem sendo utilizado, no cenário jurídico brasileiro, de forma extremamente banal e irrestrita, gerando graves prejuízos à sua essência, deixando, assim, de alcançar os objetivos almejados no seu nascedouro.

Uma das opiniões que mais suscita discussão na doutrina brasileira acerca das indenizações por danos morais fundamenta-se no direito americano e refere-se, justamente, aos *punitive damages*. Todavia, tendo em vista as características peculiares e diversas do ordenamento jurídico em que repousa o instituto em questão, o estudo da viabilidade da sua aplicação no Direito brasileiro requer uma análise prévia do funcionamento do *Common Law*, a fim de possibilitar uma análise crítica acerca da sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio.

4.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O *COMMON LAW*

Dentro da tradicional concepção de "família de Direitos", duas merecem destaque no âmbito do Direito Ocidental: a "família romano-germânica", que se originou na Europa Continental, ligada ao antigo Direito romano; e a "família anglo-saxônica", integrada pelo Direito inglês e, salvo raras exceções⁸², pelos demais países de língua inglesa⁸³.

A principal característica do *common law* consiste no fato de ter como uma das fontes primárias do Direito a decisão ou o precedente judicial. O conjunto destas

⁸² A Escócia é exemplo de país que, embora de língua inglesa, é integrante da "família do *civil law*".

⁸³ "Outros países, de língua não inglesa, em consequência do histórico predomínio econômico e militar da Inglaterra, receberam os influxos da cultura britânica, adotando, ainda que em parte, conceitos e técnicas características do sistema de *common law*. É o caso, por exemplo, da Índia." (ANDRADE, André Gustavo de. Dano Moral & Indenização Punitiva. Os *punitive damages* na experiência do *common law* e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 169.)

decisões vincula⁸⁴ o julgamento de casos futuros e possui força vinculativa maior que as normas estabelecidas abstratamente nas leis ou outros diplomas elaborados pelos órgãos legislativos. Este sistema está fundado na *doctrine of stare decisis*, também conhecida como *doctrine of precedents*.

A ideia predominante é a de que a regra do precedente traz maior segurança para as relações jurídicas, à medida que permite antecipar o entendimento judicial a ser dado a um determinado conjunto de fatos, quando fatos idênticos ou análogos foram submetidos a decisão anterior. Acredita-se que um conjunto de precedentes obrigatórios confere consistência ao sistema jurídico e alimenta o sentimento de justiça, porque faz com que dois casos idênticos ou similares em seus aspectos fáticos sejam tratados da mesma maneira.⁸⁵

Trata-se, portanto, de um Direito criado pelo juiz em contraposição ao Direito criado, em abstrato, por órgãos legislativos. O raciocínio indutivo prevalece em face do dedutivo. Dessa forma, o julgador sente-se impulsionado a buscar soluções mais consistentes, fundadas na razão e na argumentação.

Em sentido inverso, nos países da "família romano-germânica", onde é adotado o *civil law*, prepondera o Direito escrito, emanado dos órgãos legislativos. Nestes, o que se pretende resguardar é a segurança jurídica e a previsibilidade, de modo que são previamente estabelecidas regras gerais e abstratas que visam regular os mais diversos aspectos da vida social, restando ao julgador apenas a interpretação racional destas normas para aplicação aos casos concretos. Aqui, as lacunas legislativas a serem preenchidas pelos juízes são pequenas e, por isso, na busca por soluções justas, eles ficam bastante limitados pelas balizas preestabelecidas na lei.⁸⁶

⁸⁴ "O precedente somente é obrigatório (binding precedent) em se tratando de decisão anterior proferida por um tribunal (appellate court) em relação a um órgão judicial de primeiro grau ou proferida por um tribunal superior em relação a um inferior. Nos Estados Unidos da América, as decisões proferidas por tribunais federais geralmente constituem precedente obrigatório para as cortes estaduais. Entre órgãos judiciários de igual hierarquia, os precedentes não têm força obrigatória, mas meramente persuasiva (persuasive precedents), o mesmo ocorrendo com decisões de uma corte estadual em relação a órgãos judiciários de outro estado." (Ibidem, p. 172.).

⁸⁵ *Ibidem, loc. cit.*

⁸⁶ *Ibidem*, p. 171.

4.3 O *PUNITIVE DAMAGE*

O *punitive damage* é definido como um acréscimo econômico à condenação imposta ao ofensor, haja vista a gravidade e/ou reiteração da sua conduta, visando desestimular a prática de comportamentos semelhantes, a fim de assegurar a paz social e colocar em prática a função social da responsabilidade civil.⁸⁷ É importante perceber que não se confunde com a indenização a título compensatório dos danos morais. Trata-se de um acréscimo, que deve ser utilizado em alguns casos específicos, cuja finalidade é desestimular a repetição do ato ilícito, mediante a imposição de uma punição pecuniária ao agressor.

Além da expressão *punitive damages*, outras, menos usuais, também são utilizadas para fazer referência ao instituto: *vindictive damages*, *punitory damages*, *speculative damages*, *imaginary damages*, *presumptive damages*, *added damages*, *smart money*, *punies*, *penal damages*, *retributory damages*.⁸⁸ Na doutrina brasileira é possível encontrar autores que se refiram ao instituto como "indenizações punitivas", "danos punitivos" ou "teoria do desestímulo".⁸⁹

As expressões "danos punitivos" e "indenizações punitivas" não serão utilizadas no presente trabalho, haja vista as suas impropriedades terminológicas, que, como será demonstrado adiante, podem conduzir o leitor a uma interpretação distorcida do instituto. Não obstante a expressão "teoria do desestímulo" revele, com louvor, a finalidade do instituto em apreço, no presente trabalho, apenas por uma questão didática, preferir-se-á adotar apenas a expressão *punitive damages*.

O propósito geral dos *punitive damages* é o de punir o sujeito ativo do ato ilícito, mediante a imposição de uma sanção que lhe sirva de exemplo para que não repita o ato lesivo e, além disso, dissuadir comportamentos semelhantes por terceiros. Isso não pode, contudo, levar à conclusão precipitada de que o ideal de repressão seja o objetivo central deste instituto. Em verdade, a repressão, aqui, funciona apenas como o caminho que conduz à meta final, que é o desestímulo. Trata-se de um instituto que atua em prol do interesse público e social.⁹⁰

⁸⁷ RESEDÁ, Salomão. *Op. cit.*, p. 230.

⁸⁸ ANDRADE, André Gustavo de. *Op. cit.*, p. 186.

⁸⁹ RESEDÁ, Salomão. *Op. cit.*, p. 233.

⁹⁰ ANDRADE, André Gustavo de. *Op. cit.*, p. 187.

Para os americanos, quando alguém é lesado em razão de uma conduta gravosa reiterada, surge para o ofendido o direito de pleitear perante a Corte Norte Americana a imposição de um castigo ao ofensor. Numa leitura preliminar, o leitor poderá vislumbrar um resquício de vingança.⁹¹ Trata-se de uma maneira de punir o réu a partir de uma ação civil.

O instituto em apreço consiste em indenizações especiais e altamente excepcionais, aplicadas por um Tribunal, quando a conduta praticada pelo sujeito ativo possui natureza excessivamente odiosa, maliciosa ou arbitrária. Há situações em que, não obstante a existência de prejuízos imateriais, a vítima não poderá pleitear a aplicação do *punitive damage*, haja vista a inexistência das peculiaridades necessárias à conduta do ofensor.

São dois os pilares de sustentação deste instituto: um sancionatório e um que busca o desestímulo a novas práticas. Aqui não se fala em compensação ou ressarcimento da vítima, que no direito norte-americano denomina-se *compensatory damage*. Tais figuras convivem harmonicamente, sem, contudo, qualquer relação de dependência.⁹² Ou seja, não há qualquer impedimento para que um possa existir sem o outro.

Não obstante a condenação do ofensor à indenização para compensar/ressarcir a vítima, o Tribunal, considerando as peculiaridades do caso concreto, pode entender por aplicar o *punitive damage*, que consiste numa outra indenização, completamente independente daquela primeira, e cuja finalidade é, além de punir o ofensor, demonstrar para os outros potenciais agressores que, ao agirem de tal forma, o órgão jurisdicional imporá postura severa para reprimir. Sendo assim, considerando que, para as empresas, atacar o seu patrimônio é algo bastante temeroso, tal repressão se faz mediante a imposição de indenizações em valores considerados altos⁹³, ou seja, capazes de gerar impacto econômico na empresa que praticou a conduta ofensiva.

⁹¹ ANDRADE, André Gustavo de. *Op. cit.*, p. 227-228.

⁹² SANTOS NETO, Maurício Ferreira dos. A aplicação da teoria do desestímulo (*punitive damage*) na responsabilidade civil consumerista. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010. p. 42.

⁹³ Segundo André Gustavo Corrêa de Andrade: "Nos Estados Unidos da América, não existe legislação federal que determine critérios de aplicação universal dos *punitive damages*. Há, porém diversos *statutes* que estabelecem ou proíbem a imposição de *punitive damages* em situações específicas. Assim, *v.g.*, dentre os diplomas legais que prevêm a aplicação de *punitive damages*, está o Equal Credit Opportunity Act, que fixa indenização punitiva, em montante não superior a US\$ 10,000 (dez mil dólares), em caso de discriminação baseada em raça, cor, religião, nacionalidade,

4.3.1 Por que usar a expressão em língua estrangeira?

Tendo em vista a constante busca por novas alternativas para conferir uma maior eficácia às indenizações por danos morais no direito brasileiro, o *punitive damages* é uma expressão que vem ganhando força. A importação deste instituto do direito norte-americano gera algumas resistências na doutrina brasileira, dentre elas a própria denominação utilizada.

Porque utilizar a denominação estrangeira ao invés de se valer de uma tradução da expressão, tais como "danos punitivos" ou "indenizações punitivas"?

Tal escolha se justifica pela impropriedade das traduções até então encontradas. Ao realizar uma tradução literal da expressão *punitive damage* para a língua pátria, encontrará a expressão "danos punitivos", que poderia conduzir o leitor a uma interpretação distorcida do instituto.

Como observa Salomão Resedá⁹⁴, "dizer que o dano é punitivo é dar a ideia ao leitor mais leigo que o ordenamento estaria imprimindo um peso ainda maior ao sofrimento da vítima, na medida em que sobre ele incidiria uma punição pelo dano experimentado". O mesmo ocorre com a expressão "indenizações punitivas". Estas seriam interpretações completamente equivocadas, que remetem o leitor à ideia de vingança. Ora, não é a punição (ou a vingança) que se busca com a utilização do *punitive damage*, mas sim o desestímulo da prática de condutas semelhantes pelo ofensor e por terceiros.

sexo, estado civil ou idade contra pessoas postulantes de crédito; o Fair Credit Reporting Act prevê, sem limitação do montante, *punitive damages* em caso de publicação de informações falsas por agências de crédito. Dentre os estatutos que vedam os *punitive damages*, há *v.g.*, o Federal Tort Claims Act, que exclui a imposição dessa espécie de indenização contra o Governo Federal ou qualquer de seus departamentos por mais reprovável que seja a conduta do agente; ou o Foreign Sovereign Immunities Act, segundo o qual os Estados estrangeiros, sob certas circunstâncias, também estão imunes contra indenização desta natureza. Os *punitive damages* são, em maior ou menor extensão, admitidos em 45 dos 50 estados americanos. Em alguns estados vêm previstos em lei em outros têm sua origem no *common law*. Como regra geral, não acolhem os *punitive damages* os Estados de Massachusetts, Nebraska, Washington, New Hampshire e Louisiana" (ANDRADE, André Gustavo de. *Op. cit.*, p. 188.)

⁹⁴ RESEDÁ, Salomão. *Op. cit.*, p. 232.

4.4 O *PUNITIVE DAMAGE* E SUAS FAMOSAS INDENIZAÇÕES MILIONÁRIAS

O *punitive damage* é comumente associado à ideia de indenizações milionárias. Rodrigo Mendes Delgado⁹⁵, por exemplo, referindo-se ao presente instituto como "teoria do valor do desestímulo", traçou o seguinte conceito:

A teoria do valor do desestímulo é um instituto através do qual, por meio da condenação a uma soma milionária, pretende-se obter, a um só tempo, a punição do ofensor, desestimulando-o a reincidir no erro, e proporcionar um exemplo à sociedade como um todo, como meio preventivo.

É um equívoco associar o instituto do *punitive damage* com a imputação de indenizações milionárias. Esta relação, certamente, decorre de algumas lides que ganharam repercussão mundial, nas quais o júri estabeleceu quantias estratosféricas a título de *punitive damage*, mas que, posteriormente, e sem tanta repercussão, foram reformadas pelo Tribunal, bem como a algumas notícias amplamente divulgadas na mídia, sem qualquer preocupação com a fidelidade e exatidão das informações.

A título de exemplo, vale mencionar o famoso caso da mulher que teria provocado a morte do seu animal de estimação ao tentar secá-lo em um forno de microondas. Após o ocorrido, ela teria processado com êxito a empresa fabricante do microondas porque não havia qualquer indicação de que o produto não poderia ser utilizado para este fim.⁹⁶ Embora este caso venha sendo divulgado desde a década de 80, não há nos anais da jurisprudência americana, entretanto, nenhum registro acerca deste caso.

Outro caso que ganhou grande repercussão ao longo dos anos, embora também não tenha sido encontrado em nenhum registro que comprove a sua existência⁹⁷, é a história do motorista de um veículo do tipo motor home que, ao dirigir na estrada, numa velocidade de 70 milhas/horas, acionou o piloto automático e calmamente largou a direção para ir ao banco traseiro do veículo para tomar um café. Por óbvio, o veículo saiu da pista e colidiu. O motorista, então, acionou com êxito o fabricante

⁹⁵ DELGADO, Rodrigo Mendes. O valor do dano moral: como chegar até ele. Leme: J. H. Mizuno, 2011, p. 256.

⁹⁶ Sobre este caso, André Gustavo Corrêa de Andrade observa: "Essa história foi repetida ao longo dos anos com algumas variações: algumas versões dão conta de que o animal colocado no forno de micro-ondas era um gato, outras indicam que era um cão. (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 213.)

⁹⁷ *Ibidem*, p. 213.

do veículo porque não havia no manual a observação de que o condutor precisaria continuar no volante, mesmo quando acionado o piloto automático.

Estas teratologias jurídicas são sempre suscitadas pela corrente doutrinária contrária ao instituto em apreço. Entretanto, trata-se de uma conclusão precipitada, isto é, baseada em notícias incompletas e deturpadas, veiculadas pela imprensa, sempre ávida em passar informações sobre julgamentos absurdos e desproporcionais.

A utilização do *punitive damage* evidencia-se, especialmente, nos casos que tratam sobre a responsabilidade pelo fato do produto. O instituto ganhou nova dimensão a partir de 1967, com o julgamento de dois casos envolvendo a comercialização, pela empresa Richardson-Merrell, do medicamento "MER 29", indicado para redução de colesterol, mas que possuía efeitos colaterais graves, dentre eles o surgimento de catarata nos olhos dos usuários. Neste caso, restou demonstrado que a empresa agiu com malícia e imprudência, uma vez que tinha conhecimento dos riscos inerentes à utilização do medicamento e deixou de advertir os usuários.⁹⁸

Além destes, outros casos ganharam notória repercussão na mídia e são, até hoje, mencionados quando se trata do estudo dos *punitive damages*.

4.5.1 "Ford Pinto Case"

Em 1972, a senhora Gray, acompanhada do jovem Richard Grimshaw, de 13 anos, envolveu-se num acidente com o seu automóvel "Ford Pinto". Houve uma colisão na parte traseira do veículo, o que provocou a ruptura do tanque de combustível, que vazou para o compartimento de passageiros, resultando na explosão do mesmo. A senhora Gray faleceu e o jovem Grimshaw sofreu sérias queimaduras por todo o corpo.

No bojo do processo restou comprovado que os engenheiros da Ford tinham realizado testes de colisão, onde descobriram que acidentes envolvendo a parte traseira do veículo poderiam causar facilmente a ruptura do sistema de combustível. Todavia, como a linha de produção já estava pronta, foi realizado um estudo que calculava, de um lado, o custo estimado com indenizações com acidentes

⁹⁸ *Ibidem*, p. 190.

envolvendo o "Ford Pinto" e, de outro lado, o valor que seria gasto para resolver o problema antes de colocar o veículo à venda. A conclusão foi que, estatisticamente, arcar com os custos das indenizações seria mais vantajoso economicamente para a empresa. Assim, os veículos foram produzidos como projetados originalmente, colocando em risco a vida de milhares (ou milhões) de consumidores.

Inicialmente, o júri condenou a Ford a pagar a Grimshaw indenização compensatória de US\$2.516.000 e *punitive damages* de US\$125 milhões; e aos herdeiros da senhora Gray a indenização compensatória de US\$559.680. O juiz, todavia, considerou excessiva a condenação e reduziu os *punitive damages* para US\$3,5 milhões, valor que acabou confirmado pela Corte de Apelações da Califórnia.⁹⁹

4.5.2 “Mc Donald’s Coffee Case”

Este caso, embora real, não se encontra inscrito em nenhum dos anais de jurisprudência americana. Comumente é relatado da seguinte forma: uma senhora idosa comprou um copo de café numa lanchonete Mc Donald's e, enquanto dirigia o seu veículo, colocou o copo entre as pernas. Com isso, entornou o copo e acabou resultando em queimaduras de terceiro grau em várias partes do corpo. A empresa foi processada e condenada a pagar à autora uma quantia milionária.

Segundo André Gustavo Corrêa de Andrade¹⁰⁰, entretanto, a realidade dos fatos é um pouco diferente:

Em fevereiro de 1992, em Albuquerque, no Estado do Novo México, Stella Lieback, uma senhora de 79 anos de idade, ocupava o banco de passageiro do automóvel conduzido por seu neto e segurava um copo de café quente que havia acabado de comprar em uma lanchonete MCDonald's pelo sistema drive-through (ou seja, sem sair do carro, recebendo a mercadoria de uma janela da lanchonete). Após recebido o café, o neto da Sra. Lieback movimentou o veículo para frente e o estacionou. Em seguida, a Sra. Lieback colocou o copo descartável de polietireno entre suas pernas e tentou remover a tampa de plástico para adicionar creme e açúcar. O café, então, derramou. [...] O café derramado foi imediatamente absorvido pelo tecido da calça que a Sra. Lieback vestia, queimando-a severamente. Um especialista em cirurgia vascular constatou que a Sra. Lieback sofreu queimaduras de terceiro grau em mais de seis por cento do corpo, incluindo a parte interna das coxas, o períneo, as nádegas e a região genital. Ela ficou hospitalizada por oito dias, durante os quais teve de se submeter a debridamento na área atingida e a enxertos de pele. Depois, permaneceu

⁹⁹ *Ibidem*, p. 192.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 215.

sob cuidados em casa por cerca de três semanas. Ao final desse período a Sra. Lieback havia perdido aproximadamente 20%\$ de seu peso corporal. Em consequência das queimaduras e da cirurgia subsequente, ficou com cicatrizes permanentes em mais de dezesseis por cento do corpo.

No bojo do processo foi demonstrado que o Mc Donald's servia o café a uma temperatura de aproximadamente 190 graus *fahrenheit*, ao passo que outros estabelecimentos serviam o mesmo produto numa temperatura média de 140 graus *fahrenheit*. Segundo o perito, se o café estivesse numa temperatura de 170 graus poderia causar queimaduras de segundo grau, ao invés de queimaduras de terceiro grau, como ocorreu.

Além disso, os próprios funcionários do Mc Donald's declararam que, no período de 10 anos, a empresa havia recebido cerca de 700 reclamações de consumidores relacionadas a queimaduras causadas pelo café. Todavia, este quantitativo equivale a cerca de uma reclamação a cada 24 milhões de copos vendidos, ou seja, seria estatisticamente insignificante, de modo que nenhuma providência foi tomada pela empresa.

Diante de tais fatos, o júri condenou a empresa a pagar indenização de US\$160.000 a título de *compensatory damages* e US\$2,7 milhões em *punitive damages*. O juiz, por sua vez, considerando excessivo o *punitive damage* fixado inicialmente, reduziu para US\$480.000. Não obstante estes valores, as partes celebraram um acordo posterior, com cláusula de sigilo, num montante até hoje não revelado.

4.6 REQUISITOS A SEREM CONSIDERADOS NA APLICAÇÃO DO *PUNITIVE DAMAGE*

Conforme já mencionado em item anterior, o *punitive damage* consiste em um acréscimo econômico à condenação imposta ao ofensor, haja vista a gravidade e/ou reiteração da sua conduta, visando desestimular a prática de comportamentos semelhantes, a fim de assegurar a paz social e colocar em prática a função social da responsabilidade civil. Trata-se de um conceito complexo, formado pela combinação de vários elementos distintos, cuja existência é indispensável à aplicação do instituto.

Assim, antes de mergulhar no estudo acerca da viabilidade de importação do *punitive damage* para o ordenamento jurídico brasileiro é necessário compreender quais os requisitos necessários para sua aplicação.

Importante destacar, entretanto, que o subjetivismo é elemento intrínseco ao tema do dano moral, assim não há como se falar em previsão legislativa específica. É, então, tarefa do juiz, a partir da análise do caso concreto, identificar a existência desses requisitos e transformá-los em parâmetros para quantificação da indenização a título de *punitive damages*.

4.6.1 A conduta reprovável

A mera configuração do dano não é suficiente para ensejar a aplicação dos *punitive damages*. Além do dano, é necessário que a conduta do ofensor seja especialmente grave, ou seja, tenha um elevado grau de reprovabilidade. Ao lado disso, analisa-se, também, a reincidência do agressor.

O *punitive damage* não é um instituto jurídico para ser utilizado em situações rotineiras, sob pena de desvirtuar as suas funções. Trata-se de remédio jurídico para situações excepcionais, onde a gravidade e reiteração da conduta mereçam uma demonstração especial de repúdio pelo Direito. Quanto mais grave a conduta, mais rígida deve ser a postura adotada pelo Poder Judiciário, a fim de garantir a estabilidade das relações sociais.

4.6.2 O elemento pedagógico-desestimulador

Na origem da teoria da responsabilidade civil, a preocupação do instituto voltava-se apenas para a vítima. Era a doutrina do *restitutio in integrum*, na qual o ofensor deveria arcar com todos os custos necessários para restituir integralmente a vítima pelos prejuízos sofridos.

Salomão Resedá¹⁰¹, sobre este ponto, observa que a função reparatória da responsabilidade civil era voltada para o passado, ou seja, à necessidade de reconstruir a destruição causada pelo agressor. Nada se falava sobre o futuro: “como garantir que não haja repetição deste comportamento prejudicial? Como garantir que – mais especificamente no direito do consumidor – as empresas respeitem seus consumidores perante uma sociedade de massa e que preza pela produção frenética de bens de consumo?”.

Esta concepção meramente reparatória da responsabilidade civil não se sustenta mais nos dias atuais, onde as grandes empresas, diariamente, praticam uma infinidade de condutas danosas aos seus consumidores, visando somente obter uma maior lucratividade. Ou seja, prefere-se o lucro em detrimento dos direitos dos consumidores.

Assim, diante do cenário atual, o instituto da responsabilidade civil, além de se preocupar em ressarcir a vítima pelos danos sofridos, não pode deixar de se preocupar, também, com o ofensor. É necessário aplicar uma “punição” ao sujeito ativo com o objetivo de desestimular a reincidência e dissuadir a prática de condutas semelhantes por terceiros.

Dessa forma, uma vez que neste novo cenário jurídico tornou-se inconteste a necessidade de desestimular a reincidência de condutas gravosas das grandes empresas em face dos seus consumidores, o *punitive damage* apresenta-se como alternativa apta a atender à função de desestímulo aliado ao caráter pedagógico da indenização do dano moral.

4.6.3 O ofensor

Conforme já demonstrado, no *punitive damage* é indispensável a análise da figura do ofensor a fim de que o instituto da responsabilidade civil possa ultrapassar as barreiras da reparabilidade e alcançar, também, a função desestimuladora-pedagógica. Sendo assim, há que se pensar na questão da quantificação da indenização a ser estipulada, uma vez que, se de um lado, a estipulação de um valor

¹⁰¹ RESEDÁ, Salomão. *Op. cit.*, p. 264.

baixo, de tal modo que não gere impacto financeiro ao ofensor, não alcançará o objetivo desestimulá-lo a reincidir em tal conduta, por outro lado, valores excessivamente altos, podem transformar o instituto numa teratologia jurídica, colocando em sério risco a saúde financeira das empresas.

É necessário, na quantificação do quantum indenizatório do *punitive damage*, analisar os aspectos subjetivos do ofensor, tais como o seu poder de influência no meio social e a sua capacidade econômica. Estes fatores devem ser diretamente proporcionais ao valor da indenização.

Discute-se, entretanto, a aplicação do *punitive damage* quando se tratar de responsabilidade objetiva. Ora, é um equívoco acreditar que a responsabilidade objetiva pressupõe a ausência de culpa ou de qualquer outro elemento subjetivo do agressor. O que se pretende com esta modalidade de responsabilidade civil é tão somente eximir a vítima de provar a existência do elemento subjetivo na conduta do ofensor, de modo que ele responde pela sua conduta de maneira mais direta. A desnecessidade de comprovação da culpa para caracterizar a responsabilidade do ofensor não significa que este elemento foi inexistente.

Quem se beneficia neste caso é a vítima que estará isenta de provar a culpa do seu agressor para ser indenizada. Porém, se perante o conjunto probatório que busca demonstrar a existência do dano e do nexo causal surgir indicações que desenham a existência deste elemento subjetivo, a indenização deixará de ser considerada apenas como simplesmente compensatória para cumular com o *exemplary damage*. Não há nada que impeça que, a partir de uma agressão que venha a acarretar numa responsabilidade objetiva, surja duas formas de indenizar a vítima.

Em sentido oposto, terá o ofensor o direito a defender-se de individualmente de cada uma das imputações. Ou seja, ele poderá apresentar suas razões para repelir as acusações demonstrando a inexistência do dano ou do nexo causal – o que desconfiguraria, por completo, a responsabilidade civil – e, sucessivamente, em não sendo aceita suas alegações suscitaria posicionamentos que viessem a justificar a inexistência do elemento subjetivo, o que fulminaria a aplicação do *punitive damage*, porém não o isentaria de responder com o pagamento da indenização devida para suprir o dano causado.¹⁰²

Conclui-se, portanto, que não há qualquer incompatibilidade entre a responsabilidade objetiva e a possibilidade de aplicação do *punitive damage*, desde que, por óbvio, reste demonstrado no bojo do processo a existência dos requisitos que lhe são indispensáveis.

¹⁰² *Ibidem*, p. 266.

4.6.4 O ofendido

Ao contrário do que ocorre no *compensatory damage*, no *punitive damage* o ofendido é o elemento de menor importância. O que se busca é a proteção e manutenção da paz social. Ou seja, este instituto ultrapassa as barreiras da reparação individual da vítima para alcançar toda a sociedade mediante a função pedagógica e de desestímulo.

Não tem relevância, no âmbito da quantificação do *punitive damage*, a discussão acerca do aspecto econômico do ofendido.¹⁰³ A atenção do juiz, neste caso, deve se voltar aos preceitos determinados pelos direitos da personalidade e, em especial, pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, uma vez findo o exame dos requisitos para aplicação do *punitive damages*, parte-se, então, à análise da viabilidade de aplicação deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 267.

5 O *PUNITIVE DAMAGES* COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

5.1 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE AS INDENIZAÇÕES POR DANO MORAL

A vida em sociedade exige a utilização de diversos instrumentos de controle das relações intersubjetivas, a fim de viabilizar o convívio e a paz social. Isso porque o ser humano, desde os tempos mais remotos, na tentativa de alcançar os seus objetivos e saciar as suas necessidades básicas, tende a invadir a esfera de direitos dos seus semelhantes que, por sua vez, precisam oferecer resistência a tais ameaças a fim de garantir a incolumidade dos seus direitos.

Por isso, então, a convivência pacífica em sociedade pressupõe a existência de alguns instrumentos de controle social, tais como a religião, a moral, as regras de convivência e, também, o Direito. Este último se diferencia dos demais em razão da sua força de coerção, isto é, imposição de regras e de sanções para eventuais descumprimentos.

O Direito se apresenta, portanto, como uma ordem jurídica, constituída de valores, princípios e normas que regem uma comunidade, impondo modelos de comportamento a serem seguidos por todos os indivíduos. Nos casos de descumprimento destes modelos comportamentais, há aplicação de sanções previamente estipuladas em leis.

Dentre as ferramentas utilizadas para garantir a ordem, a responsabilidade civil surge como a forma de se evitar a inércia do Poder Judiciário em face do prejuízo causado por livre vontade do ofensor, uma vez que a vítima não pode ficar descoberta face a uma ação ou omissão danosa.

Inicialmente falava-se somente em prejuízos patrimoniais, todavia, a mola propulsora do reconhecimento pleno do dano moral em sua forma pura foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, que retirou o direito civil do centro do ordenamento jurídico brasileiro para dar lugar ao direito constitucional. Em outras

palavras, o foco central deixou de ser o patrimônio e passou a ser a pessoa, como bem se observa a partir da leitura do artigo inaugural¹⁰⁴ da Carta Maior.

A nova interpretação conferida ao art. 159 do Código de Beviláquia¹⁰⁵, a partir de uma visão mais humanitária, resultou na atual redação do art. 186 do Código Civil de 2002¹⁰⁶, abrangendo, também, os danos morais que, até então, eram rejeitados. Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes¹⁰⁷ observa que:

O que antes era tido como inconcebível passou a ser aceitável, e, de aceitável, passou a evidente. Se era difícil dimensionar o dano, em questão de poucos anos tornou-se impossível ignorá-lo. Se era imoral receber alguma remuneração pela dor sofrida, não era a dor que estava sendo paga, mas sim a vítima, lesada em sua esfera extrapatrimonial, quem merecia ser (re)compensada pecuniariamente, para assim desfrutar de alegrias e outros estados de bem-estar psicofísico, contrabalançando (*rectius*, abrandando) os efeitos que o dano causara em seu espírito.

A transformação do pensamento resultou numa valorização da vítima da agressão¹⁰⁸, que passou a ter garantidos os meios necessários para a efetiva reparação dos danos sofridos, sejam as suas consequências de ordem patrimonial ou moral. Antônio Jeová dos Santos¹⁰⁹, nesta perspectiva, destaca que "vai longe o tempo em que o ser humano era considerado exclusivamente em razão da sua capacidade de trabalho, para efeitos de reparação de um dano de natureza subjetiva."

Antes da Constituição Federal de 1988 alguns dispositivos legais se dedicavam a estabelecer critérios para a quantificação do dano moral. O art. 84, §1º, do Código

¹⁰⁴ Art. 1º, CF - "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político."

¹⁰⁵ Art. 159, CC/96 - "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano."

¹⁰⁶ Art. 186, CC/02 - "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

¹⁰⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. São Paulo: Renovar, 2003, p. 147.

¹⁰⁸ Ao analisar o conceito em sentido estrito do dano moral, à luz da Constituição vigente, Sergio Cavalieri Filho destaca que "nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade. Com essa ideia abre-se espaço para o reconhecimento do dano moral em relação a várias situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como se dá com doentes mentais, as pessoas em estado vegetativo ou comatoso, crianças de tenra idade e outras situações tormentosas." (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 107).

¹⁰⁹ SANTOS, Antônio Jeová. Dano moral indenizável. 4 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 49.

Brasileiro de Telecomunicações¹¹⁰ limitava a indenização entre 5 e 100 salários mínimos para as hipóteses de calúnia, injúria e difamação. A Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), por sua vez, em seus arts. 51, 52 e 53¹¹¹, estabelecia outros limites à responsabilidade civil do jornalista profissional e da empresa que explora o meio de informação ou divulgação.

Após a Constituição de 1988, entretanto, nenhum desses limites prefixados em lei permaneceram. A Constituição criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente de violação dos direitos subjetivos privados e, com isso, retirou esta matéria do âmbito das leis especiais e entregou ao direito civil comum.

Neste sentido, Sergio Cavalieri Filho¹¹² destaca o voto do Min. Carlos Alberto Direito (relator), quando ainda Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar a Ap. Cível 5.260/41:

¹¹⁰ Art. 84. Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa. (Revogado pelo Decreto-lei nº 236, de 28.2.1967) § 1º O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. § 2º O valor da indenização será elevado ao dobro quando comprovada a reincidência do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio for. § 3º A mesma agravação ocorrerá no caso de ser o ilícito contra a honra praticado no interesse de grupos econômicos ou visando a objetivos antinacionais.

¹¹¹ Art. 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia: I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV). II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decoro de alguém; III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém; IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º). Parágrafo único. Consideram-se jornalistas profissionais, para os efeitos deste artigo: a) os jornalistas que mantêm relações de emprego com a empresa que explora o meio de informação ou divulgação ou que produz programas de radiodifusão; b) os que, embora sem relação de emprego, produzem regularmente artigos ou programas publicados ou transmitidos; c) o redator, o diretor ou redator-chefe do jornal ou periódico, a editor ou produtor de programa e o diretor referido na letra b, nº III, do artigo 9º, do permissionário ou concessionário de serviço de radiodifusão; e o gerente e o diretor da agência noticiosa.

Art. 52. A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.

Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente: I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação; III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

¹¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 123.

A indenização por dano moral, com a Constituição de 1988, é igual para todos, inaplicável o privilégio de limitar o valor da indenização para a empresa que explora o meio de informação e divulgação, mesmo porque a natureza da regra constitucional é mais ampla, indo além das estipulações da Lei de Imprensa.

No mesmo sentido, o referido autor destaca, em seguida, o voto do Min. Marco Aurélio, na Suprema Corte¹¹³, ao rejeitar a aplicação da indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia aos danos morais:

O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República - incisos V e X do art. 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil.

Há doutrinadores¹¹⁴ que sugerem, como meio-termo entre o tabelamento e o livre arbitramento do juiz, a utilização do "*standard*" jurídico, que consiste em um caso concreto, já decidido pelos Tribunais e que deveria servir de parâmetro para casos similares. Rodrigo Mendes Delgado¹¹⁵, entretanto, critica esta ideia, destacando que cada caso possui suas próprias peculiaridades e que o mais correto, portanto, seria que a lógica do bom senso lastreasse a aplicação dos comandos legais.

Hoje, enfim, a matéria encontra-se sumulada no Superior Tribunal de Justiça¹¹⁶, de modo que não se discute mais acerca da tarifação ou de qualquer outro meio de tabelamento dos danos morais. Estes devem ser arbitrados pelo magistrado, sempre com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.¹¹⁷ Isso não quer dizer, contudo, que não existam mais divergências quanto ao dano moral.

ainda existem fervorosas discussões acerca da quantificação deste dano. O enriquecimento sem causa da vítima é um dos argumentos mais fortes no sentido da impossibilidade dos magistrados aplicarem indenizações em valores de maior relevância para o patrimônio do agressor.

¹¹³ RE 172.720-RJ, RTJ 162/1.093.

¹¹⁴ Gerd Willi Rothmann *apud* Rodrigo Mendes Delgado, explica que "também quanto ao seu funcionamento o *standard* difere da norma jurídica. A lógica dedutiva domina a aplicação da norma jurídica ao caso concreto. O *standard* não se presta a uma tal aplicação mecânica. Na sua aplicação, o juiz não se utiliza da lógica pura, mas é inspirado pela intuição e pela experiência prática. A intuição e a experiência tomam o lugar da lógica." (DELGADO, Rodrigo Mendes. *Op. cit.*, p. 425)

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 425.

¹¹⁶ Súmula 281, STJ: "A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa."

¹¹⁷ Alguns fatores, todavia, são constantes nas fundamentações do STJ: a extensão do dano, a culpabilidade do ofensor, a eventual culpa concorrente da vítima, a capacidade econômica do ofensor, as condições pessoais da vítima, a função de punição e desestímulo e a razoabilidade.

O que se verifica, então, são inúmeras ações de responsabilidade civil por danos morais nas quais os magistrados aplicam indenizações de pequenos valores, que não representam qualquer impacto financeiro no patrimônio do agressor e que, dessa forma, vislumbra como opção mais vantajosa economicamente a manutenção da prática de condutas danosas em face da sua adequação ao ordenamento jurídico. Ou seja, para as grandes empresas torna-se mais vantajoso continuar arcando com os custos das pequenas indenizações do que reorganizar as suas estruturas internas a fim de se adequarem às normas pátrias. É um comportamento pautado numa racionalidade estritamente econômica.

Neste sentido, tendo em vista tudo o quanto estudado no capítulo anterior, o *punitive damage* apresenta-se como a opção mais viável para garantir uma maior efetividade às condenações por danos morais em decorrência da prática do assédio moral organizacional. Ocorre que, em razão da falta de conhecimento acerca dos fundamentos deste instituto, bem como pelo sensacionalismo da mídia acerca do tema, ainda existem muitos preconceitos sobre a sua aplicação no Direito brasileiro.

5.2 AS RESISTÊNCIAS AO *PUNITIVE DAMAGE* E A NECESSÁRIA MUDANÇA DE PARADIGMA

Na seara dos danos morais, diferente do que ocorre com os danos materiais, não há como restabelecer o *status quo ante* do ofendido. Assim, ao sofrer um agravo moral, surge, então, ao ofendido, apenas o direito de pleitear indenização a ser arbitrada pelo juiz.

O que se observa na jurisprudência pátria atual é que, não obstante já exista um reconhecimento acerca da necessidade de que a indenização arbitrada pelo juiz sirva não só de compensação à vítima, mas também como um desestímulo à conduta do ofensor, são estipulados valores que, quando comparados à capacidade econômica do ofensor (geralmente, grandes empresas), são irrisórios. Assim, alimenta-se aquela ideia da racionalidade econômica, mencionada na introdução deste trabalho monográfico, na qual as empresas preferem arcar com os custos das indenizações que porventura apareçam, do que com os gastos para adequar o seu funcionamento à legislação vigente.

São muitos os argumentos que tentam justificar os pequenos valores arbitrados a título de indenização por danos morais: a vedação ao enriquecimento sem causa do ofendido, a necessidade de barrar a “indústria do dano moral”, a impossibilidade de punir o ofensor pela via da responsabilidade civil, dentre outras.

Trata-se de uma ideologia patrimonialista, cuja preocupação está muito mais na manutenção da capacidade econômica do ofendido, do que no desestímulo à conduta do ofensor.¹¹⁸ Além disso, há, também, grande influência das construções teóricas elaboradas no bojo da responsabilidade civil tradicional, no sentido de que, na esfera civil, a resposta jurídica ao dano deve ser limitada apenas ao aspecto reparatório, não podendo, então, caracterizar uma punição ao ofensor.

Ocorre que, com isso, a função de desestímulo da responsabilidade civil fica abandonada, isto é, embora presente nas fundamentações apresentadas pelos magistrados, não produz os seus efeitos no mundo real. Não consegue, de fato, desestimular a prática de condutas semelhantes.

Não se pode esquecer que, no cenário jurídico atual, a responsabilidade civil ganhou um novo enfoque, onde não mais se olha para o passado visando reparar o dano sofrido; olha-se para o futuro, visando prevenir o dano, para que não seja necessário repará-lo.

Sobre o tema, André Gustavo Corrêa de Andrade¹¹⁹ observa:

Nos domínios da responsabilidade civil já se enxerga, com nitidez, o que pode vir a ser considerado como uma mudança de paradigma, representada pela ideia de que a indenização, em certos casos, principalmente naqueles em que é atingido algum direito da personalidade, deve desempenhar um papel mais amplo do que o até então concebido pela doutrina tradicional. O “paradigma reparatório”, calcado na teoria de que a função da responsabilidade civil é, exclusivamente, a de reparar o dano, tem-se mostrado ineficaz em diversas situações conflituosas, nas quais ou a reparação do dano é impossível, ou não constitui resposta jurídica satisfatória.

Mais tarde, o mesmo autor complementa:

Avulta, atualmente, a noção de uma responsabilidade civil que desempenhe a função de prevenção de danos. Do mesmo modo, cresce a ideia de uma função punitiva da responsabilidade civil.¹²⁰

Dessa forma, a importação do *punitive damage* se mostra como alternativa viável e adequada para conferir maior efetividade à função social das indenizações por

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 269.

¹¹⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 221-222.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 223.

danos morais no bojo do Direito brasileiro, em especial no Direito do Trabalho, onde existe uma grande desigualdade jurídica e econômica entre as partes.

É certo, contudo, que antes de aplicar o *punitive damage* no Direito do Trabalho brasileiro, será necessário ultrapassar as barreiras e os preconceitos que circundam este instituto, trazendo à baila, inclusive, a discussão acerca da introdução do paradigma punitivo na responsabilidade civil.

5.3 AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O predomínio do pensamento liberal, base do capitalismo, deu origem a uma sociedade extremamente desigual, com uma minoria controladora dos meios de produção e uma maioria, vítima em potencial das más condições de trabalho. Essa situação se agrava, ainda mais, se observado o cenário atual da economia brasileira, onde o índice de desemprego cresce a cada dia e as pessoas de baixa renda aceitam quaisquer tipos de trabalho para conseguirem sobreviver.

Foi em razão dessas desigualdades que a responsabilidade civil precisou abandonar a tradicional ideia de culpa para colocar o risco como elemento central deste instituto jurídico, fazendo nascer, assim, a responsabilidade objetiva do empregador. Além disso, além da função reparatória da responsabilidade civil, foram inseridas outras funções visando desempenhar a prevenção dos danos e o desestímulo da repetição de condutas danosas semelhantes.

5.3.1 A tradicional função reparatória/compensatória

O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio econômico-financeiro que até então existia entre o agente e a vítima. Neste caso, conforme a tradicional visão da responsabilidade civil, cabe a este instituto, regido pelo princípio da *restitutio in integrum*, reparar a vítima através da fixação de uma indenização proporcional ao dano.

Trata-se de uma orientação cujo olhar volta-se para o passado, isto é, para o dano sofrido, com o intuito de eliminar ou minorar as suas consequências em face da vítima.

No que tange ao montante indenizatório, a preocupação é voltada exclusivamente para a figura da vítima. Primeiro para a extensão do dano sofrido, segundo para a sua capacidade econômica, de modo que o *quantum* arbitrado possa ser suficiente para compensá-la sem, com isso, provocar nenhuma alteração na sua capacidade econômica, de modo a não abastecer a chamada “indústria do dano moral”. Não se faz nenhuma análise acerca da reprovabilidade da conduta do ofensor, da intensidade da sua culpa, tampouco da sua capacidade econômica.

Nos dias atuais, limitar a responsabilidade civil apenas à função reparatória/compensatória significa esvaziar a grandiosidade deste instituto jurídico, que consiste num importante instrumento para reestabelecer a paz social e que, por isso, não pode ter os seus efeitos limitados tão somente à esfera individual. É necessária uma utilização mais abrangente deste instituto, de modo que ele consiga gerar efeitos na vítima direta da lesão, reparando-a pelo dano sofrido, mas também em toda a coletividade, desestimulando a repetição de atos semelhantes. É esta, afinal, a verdadeira função social da responsabilidade civil.

5.3.2 A função preventiva ou dissuasora

A responsabilidade civil precisou mudar de foco: ao passo que antes preocupava-se em reparar os danos do passado, agora preocupa-se em prevenir a repetição de tais danos no futuro.

Não se trata de desvalorizar o papel tradicionalmente desempenhado pela responsabilidade civil, mas de reconhecer, de um lado, que a prevenção do dano é preferível tanto para a vítima quanto para o possível responsável, e, de outro, que a simples reparação do dano se tonou insuficiente para atender satisfatoriamente a todos os conflitos sociais modernos, em especial àqueles em que estão em jogo os direitos mais caros ao homem, como os direitos da personalidade.¹²¹

Neste sentido, especialmente no que tange à proteção dos direitos da personalidade, abriu-se espaço para o estabelecimento de sanções pecuniárias não

¹²¹ *Ibidem*, p. 227.

relacionadas com a extensão do dano propriamente dito, mas com o intuito de prevenir a prática de novos comportamentos ilícitos. Ou seja, passou-se a considerar a imposição de sanção pecuniária, não relacionada com a função reparatória da indenização, mas com o fim de desestimular a prática, pelo ofensor ou por terceiros, de condutas iguais ou semelhantes àquela.

Este novo comportamento decorre da chamada função preventiva ou dissuasora da responsabilidade civil, a qual possui grande relação com a função punitiva, que vem a ser utilizada como instrumento para a efetivação da prevenção do dano. Em outras palavras, é necessário que, além de compensar/reparar a vítima, o ofensor seja punido, mediante uma sanção pecuniária, para que, assim, ele e os terceiros sintam-se desestimulados a praticar condutas semelhantes. Somente assim, a responsabilidade civil conseguirá ultrapassar as barreiras do individual para alcançar o coletivo, colocando em prática a sua verdadeira função social.

Dito isto, parte-se a uma análise mais acurada da função punitiva da responsabilidade civil.

5.3.3 A função punitiva e o seu caráter instrumental

A função punitiva da responsabilidade civil é, sem dúvidas, a que cria maior divergência entre os doutrinadores.

Alguns autores acreditam que, embora presente, esta função tem caráter secundário, uma vez que se trata de mera consequência da função compensatória. Ou seja, ao dispor de determinada quantia em dinheiro para compensar a vítima pelo mal causado, concomitantemente, o ofensor já estará sofrendo um prejuízo, isto é, uma sanção. Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves¹²²:

O caráter punitivo é meramente reflexo ou indireto: o autor do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva. Mas a finalidade precípua do ressarcimento dos danos não é punir o responsável, e sim recompor o patrimônio do lesado.

¹²² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 342.

Ao contrário, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza¹²³, não reconhecem a possibilidade da responsabilidade civil caracterizar, ainda que secundariamente, uma punição ao ofensor, uma vez que apenas ao Direito Penal é dado o poder de punir.

André Gustavo Corrêa de Andrade¹²⁴, combatendo esta ideia, observa que existem diversos institutos no Direito Civil brasileiro de indisfarçável caráter punitivo. A título de exemplo, menciona os juros de mora, a cláusula penal, as arras, o pagamento em dobro e a restituição em dobro. Em seguida, conclui:

Os influxos de um ramo do Direito no outro são evidentes, demonstrando que a separação entre Direito Penal e Direito Civil é mais de ordem metodológica ou didática do que lógico-jurídica. Essa divisão ou ramificação do Direito não constitui, portanto, argumento válido contra a ideia de pena privada como forma de reação jurídica ou sanção para certos ilícitos civis de maior gravidade.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹²⁵, concluem que “a natureza jurídica da responsabilidade será sempre sancionadora, independentemente de se materializar como pena, indenização ou compensação pecuniária.”.

Inclusive, vale a pena mencionar que no Direito Penal não mais prevalece a teoria absoluta¹²⁶, defendida por Kant e Hegel durante a Idade Média, que defendia que a pena era um fim em si mesmo, ou seja, uma espécie de vingança contra aquele sujeito que causou mal a outrem¹²⁷. Hoje adota-se a teoria preventiva¹²⁸, também chamada de teoria relativa, na qual a pena passa a ser vista como um instrumento apto a inibir a repetição do ato ilícito pelo ofensor e por terceiros. A punição passa a

¹²³ BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo. Código comentado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 863-864.

¹²⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 233-234.

¹²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 62.

¹²⁶ Sobre estas teorias Maria Lúcia Karam, afirma que “as teorias absolutas surgiram sustentando que a pena encontra sua justificação em si mesma, baseando-se na idéia de retribuição, do castigo, da compensação do mal, representado pela infração, com o mal, representado pelo sofrimento da pena”. (KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias. Niterói, Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 173.)

¹²⁷ Sobre o tema: “A grande crítica formulada à teoria absoluta, defendida por Kant e Hegel, assenta na idéia de que a pena, para esta teoria, é apenas uma punição, servindo para retribuir o delito do delinqüente com um castigo; pagar o mal feito pelo “mal” (a pena), o que não mostra nenhuma utilidade à sociedade. Tal teoria, ao invés de justificar a pena, pressupõe a sua necessidade.” (MORAES, Henrique Viana Bandeira. Das funções da pena. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 108, jan 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620>.)

¹²⁸ Sobre estas, Gammil Foppel explica que “buscam uma finalidade para a pena, razão pela qual esta deixa de ser um fim em si mesma, passando a ser vista como algo instrumental: passa a ser um meio de combate à ocorrência e reincidência de crimes.”. (HIRECHE, Gamil Föppel El. A função da pena na visão de Claus Roxin. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 22.)

ser encarada como meio de segurança e defesa da sociedade. É, notadamente, uma perspectiva utilitarista.

A pena, no plano teórico, exerce sempre uma função preventiva. Quando se impõe uma sanção pecuniária não relacionada diretamente com a extensão do dano, está sendo assinalado para o ofensor em particular e para a sociedade em geral que aquela conduta é inaceitável, reprovável, intolerável e não se deve repetir. Toda pena, incluída a de multa, tem uma finalidade de prevenção: especial, quando visa a dissuadir o ofensor de persistir ou reincidir na prática de condutas ilícitas; geral, porque adverte toda a comunidade e os potenciais causadores de condutas dessa natureza. Se, concretamente, uma pena não se mostra eficaz como fator de prevenção, isso é uma questão que diz com a eficácia do instrumento, não com a sua natureza ou essência. O que aqui se deseja assinalar é que toda pena, incluída a de multa, é concebida para prevenir a prática de uma conduta indesejável. É certo que nem toda medida preventiva tem o caráter de pena. [...] Mas a pena atua como importante fator de prevenção nos casos em que as demais formas de prevenção falham ou são inaplicáveis e também naqueles casos em que, uma vez ocorrido o dano, a tutela reparatória não exerce força intimidativa sobre o ofensor.¹²⁹

Há situações, entretanto, em que as medidas preventivas de caráter não punitivo não podem ser aplicadas e, em algumas dessas situações, a mera reparação do dano não consegue desestimular o ofensor à repetição de condutas semelhantes. Isso é facilmente verificado, por exemplo, nos casos em que o ofensor identifica que arcar com os custos da indenização é mais vantajoso que os custos que ele teria para evitá-la ou, ainda, quando a vantagem econômica obtida com o ato danoso é maior que o prejuízo decorrente da reparação.

Sendo assim, é imperativo que a pena pecuniária seja vista como resposta jurídica legítima, em especial no que diz respeito aos casos em que outras formas de sanção se mostram ineficientes. A concretização da função punitiva consiste, então, em um importante instrumento jurídico para alcançar, ao final, a função preventiva/dissuasora da indenização.

5.4 FUNÇÕES ESSENCIAIS DO *PUNITIVE DAMAGES*

O *punitive damages* possui duas funções essenciais: a punição do ofensor e a prevenção de condutas semelhantes. Ambas estão interligadas, de modo que a punição é o instrumento através do qual visa-se alcançar a principal e talvez, mais importante, finalidade do *punitive damage*: a prevenção.

¹²⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 228.

5.4.1 Punição (retribuição)

A partir de um juízo de valor em relação ao comportamento do ofensor, o *punitive damage* atua como uma punição, atribuindo-lhe uma sanção pecuniária que atua como retribuição pelo dano injustamente causado à vítima. Distingue-se da indenização compensatória justamente por levar em consideração não a extensão do dano suportado pela vítima, mas a gravidade da conduta do agente.

Não é razoável admitir que condutas praticadas com distintos graus de reprovabilidade social possam gerar indenizações idênticas pelo simples fato de que, ao final, geraram danos iguais às vítimas. A título de ilustração, André Gustavo Corrêa de Andrade¹³⁰ cita o seguinte exemplo:

Imaginem-se dois acidentes de trânsito, o primeiro, causado por um motorista que possuía habilitação há anos, sem nenhuma infração, que dirigia em velocidade compatível com o local, mas, por inexplicável imperícia na mudança de marchas, perdeu o controle do automóvel em uma curva e colidiu com outro veículo. O motorista prontamente socorre a vítima, levando-a ao hospital, dando-lhe toda a assistência necessária e demonstrando grande consternação com o ocorrido.

O segundo acidente é causado por motorista que, após ingerir bebida alcóolica em quantidade acima da permitida pelas leis de trânsito, dirigia seu automóvel em rua movimentada, em excesso de velocidade, apostando corrida com outro veículo, o que fez com que perdesse o controle e atingisse um terceiro automóvel. Após o acidente, o motorista tenta se evadir do local sem prestar auxílio à vítima, só não o conseguindo porque é alcançado pela polícia. Em nenhum momento o motorista causador do acidente demonstra arrependimento, e até manifesta indiferença pelo ocorrido.

Considerando que ambas as vítimas sofreram lesões igualmente graves e, com base na ideia de que o montante indenizatório da responsabilidade civil deve ser arbitrado com base exclusivamente na extensão do dano sofrido pela vítima, chegasse, então, à absurda conclusão de que seriam fixados montantes indenizatórios iguais.

De logo, com base apenas no senso comum, já é possível perceber o absurdo que é o fato de que duas lesões causadas por condutas tão distintas no que tange à gravidade e à reprovabilidade social, ensejarem, ao final, uma mesma resposta jurídica. Dificilmente, um mesmo juiz, analisando ambos os casos supra narrados, fixariam montantes indenizatórios iguais.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 239-240.

Por óbvio, o que impõe uma resposta jurídica mais rígida ao segundo exemplo é a maior reprovabilidade social da conduta do agente.

A imposição de respostas jurídicas idênticas a dois casos cujas condutas possuem graus de reprovabilidade tão distintos, afronta, flagrantemente, o princípio constitucional da isonomia, segundo o qual todos devem ser tratados igualmente, na medida das suas desigualdades. Sendo assim, fechar os olhos do ordenamento jurídico para tais desigualdades nas condutas danosas é ir de encontro a um dos mais caros princípios do Estado Democrático de Direito.

5.4.2 Prevenção (dissuasão)

A prevenção é, pode-se dizer, a finalidade principal do *punitive damage*. Esta modalidade de indenização ganha especial importância naqueles casos em que determinado montante, embora suficiente para compensar o dano moral sofrido pela vítima, revela-se de insignificante relevância econômica para o ofensor que, assim, não se sente desestimulado a parar de praticar condutas lesivas iguais ou semelhantes.¹³¹

Este instrumento jurídico busca, através de um acréscimo na sanção pecuniária, eliminar os comportamentos danosos não sensíveis às indenizações compensatórias. Com isso, visa-se reestabelecer a imperatividade do ordenamento jurídico, seja pela manutenção da consciência moral dos indivíduos, seja pelo temor das sanções que lhe serão impostas em casos de descumprimento. Isso atende, por consequência, ao anseio geral de proteção da dignidade humana em um momento em que os indivíduos se veem, diariamente, ameaçados pelos interesses econômicos, colocados sempre em primeiro plano.

¹³¹ “A indenização compensatória, nesse contexto, funcionaria como o medicamento que ataca os sintomas sem combater a própria doença, trazendo uma falsa sensação de cura, pois a doença persiste e volta cada vez mais forte, acabando por se tornar imune ao ataque. A relativa debilidade econômica da sanção imposta concretamente reduz a imperatividade do ordenamento jurídico, eliminando a coercibilidade característica das normas jurídicas.” (*Ibidem*, p. 244).

5.5 PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO DO *PUNITIVE DAMAGE*

Após analisadas as funções essenciais do *punitive damages*, cumpre estabelecer os requisitos necessários para que esta modalidade indenizatória seja aplicada.

Por se tratar de responsabilidade civil, só é possível se pensar em indenização quando presentes a conduta voluntária do agente (comissiva ou omissiva), o dano e o nexo causal, que são os chamados elementos fundamentais deste instituto, já analisados alhures. Além destes, entretanto, o *punitive damage* exige a presença de outros pressupostos específicos, quais sejam, a ocorrência do dano moral, a culpa grave do ofensor e a obtenção de lucro com o ato ilícito.

5.5.1 A ocorrência do dano moral

O dano moral é entendido como aquele dano não pecuniário e nem comercialmente redutível a dinheiro. Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹³², “dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente”.

No ordenamento jurídico brasileiro, a sanção caracterizada a partir do *punitive damage* encontra seu fundamento justamente nos princípios constitucionais centrais, isto é, a dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos da personalidade. Por isso, então, é que o presente estudo monográfico relaciona a possibilidade de importação deste instituto apenas no que diz respeito aos danos morais.

Não obstante nos países que adotam o sistema *common law*, inclusive nos Estados Unidos da América, o *punitive damage* seja utilizado tanto para danos de natureza moral e material, no sistema *civil law*, adotado no Brasil, prevalece a tradicional regra de que a indenização por danos materiais deve ser medida pela extensão do dano.

Esta ideia de medir a indenização conforme a extensão do dano não se enquadra no conceito de dano moral, haja vista a sua natureza não pecuniária e não comercialmente redutível a dinheiro. A fixação de tal montante indenizatório será

¹³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 97.

sempre pautada em bases abstratas e subjetivas. Com isso, a aplicação do *punitive damage*, no bojo do direito brasileiro, encontra terreno mais firme na seara dos danos morais.

Há, entretanto, na doutrina, quem questione esta limitação do instituto apenas aos danos imateriais. Neste sentido, Anderson Schreiber¹³³:

Primeiramente, se sua finalidade é desestimular as condutas antijurídicas, é de se perguntar por que não se fala em caráter punitivo em casos de danos meramente patrimoniais. Não há razão para que o causador de um dano moral seja obrigado a compensar o dano e, adicionalmente, a sofrer uma punição, enquanto o causador de um dano patrimonial, cuja conduta pode ter sido até mais repreensível (talvez dolosa), tem apenas o dever de compensar o prejuízo. Não há motivo que justifique a diversidade de tratamento. Embora a Constituição de 1988 eleve os valores extrapatrimoniais ao ápice do ordenamento, protegendo a personalidade humana com maior intensidade que o patrimônio, tal fato não serve para justificar punições civis no âmbito dos danos morais, e a tais danos restritas, principalmente no cenário brasileiro em que tais indenizações têm sido concedidas mesmo em casos de mero aborrecimento ou incômodo.

Ora, a justificativa para a diversidade de tratamento é justamente o fato da Constituição de 1988 ter colocado a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade no centro do ordenamento jurídico, garantindo-os proteção muito mais forte que aquela concedida aos direitos patrimoniais.

5.5.2 Culpa grave do ofensor

Não obstante a “culpa” já não possa mais ser considerada como elemento geral da responsabilidade civil, mas tão somente como elemento acidental¹³⁴, no que tange à aplicação do *punitive damage*, a sua existência se faz imprescindível. Isso porque esta modalidade de indenização deve ser reservada apenas àqueles casos em que forem verificados danos morais decorrentes de condutas praticadas com dolo ou culpa grave, de modo que o comportamento do agressor esteja eivado de alto grau de reprovabilidade social.

Por dolo entenda-se a vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito. Para Silvio Rodrigues¹³⁵, caracteriza-se a partir da ação (comissiva ou

¹³³ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. In: Direito, Estado e Sociedade, v. 9, nº 20, jan/jul, 2002, p.28.

¹³⁴ Vide item “2.3.1.1 Da culpa como elemento acidental”.

¹³⁵ RODRIGUES, Silvio. Responsabilidade Civil, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 160.

omissiva) do agente que, prevendo o resultado danoso, voluntariamente prossegue, com a intenção, mesmo, de provocar o dano.

A culpa, por sua vez, pode ser grave, leve ou levíssima. Sergio Cavalieri Filho¹³⁶ explica:

Examinada pelo ângulo da gravidade, a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. É a culpa com previsão do resultado, também chamada culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual do Direito Penal. Em ambos há previsão ou representação do resultado, só que no dolo eventual o agente assume o risco de produzi-lo, enquanto na culpa consciente ele acredita sinceramente que o evento não ocorrerá.

Haverá culpa leve se a falta puder ser evitada com atenção ordinária, com o cuidado próprio do homem comum, de um *bonus pater familias*.

Já, a culpa levíssima caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular.

Além disso, há que se observar, ainda, que a maior gravidade da culpa pode decorrer da reiteração da conduta do agente, especialmente nos casos em que se verifica um padrão de conduta negligente. Nestes casos, não obstante o ato lesivo, ao ser considerado de forma isolada, possa decorrer de culpa leve ou levíssima, ao ser analisado sob a ótica do padrão de comportamento adotado pelo ofensor, passa a ser considerado caracterizador de culpa grave.¹³⁷

Matilde Zavala de Gonzalez¹³⁸, contudo, entende por desnecessária a existência dos fatores subjetivos ora em análise, uma vez que entende que o *punitive damage* não se justifica pela mera aplicação de uma sanção ao ofensor, mas, principalmente, pela exclusão dos benefícios econômicos por ele obtidos. Assim, para a autora, basta que seja verificada a grave antijuridicidade da atividade danosa.

¹³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 53.

¹³⁷ “É o caso de empresas que não se preocupam em aperfeiçoar seus produtos e serviços, a despeito da reiteração dos danos causados aos consumidores em decorrência de defeitos apresentados por esses produtos ou na prestação desses serviços.” (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 267).

¹³⁸ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *Presupuestos y funciones del derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, v.4. 1999, p. 580.

5.6 O PUNITIVE DAMAGE COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

Conforme já estudado no capítulo 3, o assédio moral organizacional consiste num método de gestão empresarial em que há o sequestro da subjetividade dos trabalhadores, por meio do qual a finalidade da organização é transferida para o trabalhador, como se deste também o fosse. Os métodos utilizados pelas empresas para alcançarem este objetivo, geralmente, incluem punições humilhantes (regra geral disfarçadas de brincadeiras, prendas, etc.) aos empregados que não atendem às expectativas. Assim, o pensamento que surge é o de que é necessário produzir mais para não ser humilhado perante os seus colegas de trabalho.

O assédio moral organizacional gera consequências negativas tanto para o empregado, quanto para o empregador e a sociedade como um todo. Não há dúvidas, portanto, de que se trata de uma conduta com altíssimo grau de reprovabilidade social, cuja finalidade é aumentar a produtividade em detrimento dos direitos fundamentais dos empregados. Assim, tais condutas precisam ser fortemente combatidas pelo Direito.

O Direito brasileiro, entretanto, vem se mostrando incapaz de resolver esta problemática. Com uma doutrina e jurisprudência ainda presas à ideia de que a indenização não pode, em nenhum caso, resultar numa alteração do padrão econômico da vítima, têm-se observado uma enxurrada de ações judiciais decorrentes de condutas ilícitas praticadas de forma reiterada pelas grandes empresas que, por sua vez, sabem que vão receber condenações ínfimas, que em nada abalarão a sua situação econômica.

Para o empregado, os efeitos do assédio organizacional são nefastos para sua saúde. Na verdade, não se diferenciam dos efeitos do assédio moral interpessoal, mas devem ser considerados mais graves pelo fato do assédio organizacional ser dissimulado e mais facilmente aceito entre os trabalhadores que, muitas vezes, não o identifica como uma conduta agressiva à sua saúde.

A organização empresarial, por sua vez, sofre com o absenteísmo, a queda de produtividade e a rotatividade de mão-de-obra, em decorrência desta violência psicológica.

A sociedade, por fim, além de custear indiretamente a saúde pública e, por isso, se prejudicar com as aposentadorias precoces decorrentes do adoecimento causado pelo assédio moral organizacional, ainda enfrentam os reflexos que essa busca incessante pela maior produtividade gera nos produtos e serviços oferecidos pelas empresas. Não raras vezes os empregados deixam de se preocupar com a qualidade do trabalho que realizam para, em razão da pressão que sofrem, se preocuparem apenas com a quantidade do que produzem.

São evidentes os graves efeitos que o assédio moral organizacional gera em diversos âmbitos da sociedade. A ideia de uma responsabilidade civil que visa tão somente compensar a vítima pelo dano sofrido já não é suficiente para atender a estas demandas. É necessário que o Direito se valha de novos instrumentos que ultrapassem a esfera individual do dano e que visem, acima de tudo, a prevenção.

Nessa visão, o *punitive damages* se apresenta como alternativa viável e bastante eficaz para combater e, concomitantemente, prevenir o assédio moral organizacional que, conforme demonstrado, gera danos não só para a vítima assediada, mas para toda a sociedade.

5.7 ANÁLISE ÀS PRINCIPAIS OBJEÇÕES AO *PUNITIVE DAMAGES*

São inúmeras as objeções à aplicação do *punitive damage* no direito brasileiro. Algumas, de fato, possuem bases científicas. Outras, no entanto, são movidas pela desinformação acerca do instituto.

Não se pretende, neste trabalho, esgotar esta problemática, mas apenas considerar, aqui, as objeções que aparecem com maior frequência nos debates existentes acerca do tema.

5.7.1 Excessos nas indenizações

É raro o debate sobre *punitive damages* em que não aparece a referência aos excessos indenizatórios cometidos em diversas decisões judiciais, especialmente na

jurisprudência norte americana. Esta questão já foi, inclusive, abordada no capítulo 4, onde estudou-se a doutrina do *punitive damage*.

Os meios de comunicação, sempre ávidos por notícias sensacionalistas, noticiam casos em que os autores alcançam indenizações milionárias, totalmente desproporcionais à ofensa sofrida, ou baseadas em motivos insignificantes. Há, nestas notícias, muito sensacionalismo e desinformação. Regra geral, estas cifras milionárias são arbitradas em primeiro grau, isto é, proferidas pelo júri, e são, frequentemente, reduzidas pelas cortes superiores ou até mesmo pelo juiz togado que preside o julgamento. Assim, ao final dos processos, os montantes indenizatórios fixados são consideravelmente menores que aqueles divulgados na mídia.

Ainda assim, há que se destacar que, no sistema judicial brasileiro o julgamento das causas de responsabilidade civil se dão, desde o primeiro grau, por juiz togado, ou seja, com capacitação técnica e experiência profissional, de modo que os riscos de ocorrerem teratologias jurídicas como as noticiadas na mídia norte americana são bem reduzidas. Além disso, ainda que ocorram, o sistema recursal garante a possibilidade de sucessivas revisões dos julgados, constituindo, assim, a salvaguarda necessária contra os excessos ou arbitrariedades que algum julgador porventura cometa.

5.7.2 Enriquecimento sem causa da vítima

Outro argumento bastante comum quando se trata de *punitive damages* consiste no enriquecimento sem causa, injustificado ou indevido da vítima, uma vez que se trata de montante indenizatório não relacionado com o dano propriamente dito, mas com a reprovabilidade da conduta do ofensor.

Maria Celina Bodin de Moraes¹³⁹ ataca esta objeção afirmando que “a sentença de um juiz, arbitrando o dano moral, é razão jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado.”. Ora, o

¹³⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 302.

enriquecimento decorre, justamente, da decisão judicial, de modo que não pode, então, vir a ser considerado injustificado, indevido ou sem causa.

Ademais disso, este argumento torna-se ainda mais fraco nos casos em que o *punitive damage* é utilizado como forma de impedir que o ofensor obtenha lucro a partir do ato ilícito praticado. Ora, este sim seria um enriquecimento indevido.

Por fim, há, ainda, quem defenda que esta modalidade indenizatória, a exemplo do que ocorre na Lei de Ação Civil Pública, deve ser remetida a um fundo coletivo, de modo que possa beneficiar a sociedade como um todo, e não só a vítima daquele caso específico.

Maria Celina Bodin de Moraes¹⁴⁰, por exemplo, é defensora dessa corrente, afirmando que:

Nesses casos, porém, o instituto não pode se equiparar ao dano punitivo como hoje é conhecido, porque o valor a maior da indenização, a ser pago punitivamente, não deverá ser destinado ao autor da ação, mas, coerentemente com o nosso sistema, e em obediência às previsões da Lei nº 7.347/85, servirá a beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito das condenações em fundos já especificados. Assim é que a mencionada lei, ao regular as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens que especifica, prevê em seu artigo 13.

Nelson Rosenvald¹⁴¹, por sua vez, defende a possibilidade de fracionar a indenização entre o particular e a sociedade, conforme o tipo da conduta e o dano causado:

A possibilidade de fracionamento da condenação entre o Estado/órgãos públicos/entidades beneficentes e o agente permite uma ideal composição entre o interesse social primário de tutela à segurança da coletividade, com o interesse pessoal da vítima que provocou o judiciário e indiretamente beneficiou um número indeterminado de pessoas. Ademais, a concessão parcial da condenação em prol da vítima é um evidente estímulo para que várias pessoas possam procurar o judiciário, conscientes de consequências positivas que excedam a simples reintegração patrimonial.

São diversas, portanto, as razões pelas quais não deve prosperar o temor de que a indenização do *punitive damages* constitua enriquecimento indevido da parte.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 253.

¹⁴¹ ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013, p. 198.

5.7.3 O princípio *ne bis in idem*

Argumenta-se¹⁴², com frequência, que o fato de muitos ilícitos civis constituírem, ao mesmo tempo, ilícitos penais, a aplicação do *punitive damage* abriria uma fenda num sistema jurídico que sempre buscou oferecer garantias contra o injustificável *bis in idem*. Isso porque o ofensor, nestes casos, seria punido tanto na esfera cível quanto na penal.

Não se pode esquecer, entretanto, que a sanção caracterizada a partir do *punitive damage* é, estritamente, pecuniária, de modo que não compartilha das mesmas restrições que recaem sobre as outras modalidades sancionatórias previstas no direito penal. Inclusive, há que se destacar que sanções de natureza pecuniária podem ser aplicadas inclusive por autoridades administrativas, independente da aplicação de outra pena na esfera criminal. André Gustavo Corrêa de Andrade¹⁴³, cita, a título de ilustração, o motorista que dirige sem a devida habilitação e causando perigo de dano a terceiro, podendo a sua conduta configurar, concomitantemente, infração de trânsito¹⁴⁴ e crime¹⁴⁵, sujeitando-se à imposição de multa administrativa e criminal.

5.8 ANÁLISE DA FUNÇÃO SOCIAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS A PARTIR DO *PUNITIVE DAMAGE*

A Constituição Federal de 1988, ao conceder status de direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana e à igualdade, alterou o foco do ordenamento jurídico, que antes girava em torno do patrimônio e, a partir de então, passou a ter o homem como o seu centro principal. Essa consolidação do pensamento humanista gerou reflexos em diversas áreas do direito, em especial na responsabilidade civil.

¹⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 260.

¹⁴³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 294.

¹⁴⁴ Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97): “Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano: Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.”

¹⁴⁵ Código de Trânsito Brasileiro: “Art. 162. Dirigir veículo: I – sem possuir Carteira Nacional de Habilitação ou Permissão para Dirigir: Infração – gravíssima; Penalidade – multa (três vezes) e apreensão do veículo.”

O Direito deve permanentemente dar respostas satisfatórias, adequadas, eficientes e justas aos novos problemas e desafios que a sociedade, no seu permanente evoluir, constantemente apresenta. Em razão do crescimento da população urbana e do aumento vertiginoso das atividades econômicas, constantemente o homem, com seu agir, cria riscos para a natureza e para o seu semelhante. Vive-se sob o signo da insegurança, numa verdadeira “sociedade de risco”, como balizada pela sociologia francesa. Se o Direito, muitas vezes, sente-se incapaz para evitar e neutralizar os riscos, se os danos são inevitáveis, frutos inseparáveis da convivência social e do desenvolvimento tecnológico, ao menos o Direito deve buscar formas de fornecer segurança jurídica no sentido de que todo o dano injusto (entendendo-se por dano injusto todo aquele para o qual a vítima não deu causa) deve ser, na maior medida possível, reparado.¹⁴⁶

Esta nova forma de pensar o Direito, fundada na busca pela real efetivação do princípio da solidariedade, inseriu características tradicionalmente publicistas nos institutos privados. Aliado a isso, ao colocar o princípio da dignidade da pessoa humana no topo da pirâmide jurídica, o ser humano e a valorização social do trabalho ganharam relevância ainda maior, fazendo com que todos os interesses estejam voltados à garantia de melhores condições e qualidade de vida.

A vida em comunidade ganhou maior importância na busca pelo bem comum e pela paz social. Assim, a ofensa aos direitos da personalidade de um indivíduo atinge, indiretamente, a coletividade como um todo, uma vez que a gravidade e reiteração de tais condutas danosas acarreta em instabilidades que atingem, diretamente, a paz e a ordem social.

Dessa forma, é importante que, em sendo verificadas as características de gravidade ou reiteração da conduta danosa, a sociedade disponha de meios jurídicos aptos a censurar tal comportamento e, ao mesmo tempo, desestimular a sua repetição. O *punitive damage* surge, então, como alternativa para alcançar este objetivo. Para Salomão Resedá¹⁴⁷, este seria, então, “uma sanção imposta pela sociedade na busca pela viabilização dos pilares constitucionais instituídos em seu art. 1º.”.

Assim, a conclusão na qual se chega é, sem dúvidas, no sentido da necessidade de aplicação do *punitive damage* na seara dos danos morais, inclusive como alternativa apta a dar efetividade à função social da responsabilidade civil no direito brasileiro e, em especial, no direito do trabalho, onde o empregado é comumente o ser hipossuficiente da relação e, por isso, acaba se submetendo a condições

¹⁴⁶ FACHIN NETO, Eugênio. A função social do direito privado. Revista Jurídica, São Paulo, n. 349, nov. 2006, p. 90.

¹⁴⁷ RESEDÁ, Salomão. *Op. cit.*, p. 301.

degradantes de trabalho impostas pelo empregador que, por sua vez, visa o lucro acima de tudo.

6 CONCLUSÃO

- A partir da Era da Informação, com o objetivo de aumentar a produtividade e, por consequência, o lucro, as organizações empresariais vêm adotando culturas organizacionais fundadas em técnicas motivacionais, que visam motivar o empregado a produzir cada vez mais, fazendo-o acreditar que tais resultados serão tão benéficos para a empresa quanto para ele. Trata-se, entretanto, de uma utilização dissimulada da cultura organizacional, cujo objetivo, na verdade, é a obtenção do controle da subjetividade dos empregados, transferindo os objetivos da organização para o próprio empregado, fazendo-o acreditar que aqueles são os seus próprios objetivos.
- As empresas estabelecem metas de produtividade e, a partir do que elas chamam de “campanhas motivacionais”, aplicam punições humilhantes aos empregados que não conseguem alcançar as expectativas. Estas punições, regra geral, aparecem disfarçadas de “brincadeiras” que exigem que os empregados que não produziram o suficiente paguem “prendas” diante dos demais, de apelidos maldosos que remontam ao baixo rendimento do empregado, listas que expõem os seus nomes, etc.
- O assédio moral organizacional não é muito estudado pela doutrina e jurisprudência brasileira e, por consequência, é um instituto altamente desconhecido, tanto pelos cidadãos leigos quanto pelos próprios aplicadores do Direito. Diante deste cenário, o empregado acaba se tornando um ser indefeso, uma vez que a conduta abusiva do empregador ganha uma aparência de naturalidade diante dos olhos de todos (tanto os que estão dentro, como os que estão fora da organização).
- O Direito, enquanto instrumento do Estado para garantir a manutenção da paz e da ordem social, se vale da responsabilidade civil e penal para, diante da prática de atos ilícitos, lançar mão de sanções jurídicas com a finalidade de reequilibrar as relações. Os danos materiais e a sua necessária reparação foram, desde sempre, reconhecidos pelo ordenamento. A evolução dos danos morais, entretanto, não se deu de forma pacífica, mas hoje a sua existência e reparação já estão expressamente previstas na lei.

- A nova interpretação aplicada à responsabilidade civil não admite que ela seja analisada apenas com base na função compensatória. Em decorrência da valorização do ser humano e da preocupação com a coletividade que foram trazidas pela Carta Magna de 1988, percebeu-se a necessidade de que este instituto ultrapassasse as barreiras da mera compensação individual da vítima para alcançar, também, as funções preventiva, dissuasora e punitiva.
- Ocorre que, ainda hoje, a doutrina e jurisprudência brasileira continuam apegadas à antiga ideia de que a indenização do dano moral não pode, em nenhuma hipótese, resultar numa alteração da situação econômica da vítima. Isto é, aplicam-se indenizações ínfimas para não provocar o enriquecimento da vítima mas esquecem-se de observar que, com isso, o agressor continua repedindo a conduta ilícita em face de outras vítimas, pois tem a certeza de que pagará muito pouco por isso. Ou seja, a responsabilidade civil, ainda nos dias de hoje, não alcança as funções preventiva e dissuasora.
- Diante disso, o *punitive damage* apresenta-se como alternativa eficaz. Surgido no direito inglês e desenvolvido no direito norte americano, este instituto ganhou notoriedade quando a mídia americana passou a noticiar, de forma sensacionalista e irresponsável, a fixação de indenizações milionárias em decorrência de motivos insignificantes. Em razão disso, a sociedade passou a ver este instituto como uma teratologia jurídica.
- Visando, então, desconstruir os preconceitos que circundam o *punitive damage*, foram analisados os requisitos e pressupostos a serem observados para a sua aplicação, bem como as suas funções essenciais. Assim, restou demonstrado que a correta aplicação deste instituto, bem diferente do que ocorrida nos casos divulgados pela mídia sensacionalista, podem resultar numa proteção muito mais eficaz dos direitos fundamentais dos empregados, uma vez que haverá um desestímulo à reiteração das condutas danosas pelos empregadores.
- Isso, aliado ao pensamento do direito civil constitucional, no qual se identifica a existência de uma função social da responsabilidade civil, que consiste na busca pela manutenção da paz social, tornou-se inconteste que, na seara dos danos morais e, em especial, naqueles decorrentes do assédio moral organizacional, o

punitive damage constitui uma alternativa bastante interessante para a realização das funções preventiva e dissuasora da responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. *Assédio moral na relação de emprego*. 1ª ed. (ano 2005), 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral & Indenização Punitiva. Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARAÚJO, Adriane Reis de. *O Assédio Moral Organizacional*. In: Rev. TST, Brasília, vol. 73, nº 2, abr/jun, 2007, pg. 212. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1312860/9.+Ass%C3%A9dio+moral+organizacional>>. Acesso em: jun. 2017.

_____, Adriane Reis de. *O assédio moral organizacional*. São Paulo: LTr, 2012.

BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo. *Código comentado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. e.d. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008.

BEZERRA, Christiane Singh; FERREIRA, Gabriela Cerci Bernabe. *Considerações sobre o poder diretivo do empregador sob a ótica do contrato de trabalho e dos direitos fundamentais do trabalhador*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11296&revista_caderno=25> Acesso em: ago. 2017.

BRASIL. *Código Civil*. Vade Mecum OAB e Concursos. 3 ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Código de Trânsito Brasileiro*. Vade Mecum OAB e Concursos. 3 ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Código Penal Brasileiro*. Vade Mecum OAB e Concursos. 3 ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Consolidação das Leis Trabalhistas*. Vade Mecum OAB e Concursos. 3 ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998.

CAIRO JR., José. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2012.

CAVALIERI, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHIAVENATO, Idalberto. *Administração: teoria, processo e prática*. 2ª ed. São Paulo: Makron Books, 1994.

_____, Idalberto. *Teoria Geral da Administração*. 6ª ed. Rev. E atualizada. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

COSTIN, Rafael. *Assédio moral na relação de emprego*. Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/rafael-costin.pdf> Acessado em: jul. 2017.

COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder Punitivo Trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009.

DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele*. Leme: J. H. Mizuno, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 7.

_____, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 7.

FACHIN NETO, Eugênio. *A função social do direito privado*. Revista Jurídica, São Paulo, n. 349, nov. 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. Vol. 1. 13ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil*, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Tauana Cirne. *A compreensão jurídica das políticas de metas como instrumento para o assédio moral organizacional*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da Unifacs, n. 140, jun. 2012. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1910> Acesso em: jun. 2017.

_____, Tauana Cirne. *A compreensão jurídica da política de metas como instrumento para o assédio moral organizacional*. 2011. 104p. Monografia (Graduação de Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Salvador, Salvador.

HIRECHE, Gamil Föppel El. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. Tradução de Maria Helena Kuhner. 13ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

_____, Marie-France. *Mal-Estar no Trabalho: redefinindo o assédio moral*. Tradução Rejane Janowitz. 7ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói, Rio de Janeiro: Luam, 1993.

LEÃO, Celina Gontijo. *Poder diretivo do empregador X direitos da personalidade do empregado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2673, 26 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17709>>. Acesso em: ago. 2017.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. *Introdução à administração*. 6ª ed. rev. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2004.

_____, Antonio Cesar Amaru. *Teoria geral da administração: da revolução urbana à revolução digital*. 6ª ed. 7ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. *Das funções da pena*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 108, jan 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620>. Acesso em: jun. 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2003.

MOTTA, Fernando C. Prestes; VASCONCELOS, Isabella F. Gouveia. *Teoria Geral da Administração*. 3ª ed. rev. – São Paulo: Cengage Learning, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho*. 20 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 39ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. *Assédio moral no ambiente do trabalho*. Revista Ltr, São Paulo, 2004, v. 68, n. 08.

_____, Sônia A. C. Mascaro. *Assédio Moral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Sônia Mascaro. *Terror psicológico: Assédio moral se configura com existência de doença psíquica*. *Consultor jurídico*, 11 de dezembro de 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-11/assedio_moral_existencia_doenca_psiquica#top Acessado em: jul. 2017.

NOVAES, Marília Vieira. *A importância da Motivação para o Sucesso das Equipes no Contexto Organizacional*. Pesquisa Psicológica, Maceió, ano 11, n. 1, jul. 2007. Disponível em: <<http://psicologiaacademica.blogspot.com.br/2010/11/teorias-da-motivacao.html?z>> Acesso em: jun. 2017.

PAES, Arnaldo Boson. *A eficácia dos direitos fundamentais no contrato de trabalho e os limites do poder de direção do empregador*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2809, 11 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18664>>. Acesso em ago. 2017.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1149, 24 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8838/noco-es-conceituais-sobre-o-assedio-moral-na-relacao-de-emprego>>. Acesso em jun. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Forense, 9 ed., 2000.

RAMOS FILHO, Wilson. *Bem-Estar das Empresas e Mal-Estar Laboral: o assédio moral empresarial como modo de gestão de recursos humanos*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da Unifacs, n. 108, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/702>>. Acesso em jun. 2017.

RE 172.720-RJ, RTJ 162/1.093.

RESEDÁ, Salomão. *A Aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro*. 2008. Dissertação (mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

_____, Salomão. *A Função Social do Dano Moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade Civil*, 12ª ed. São Paulo: Saraiva.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

RUFINO, Regina Célia Pezzuto. *Assédio moral no âmbito da empresa*. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2007.

SANTOS NETO, Maurício Ferreira dos. *A aplicação da teoria do desestímulo (punitive damage) na responsabilidade civil consumerista*. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SCHREIBER, Anderson. *Arbitramento do dano moral no novo Código Civil*. In: Direito, Estado e Sociedade, v. 9, nº 20, jan/jul, 2002.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *A reparação do dano moral no direito do trabalho*. – São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Sidney Gonçalves da. *Assédio moral no trabalho: elementos configuradores*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3075, 2 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20550>>. Acesso em: jul. 2017.

SILVA, Wilson Melo de. *O dano moral e sua reparação*. 3 ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SIMM, Zeno. *Acoso psíquico no ambiente de trabalho: manifestações, efeitos, prevenção e reparação*. – São Paulo: LTr, 2008.

SOBOLL, Lis Andrea P.; GOSDAL, Thereza Cristina. *Assédio moral interpessoal e organizacional*. São Paulo: LTr, 2009.

SOUZA, Marcius Cruz da Ponte. *Limites aos poderes do empregador*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2230, 9 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13296>>. Acessado em jun de 2017.

STADLER, Denise de Fatima. *Assédio moral: uma análise da teoria do abuso de direito aplicada ao poder do empregador*. São Paulo: LTr, 2008.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TEIXEIRA, João Luís Vieira. *O assédio moral no trabalho: conceito, causas e efeitos, liderança versus assédio, valoração do dano e sua prevenção*. São Paulo: Ltr.

WALD, Arnold. *A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 845, ano 95, mar. 2006.

WYZYKOWSKI, Adriana, Renato da Costa Lino de Goes Barros e Rodolfo Pamplona Filho. *Assédio moral laboral e direitos fundamentais*. São Paulo: Ltr, 2014.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *Presupuestos y funciones del derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, v.4. 1999.