

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

PÓS-GRADUAÇÃO “STRICTO SENSU”

EM DIREITO CONSTITUCIONAL

JEANE DE CASTRO MOREIRA

O DANO MORAL COLETIVO DECORRENTE DE DISCRIMINAÇÃO

NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Niterói

2013

JEANE DE CASTRO MOREIRA

**O DANO MORAL COLETIVO DECORRENTE DE DISCRIMINAÇÃO
NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

Niterói

2013

JEANE DE CASTRO MOREIRA

**O DANO MORAL COLETIVO DECORRENTE DE DISCRIMINAÇÃO
NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

Apresentação de dissertação como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.

Sob a orientação da professora:

Wanise Cabral Silva

Niterói

2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

JEANE DE CASTRO MOREIRA

O DANO MORAL COLETIVO DECORRENTE DE DISCRIMINAÇÃO

NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Esta dissertação foi apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, tendo sido aprovada pela banca Examinadora composta pelos professores.

Aprovado dia 25 / 03 / 2013

BANCA EXAMINADORA

Prof.(a) Doutora Wanise Cabral Silva - UFF

Prof. Doutor Cassio Luiz Casagrande - UFF

Prof. Doutor Ivan Garcia - UFRJ

DEDICATÓRIA

A minha família pelo apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS

Ao meu marido, Gustavo Donato dos Santos, pelo carinho, paciência e extrema dedicação em todos os momentos desta jornada.

Aos professores da Universidade Federal Fluminense, dos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional e em Sociologia e Direito, que muito contribuíram para minha formação e abriram novos horizontes para a busca incessante do conhecimento e da reflexão.

A minha orientadora Wanise Cabral Silva, por transmitir a serenidade necessária para eu trilhar a árdua caminhada até a conclusão deste trabalho, e por mostrar-me novas perspectivas acerca do Direito, com sua visão humanitária e solidária.

À secretária do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional, Ana Paula Arantes, por todo carinho, doçura, gentileza e dedicação dispensados aos alunos da primeira turma, gestos que jamais serão esquecidos.

Aos meus amigos queridos, companheiros de turma, que ficarão guardados para sempre em meu coração, sem os quais o Mestrado não teria o mesmo significado.

A minha família, aos meus amigos e, sobretudo, a Deus.

RESUMO

O estudo dedicou-se à análise do instituto do dano moral coletivo e sua aplicabilidade nas demandas que envolvem discriminação nas relações de trabalho. Constatou-se a necessidade de se abordar o tema sob o enfoque da tutela coletiva. Foram apresentados os principais institutos da responsabilidade civil e as características elementares do dano moral coletivo. Também foram analisadas as usuais práticas discriminatórias ocorridas no ambiente laboral e os danos decorrentes de índole transindividual. Foram abordados os benefícios da utilização da tutela coletiva nas demandas trabalhistas e destacada a importância da condenação por danos morais coletivos e suas funções: pedagógica, punitiva e compensatória. Avaliou-se a dificuldade na etapa de liquidação dos danos e destacou-se o papel do magistrado nesta tarefa. Concluiu-se pela possibilidade e necessidade de ser adotado o instituto do dano moral coletivo na esfera da Justiça do Trabalho, principalmente nas ações coletivas que envolvem discriminação contra o trabalhador em inobservância aos valores da igualdade e da não discriminação.

Palavras-chave: dano moral coletivo. Discriminação. Relação de trabalho. Tutela coletiva.

ABSTRACT

The study was devoted to analysis of the institute's collective moral damages and its applicability in the demands involving discrimination in labor relations. It was noted the need to address the issue from the perspective of collective protection. I presented the main institutes of liability and the characteristics of elementary collective moral damages. I also analyzed the usual discriminatory practices occurring in the work environment and the damage from nature transindividual. I discussed the benefits of using collective protection in labor demands and highlighted the importance of conviction for collective moral damages and their functions: teaching, punitive, and compensatory. I evaluated the difficulty in step settlement of damages and highlighted the role of the magistrate in this task. It was concluded by the possibility and need to be adopted the institute's collective moral damages in the sphere of labor courts, especially in class actions involving discrimination against the worker in disregard to the values of equality and non-discrimination.

Keyword: collective moral damages. Discrimination. Labor Relation. Collective protection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I: DANO MORAL COLETIVO.	13
1 - O dano injusto e a responsabilidade civil.....	13
2 - O dano moral.....	19
3 - Conceito de dano moral coletivo.	25
4 - Origem e evolução histórica.....	30
5 - Fundamento legal.	32
6 - Evolução pretoriana.	34
7 - Prescrição.	37
8 - Responsabilidade objetiva.	41
9 - Aspectos probatórios.	45
10 - Danos sociais. <i>Dumping social</i>	49
CAPÍTULO II: A DIMENSÃO TRANSINDIVIDUAL DA DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO.	56
1 - Preconceito e discriminação.	56
2 - Discriminação no trabalho.	62
3 - Hipóteses de incidência de discriminação no âmbito das relações de trabalho.	66
4 - Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.	71
4.1 - Direitos difusos.....	72
4.2 - Direitos coletivos <i>stricto sensu</i>	75
4.3 - Direitos individuais homogêneos.....	77
5 - Novos paradigmas do processo coletivo.....	79
6 - A dimensão transindividual da discriminação no trabalho.....	81
7 - Os benefícios da tutela coletiva nas relações de trabalho.....	83
CAPÍTULO III: A REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO DECORRENTE DE DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.	86
1 - Funções da condenação por dano moral coletivo: funções pedagógica, compensatória indireta e sancionatória.	86
2 - O instituto do <i>punitive damages</i>	88
3 - O papel do magistrado na liquidação dos danos morais coletivos.....	92
4 - A quantificação do dano moral coletivo.	95
5 - Destinação do valor da condenação.	97
6 - Outras formas de reparação.	100

7 - A importância da condenação por danos morais coletivos em matéria de discriminação nas relações de trabalho.....	102
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	106
REFERÊNCIAS.....	109

INTRODUÇÃO:

O presente trabalho tem por objeto analisar o dano moral coletivo e sua aplicabilidade nas demandas que envolvem discriminação nas relações de trabalho. Por tratar-se de um tema interdisciplinar, foi necessário abordar o conceito e as principais características de institutos do Direito Civil, do Direito do Trabalho e ainda do Processo Civil, sempre com os olhos voltados para os valores e os princípios emanados da Constituição da República.

Foi a partir da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 que o dano moral adquiriu notoriedade na Justiça do Trabalho, em razão da competência que lhe foi atribuída expressamente para processar e julgar as ações de indenização por dano moral e patrimonial, decorrentes da relação de trabalho. Com a sedimentação da competência da Justiça Laboral, corroborando entendimento já esposado pelos Tribunais Superiores, foram ajuizados inúmeros processos atrelados à responsabilidade civil, o que impulsionou a doutrina e a jurisprudência juslaborais a aprofundarem os estudos sobre este universo novo que se abriu.

Ainda assim, são poucos os trabalhos dedicados à responsabilidade civil no âmbito da Justiça do Trabalho, o que justifica a escolha deste ramo jurídico como objeto central de análise. Ademais, a escolha do tema deve-se também à percepção da necessidade de serem adotados novos instrumentos jurídicos capazes de lidar com os dilemas sociais que envolvem simultaneamente coletividades, grupos ou classes de pessoas. Observou-se que a tutela coletiva é a maneira mais adequada de solucionar estes fenômenos, que ultrapassam as fronteiras das lides individuais e demandam a adoção de uma nova postura frente ao Direito e aos antigos institutos de índole material e processual, com vistas à efetividade da jurisdição e, em última análise, à pacificação social.

Somado a isto, a preocupação com as condutas discriminatórias praticadas no âmbito das relações de trabalho e sua conseqüente lesão aos valores da igualdade e da não discriminação serviu de norte para a busca de possíveis soluções ou, ao menos, novos caminhos para o tratamento adequado do problema. Optou-se pelo estudo do dano moral coletivo, em razão de sua estreita relação com os direitos transindividuais, sobretudo aqueles relacionados aos direitos da personalidade, aos valores e às concepções de uma dada coletividade. Buscou-se, desta forma, analisar um instituto atrelado à tutela coletiva e à

proteção dos trabalhadores e da sociedade em face de condutas discriminatórias praticadas nas relações de trabalho.

Para tanto, no primeiro capítulo foram analisados alguns conceitos advindos do ramo jurídico da responsabilidade civil, como de dano injusto, de dano moral, de dano social, além dos principais aspectos que circunscrevem o dano moral coletivo, em especial, o conceito, a origem e a evolução histórica, a fundamentação legal, a evolução pretoriana quanto ao seu reconhecimento, a prescritibilidade da pretensão reparatória, o tipo de responsabilidade a ser aplicado e os aspectos probatórios. O objetivo, nesta etapa do trabalho, foi situar o leitor acerca das noções elementares dos institutos jurídicos que permeiam o dano moral coletivo.

No segundo capítulo, foram abordados alguns conceitos e categorias relacionados à discriminação e a sua incidência nas relações laborais, especialmente os reflexos de dimensão transindividual. Para melhor elucidação do tema, foram apresentadas, sucintamente, as noções preliminares dos direitos metaindividuais e suas espécies: os direitos difusos, os coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos, e discutidos os fundamentos da utilização da tutela coletiva, seus escopos jurídicos, políticos e sociológicos. Abordou-se, neste capítulo, a dimensão transindividual da discriminação no trabalho e os benefícios da tutela coletiva para solucionar as lides desta natureza.

No terceiro e último capítulo, discutiu-se a reparabilidade do dano moral coletivo decorrente de discriminação nas relações de trabalho. Para tanto, foram apresentadas as principais funções deste tipo de condenação e avaliada sua importância em matéria de discriminação nas relações laborais. Diante da dificuldade central na apuração dos danos morais, de modo a atingir as funções que se esperam neste tipo de condenação, foram analisados alguns temas considerados importantes para a melhor compreensão do assunto, como o instituto do *punitive damages*, o papel do magistrado na liquidação dos danos, a quantificação e a destinação do valor da condenação, além das formas alternativas de reparação diversas da condenação em pecúnia. Por fim, foi abordada a importância da condenação por danos morais coletivos em matéria de discriminação nas relações de trabalho e seus principais benefícios.

CAPÍTULO I: DANO MORAL COLETIVO.

1 - O dano injusto e a responsabilidade civil.

O dano moral coletivo é um instituto jurídico pertencente à responsabilidade civil, ramo este que integra o Direito Civil. Para a melhor compreensão do tema, faz-se necessário apresentar os aspectos basilares de alguns institutos próprios do direito privado, como as noções de dever jurídico e de obrigação, o conceito de responsabilidade civil, além da definição de dano, principalmente a de dano injusto.

Segundo Cavalieri Filho, o principal objetivo da ordem jurídica é tutelar a atividade do homem que se comporta conforme o Direito e reprimir a conduta de quem o contraria; em outros termos, proteger o lícito e reprimir o ilícito. Para tanto, são estabelecidos deveres jurídicos, que podem ser entendidos como as condutas externas impostas pelo Direito Positivo em prol da convivência social¹. O dever jurídico é a contrapartida do direito subjetivo, de caráter genérico, que recai sobre toda a coletividade. Podem ser classificados em absolutos e relativos; no primeiro caso, quando dirigem-se a todos, indistintamente, e no segundo, quando dirigem-se à pessoa ou a pessoas determinadas.

A responsabilidade civil, no sistema do Código Civil brasileiro, divide-se em responsabilidade extracontratual ou aquiliana e responsabilidade contratual ou negocial. Na responsabilidade extracontratual, o dever de indenizar decorre da violação de um dever jurídico geral, negativo, de não causar danos a outrem, consubstanciado pelo Direito Romano através da máxima *neminem laedere* ou *alterum nonm laedere*. Já a responsabilidade contratual decorre do inadimplemento de um negócio jurídico, bilateral ou unilateral, o que demanda a existência de uma vínculo jurídico prévio entre credor e devedor.

Farias e Rosenvald entendem que a responsabilidade civil é uma espécie de obrigação secundária, pois decorre do descumprimento de uma obrigação primária, imposta pela lei ou pela vontade das partes, e que consiste na obrigação de reparar um dano causado a outrem, de natureza moral ou material². Cavalieri Filho, ao revés, afirma que a palavra obrigação consiste em um dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo.

¹ Sérgio Cavalieri Filho. *Programa de responsabilidade civil*, pág. 1.

² Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. *Direito das obrigações*, pág. 109.

Neste sentido, não seria técnico adotar a expressão obrigação secundária, pois isso conduziria a um paradoxo³. Para o autor: "Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário⁴."

O dano, por sua vez, é um dos elementos constitutivos da responsabilidade civil, sem o qual é descabido o dever de indenizar, como se depreende do disposto no art. 944 do Código Civil⁵. Neste ponto, o Direito Civil difere-se do Direito Penal, no qual haverá responsabilidade, em alguns casos, sem que haja efetivo dano. Isto ocorre porque os fundamentos estruturantes de cada um destes ramos do Direito são de naturezas distintas⁶, com finalidades diversas.

Dallegrave Neto, a respeito das diferenças entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, constatou que:

A ordem jurídica tanto pode ser perturbada pelo delito como pela mera ofensa patrimonial. Recompõe-se via indenização, enquanto que a paz social só se restaura pela pena. Enquanto a responsabilidade penal pune o agente culposo do dano social com o fito de restaurar o equilíbrio harmônico idealizado pela sociedade, a responsabilidade civil preocupa-se com a reparação ou compensação do prejuízo da vítima, a qual poderá ser pecuniária, in natura ou mesmo uma carta de retratação, comum nos casos de dano moral. Na responsabilidade penal, a vindita só se aplica quando tipificado e previsto legalmente o crime (*nulla poena sine lege*); na responsabilidade civil o que importa é a presença do prejuízo material ou moral do ofendido⁷.

O dano representa uma lesão a um interesse juridicamente tutelável, seja ele de natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Quando o dano atinge o patrimônio do ofendido suscetível de aferição em dinheiro é denominado dano patrimonial ou material; por outro lado, quando a lesão viola direito geral da personalidade e atinge interesse imaterial, é de natureza extrapatrimonial⁸. Em qualquer das modalidades, para que o dano seja passível de reparação, é necessário que apresente os pressupostos da certeza e da atualidade.

O requisito da certeza significa que o prejuízo deve ser real e previsível, de forma que não será passível de indenização o dano meramente hipotético ou imaginário, tampouco os

³ O art. 389 do Código Civil adota a distinção entre obrigação e responsabilidade, nos seguintes termos: "Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos".

⁴ Sérgio Cavalieri Filho. *Programa de Responsabilidade Civil*, pág. 2.

⁵ Código Civil. Art. 944: "A indenização mede-se pela extensão do dano".

⁶ Para Sérgio Cavalieri: "Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto, o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito". Sérgio Cavalieri Filho. *Programa de responsabilidade civil*, pág. 71.

⁷ José Afonso Dallegrave Neto. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, pág. 80.

⁸ José Afonso Dallegrave Neto. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, pág. 143.

danos eventuais e a expectativa de direito. De acordo com o art. 402 do Código Civil, as perdas e danos do credor abrangem aquilo que ele efetivamente perdeu, além do que razoavelmente deixou de lucrar, salvo as exceções expressamente previstas em lei. É o que a doutrina denominou de dano emergente (*damnum emergens*) e de lucro cessante (*lucrum cessans*), respectivamente.

Entre o dano certo e o dano hipotético existe uma terceira espécie, que a doutrina passou a tratar pela teoria da perda de uma chance. Trata-se de um instituto de origem francesa, que surgiu com a finalidade de tutelar situações em que é frustrada, por ato de terceiro, uma expectativa séria e fundada da vítima, no sentido de obter um benefício ou de evitar uma perda que a ameace⁹. Em regra, esta situação não seria indenizável¹⁰, pois falta-lhe o requisito da certeza, mas a doutrina, em situações excepcionais, defende a possibilidade de indenização, nos casos em que demonstrada grande probabilidade, acima de 50%. Segundo Dallegrave Neto, a expectativa da vítima deve ser legítima e a respectiva frustração há que ser causada por um ato culposo de um agente identificável¹¹.

Já a atualidade diz respeito ao momento da efetivação do dano, ou seja, é o aspecto temporal a influir na constatação do dever de indenizar. Desse modo, somente são passíveis de indenização os danos atuais, assim compreendidos aqueles existentes no momento do ajuizamento da demanda.

Mas não será qualquer dano que terá o condão de gerar o dever de indenizar, apenas aquele qualificado como injusto, entendido como tal a lesão a um bem ou interesse juridicamente protegido, provocada independentemente da vontade do ofendido. Isto porque a vida em sociedade demanda, por parte dos indivíduos, a sujeição a certas situações que lhes sejam prejudiciais, em prol do interesse coletivo. Desse modo, haverá danos que os indivíduos

⁹ Xisto Tiago de Medeiros Neto. *Dano Moral Coletivo*, pág. 36.

¹⁰ Arion Sayão Romita apresenta interessante distinção entre os vocábulos restituição, ressarcimento, reparação e indenização. Segundo o autor, a restituição corresponde à devolução de um objeto, situação esta disciplinada pelo Código de Processo Penal, arts. 119 e 120, e pelo Código Civil, art. 952. Já o ressarcimento é o pagamento pelo dano patrimonial sofrido, o que engloba o dano emergente e o lucro cessante, enquanto a reparação é a compensação por um dano não patrimonial. O ressarcimento e a reparação decorrem da prática de um ato ilícito, o que os distingue da indenização, palavra utilizada para referir-se aos pagamentos que decorrem da prática de um ato lícito, como no caso da desapropriação ou do pagamento efetuado pelo empregador ao empregado na despedida sem justa causa. Entretanto, no presente trabalho optou-se por utilizar estas palavras indistintamente, sem observar-se a distinção apresentada pelo autor. Arion Sayão Romita. *Dano Moral Coletivo*, pág. 80.

¹¹ José Afonso Dallegrave Neto. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, pág. 143.

terão que tolerar, assim como haverá interesses que não serão objeto de tutela pela ordem jurídica.

Costa, ao tratar dos danos à pessoa, lembra que o conceito de dano não é imutável, mas construído, situado, relativo a determinado tempo e lugar. Segundo a autora, o dano deve ser compreendido como uma lesão a um interesse jurídico, que, por sua vez, é aquilo que determinada comunidade, em determinado momento, considera digno de tutela jurídica. Nesse sentido, é possível compreender por que, no século XIX, o Direito Civil preocupava-se principalmente com a proteção do patrimônio material, pois estava permeado com os valores do individualismo e do patrimonialismo, difundidos pela burguesia em ascensão¹². Esta concepção ainda está presente nas codificações atuais, em desalinho com as novas necessidades e transformações sociais. Com este entendimento, o que a autora retrata é exatamente a compreensão do dano injusto como um dado cultural, posto que a seleção dos interesses a serem objeto de proteção pelo ordenamento jurídico cabe a cada sociedade, de acordo com seus valores e necessidades. Por isto, não existe uniformidade, entre as diversas sociedades, quanto ao rol de interesses a serem tutelados, ainda que a comparação seja feita considerando o mesmo momento histórico.

Outra classificação atinente ao tema é a distinção entre responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva. A teoria clássica pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil, por isso é conhecida como teoria subjetiva ou teoria da culpa. Já teoria objetiva parte do pressuposto de que todo dano é indenizável e dispensa o elemento culpa como requisito para sua reparação, bastando a comprovação do dano e do nexo de causalidade.

Na responsabilidade civil extracontratual, em regra, o dever de indenizar emana do ato ilícito (art. 927, caput, do Código Civil), o qual é calcado na ideia central da culpa *lato sensu*. A culpa civilista engloba o dolo e a culpa *stricto sensu*, pois, para fins de ressarcimento, pouco importa o grau de culpa, mas sim a extensão do dano (art. 944 do Código Civil¹³).

¹² Judith Martins Costa. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação in Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto Dell' integrazione e unificazione Dell diritto in Europa e in America Latina*, pág. 158.

¹³ Código Civil, Art. 944: "A indenização mede-se pela extensão do dano".

Entretanto, além do tradicional ato ilícito subjetivo, o atual Código Civil contemplou o instituto do *abuso de direito* como fonte das obrigações, em seu art. (187)¹⁴.

O abuso de direito representa uma modalidade de ato ilícito objetivo, assim considerado porque não ocorre violação formal a uma norma, mas um desvio do agente quanto as suas finalidades sociais (art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro¹⁵), mediante a prática de uma conduta contrária aos limites materiais impostos pelo ordenamento jurídico¹⁶. Sobre o ato ilícito subjetivo e o abuso de direito ou ato ilícito objetivo, Farias e Rosendal apresentam interessante distinção.

Isto é, enquanto o ato ilícito subjetivo é um ato ilegal, pois o infrator viola efetivamente uma regra, no abuso do direito, o agente aparentemente exerce um direito subjetivo de sua titularidade, mas, em verdade, ultrapassa os limites éticos para os quais ele foi concebido pelo ordenamento, ao infringir a sua função social. Não pratica propriamente um ato ilegal, mas antijurídico, pois todo direito é concebido para a realização de uma finalidade socialmente satisfatória, e não para o atendimento de pretensões egoísticas, em detrimento das expectativas coletivas de realização do Direito¹⁷.

Por outro lado, o novo Código Civil, em seu parágrafo único, art. 927, disciplinou as duas hipóteses em que foi adotada a teoria objetiva de forma genérica, a justificar o dever de indenizar por danos causados, independentemente de culpa. Nos termos do dispositivo legal, a responsabilidade objetiva decorre da imposição de uma norma ou da aplicação da teoria do risco. No primeiro caso, estão incluídas, dentre outras, a responsabilidade extracontratual do Estado e de prestadores de serviço público pelos danos causados a terceiros pelos seus agentes (art. 37, § 6º, da Constituição da República de 1988) e a responsabilidade do fornecedor por danos causados ao consumidor (arts. 12 e 13 do Código de Defesa do Consumidor). Há, ademais, outros dispositivos no Código Civil que retratam distintas hipóteses de responsabilidade objetiva, como os arts. 933 e 936, referentes, respectivamente, à responsabilidade objetiva por fato de terceiro e por fato do animal¹⁸.

No que tange ao ressarcimento pelos danos patrimoniais vigora o princípio da *restitutio in integrum*, cujo objetivo é repor a vítima à situação em que se encontrava antes da lesão ao bem jurídico de que é titular. É por isto que a indenização mede-se pela extensão do

¹⁴ Código Civil. 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".

¹⁵ Decreto-Lei 4.657 de 1942. Art. 5º: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

¹⁶ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal. *Direito das Obrigações*, pág. 88.

¹⁷ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal. *Direito das Obrigações*, pág. 88.

¹⁸ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal. *Direito das Obrigações*, pág. 74.

dano, pois do contrário seria a vítima quem suportaria parcela dos prejuízos não indenizados¹⁹. Indenizar ou tornar indene significa reparar o dano o mais completamente possível, o que nem sempre é possível, pois há certos danos que são irreparáveis, como é o caso da maioria dos danos ambientais, em razão da natureza dos bens jurídicos violados. Para tais bens, o princípio da prevenção tem uma importância ainda mais assente.

O ofendido, titular do interesse jurídico violado, pode ser uma pessoa física, uma pessoa jurídica ou mesmo uma coletividade. É a partir do dano que será possível avaliar a natureza do bem jurídico violado, se de índole individual, individual homogêneo, coletivo ou difuso. Isto porque um mesmo fato gerador pode acarretar danos a um ou mais tipos de bem jurídicos, inclusive de titularidades diversas. Portanto, para se perquirir o interesse jurídico violado não basta analisar o fato gerador, mas sobretudo, o resultado danoso. E a partir do dano será possível identificar o titular do bem jurídico que sofreu a lesão.

Neste sentido, observa Melo que:

O dano material ou moral pode atingir um bem individualmente considerado ou de natureza coletiva, nesse último caso, os chamados direitos metaindividuais. Esse entendimento decorre do quanto disposto nos incisos V e X do art. 5º da Constituição (que não distinguem entre dano individual e coletivo), na Lei 7.347/85 (art. 1º), no CDC (art. 6º, incisos VI e VII), que expressamente reconhecem os danos coletivos e difusos, entre outras normas legais que serão oportunamente analisadas. Além do mais, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição diz que a "Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", não fazendo qualquer restrição ao tipo de direito a ser protegido, como o fez a Constituição anterior, que, no art. 153, §4º, se referia expressamente a "direito individual"²⁰.

Em síntese, um dano a um bem jurídico pode afetar simultaneamente diversos valores tutelados, como é o caso do dano ambiental, que além da violação ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, atinge também a sadia qualidade de vida, tanto da população atual como das futuras gerações. O mesmo ocorre com as condutas de cunho discriminatório, mesmo que direcionadas a um só indivíduo, e de forma ainda mais clara e perceptível, nas situações em que o trabalhador é submetido a trabalho em condição análoga a de escravo ou a tratamento degradante. Em todos estes casos, o valor da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho são diretamente afetados, em razão da gravidade das condutas perpetradas.

¹⁹ Sergio Cavalieri Filho. *Programa de responsabilidade civil*, pág. 106.

²⁰ Raimundo Simão de Melo. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador*, pág. 197.

Por fim, Medeiros Neto elencou quatro requisitos por ele considerados essenciais para a caracterização do dano passível de reparação. Segundo o autor, a lesão há de ser injusta, assim entendida aquela que atinja um interesse jurídico, patrimonial ou moral, do qual seja titular uma pessoa física, jurídica ou uma coletividade. O segundo elemento é a certeza da lesão, o que está relacionado a sua realidade ou previsibilidade. Outro pressuposto é a necessária relação de causa e efeito entre a conduta antijurídica e o dano ocorrido. Por fim, o autor aponta a ausência de causas excludentes de responsabilidade²¹.

2 - O dano moral.

No século XX, o Direito mudou de perspectiva, a partir das inúmeras transformações ocorridas principalmente após a segunda guerra mundial, que deram origem a uma reação em massa contra o nazismo e outras manifestações do totalitarismo. A partir de então, a ideia de dignidade tornou-se o centro da atenção dos ordenamentos jurídicos e o homem, em sua singularidade, passou a ser o principal objeto de proteção. Neste novo cenário, foi preciso fazer uma releitura do Direito Civil e de seus institutos, de forma a conferir um papel proeminente aos princípios constitucionais, em especial, o da dignidade da pessoa humana, o que acarretou a reformulação da responsabilidade civil e da noção de dano²².

A respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, é relevante destacar sua importância, sobretudo no tocante ao reconhecimento do dano moral. Isto porque este princípio tornou-se o eixo central do ordenamento jurídico brasileiro e o fio condutor para a elaboração e a interpretação de todas as normas jurídicas. Sarlet, não obstante reconhecer a dificuldade em conceituar a dignidade da pessoa humana, por envolver elementos vagos, imprecisos e de natureza polissêmica, propôs a seguinte definição:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e

²¹ Dentre as causas excludentes de responsabilidade, Xisto Tiago de Medeiros Neto apresenta a culpa exclusiva da vítima, a culpa de terceiro, a força maior, o caso fortuito, a legítima defesa, o exercício regular de um direito reconhecido e o estado de necessidade (art. 393, parágrafo único, e art. 188 do Código Civil de 2002). Xisto Tiago de Medeiros Neto. *Dano Moral Coletivo*, pág. 39.

²² "Assentada sobre o postulado da dignidade da pessoa humana, a responsabilidade civil somente poderá cumprir seu papel a partir da compreensão do que é ser pessoa e de quais valores lhe são inerentes para que assim possa protegê-los. Para que essa compreensão se concretize, mostra-se imprescindível o exame do fenômeno jurídico, em sua realidade fática, à luz de sua dimensão histórico-cultural". Roger Silva Aguiar. *Responsabilidade civil. A Culpa, o Risco e o Medo*, pág. 20

consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida²³.

Observa-se, neste sentido, que os valores que reinam em dado momento histórico refletem e orientam a construção do ordenamento jurídico e o reconhecimento de seus institutos basilares. Foi isto o que ocorreu com o dano moral, o qual, inicialmente, foi negado pela doutrina e hoje é amplamente aceito e adotado pelos Tribunais, embora em relação à pessoa jurídica ainda persista certo dissenso e resistência por parcela dos operadores do Direito, mesmo após a edição da súmula 227 do STJ, que expressamente afirma a possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral²⁴. O próprio conceito de dano moral sofreu mutações e deixou de ser atrelado à dor, à angústia, ao sofrimento, para ser relacionado aos direitos da personalidade e aos interesses extrapatrimoniais, em um movimento natural do Direito de acompanhar as transformações sociais, embora não necessariamente no mesmo ritmo.

Entretanto, convém ressaltar que nem todos os direitos da personalidade estão atrelados à dignidade humana, como é o caso dos direitos à imagem, ao bom nome, à reputação, assim como dos direitos autorais, dentre outros. Sobre o tema, encontram-se na doutrina e na jurisprudência as diferenciações entre danos morais subjetivos e danos morais objetivos ou ainda entre danos morais diretos e danos morais indiretos, classificações estas criadas com o escopo de distinguir os danos que afetam os interesses mais intimamente ligados à esfera da subjetividade do indivíduo daqueles que atingem a repercussão social dos direitos da personalidade²⁵.

Farias e Rosenvald observam que a expressão dano moral pode ser utilizada em duas acepções, em um sentido mais amplo ou em outro mais estrito. Para eles, o dano moral *lato sensu* corresponde a uma lesão a um direito da personalidade, considerado, dessa forma, como sinônimo de direito extrapatrimonial. Em sentido estrito, o dano moral é entendido como subespécie de dano à pessoa, ou seja, um dano anímico, de caráter subjetivo, que atinge o

²³ Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, pág. 76.

²⁴ Súmula 227 do STJ: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

²⁵ Judith Martins Costa. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação in Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto Dell' integrazione e unificazione Dell diritto in Europa e in America Latina*, pág. 168.

espírito e os sentimentos pessoais, o que exclui os danos corporais ou biológicos, por terem natureza objetiva²⁶. No mesmo sentido, encontra-se na doutrina a distinção entre honra subjetiva, relacionada à dignidade, ao decoro e à autoestima, atributos exclusivos do ser humano, e honra objetiva, relativa à reputação, ao bom nome e à imagem perante à sociedade, comum às pessoas naturais e às pessoas jurídicas²⁷. Por fim, o próprio Código Civil, em seu art. 52, assentou o entendimento de que determinados direitos da personalidade são extensíveis às pessoas jurídicas, naquilo que couber²⁸.

Com base nestes dados, é possível constatar que determinadas lesões a direitos da personalidade importam em danos morais, embora sem o condão de atingir a esfera da dignidade humana. Aliás, é isto o que justifica a condenação por danos morais a favor da pessoa jurídica, assim como em benefício da coletividade vítima de dano a interesses de natureza transindividual, seja ele de ordem difusa ou coletiva em sentido estrito. Portanto, é este aspecto objetivo dos direitos da personalidade o que justifica a existência do dano moral coletivo.

Cavaliere Filho, ao acolher a tese de que os danos morais representam lesões aos direitos da personalidade, faz interessante observação a respeito do tema:

Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. É a dignidade humana, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral. Essa constatação, por si só, evidencia que o dano moral não se confunde com o dano material; tem existência própria e autônoma, de modo a exigir tutela jurídica independente²⁹.

No Brasil, utiliza-se a expressão dano moral para designar qualquer espécie de dano extrapatrimonial, enquanto outros países utilizam palavras distintas, como dano à pessoa, na Itália, e dano extrapatrimonial, na Alemanha. O termo dano moral não seria o mais apropriado, por ter conotação restritiva e ser equivocadamente atrelado à noção de dor, angústia e moral; porém, como seu emprego já está legitimado pelo uso, a doutrina optou por mantê-lo. Por muito tempo foi o uso desta expressão que gerou diversas controvérsias doutrinárias e impossibilitou a indenizabilidade dos danos extrapatrimoniais, pois em uma

²⁶ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal. *Direito das Obrigações*, pág. 447.

²⁷ Sergio Cavaliere Filho. *Programa de Responsabilidade Civil*, pág. 92.

²⁸ Código Civil. Art. 52: "Aplica-se, às pessoas jurídicas, no que couber, os direitos da personalidade".

²⁹ Sergio Cavaliere Filho. *Programa de Responsabilidade Civil*, pág. 77.

interpretação restrita, meramente gramatical, era inconcebível que valores morais e a dor fossem objeto de reparação pecuniária.

O termo dano à pessoa é amplamente utilizado pela doutrina italiana e constitui uma *fattispecie* em construção. Esta modalidade de dano comporta um modelo aberto, cujo conteúdo é preenchido pela jurisprudência, sendo, portanto, variável no tempo e no espaço. No Brasil, o conceito de pessoa foi reconstruído pelo Direito Civil sob a ótica da proteção jurídica necessária, sendo considerado como o valor fonte que anima e justifica a própria existência do ordenamento jurídico. Entre nós, os danos à pessoa constituem uma espécie de danos morais, que abarcam outras classificações. A falta de uniformidade das denominações pelos variados países gera confusão conceitual e dificulta a perfeita apreensão do instituto no mundo jurídico³⁰.

Foi lenta a evolução pretoriana no reconhecimento do dano moral e somente com o advento da Constituição da República de 1988 que os danos à pessoa foram amplamente aceitos, por expressa menção no art. 5º, V e X³¹. Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, VI e VII, dispôs no mesmo sentido. O STJ, inclusive, pacificou a discussão acerca da cumulabilidade da condenação por danos patrimoniais e por danos morais, quando oriundos do mesmo fato, no enunciado da Súmula (37)³². Em 2002, com a edição do novo Código Civil, foi feita alusão ao dano moral e à pretensão ressarcitória do ofendido em juízo⁽³³⁾³⁴. Portanto, hoje é pacífico o reconhecimento do dano moral e a possibilidade de cumulação com o dano material.

Ultrapassada esta fase de reconhecimento do dano moral, inclusive a dúvida sobre a possibilidade de sua cumulação com o dano material, a discussão agora desloca-se para a questão probatória, diante da própria natureza dos direitos violados. Para Melo, no caso dos danos morais: "O que se prova são os fatos que dão ensejo ao ato lesivo decorrente da conduta

³⁰ Judith Martins Costa. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação in Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto Dell' integrazione e unificazione Dell diritto in Europa e in America Latina*, pág. 166.

³¹ Constituição da República. Art. 5º, V: "É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem". Art. 5º, X: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

³² Súmula 37 do STJ: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".

³³ Código Civil. 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".

³⁴ Código Civil. art. 927: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

irregular do ofensor³⁵". Do mesmo modo, Cavalieri Filho afirma que o dano moral existe *in re ipsa*, isto é, decorre da própria gravidade da conduta, por uma presunção natural, uma presunção *hominis ou facti*, decorrente das regras da experiência comum³⁶. No mesmo sentido, Farias e Rosendal observam que para a caracterização dos danos não patrimoniais ou morais não há necessidade de comprovação da dor, sofrimento, humilhação, vexame ou qualquer outro sentimento negativo. Isto porque o dano moral configura-se pela simples e objetiva violação a um direito da personalidade³⁷.

Outra questão também controversa sobre o tema é a etapa da liquidação ou arbitramento dos danos morais, pois como o instituto tem natureza diversa, este tipo de condenação não se pauta nos mesmos postulados aplicados aos danos materiais, tais como o princípio da *restitutio in integrum*, a noção de retorno ao *status quo* e a ideia de equivalência. Inicialmente, esta diferença foi o principal argumento para a negação da condenação por danos morais. Entendia-se que era impossível calcular a dor, o sofrimento e os atributos de uma pessoa, pois utilizavam-se os mesmos pressupostos dos já conhecidos danos patrimoniais.

Foi preciso reconhecer a distinção entre os dois institutos para perceber a necessidade de ser adotada nova fundamentação para a reparação dos danos extrapatrimoniais. Embora não seja pacífico, hoje, parcela da doutrina atribui à condenação por danos morais as funções de compensação da vítima pela lesão sofrida, de punição do ofensor pela prática da conduta lesiva a interesse jurídico alheio e de desestímulo a novas agressões aos bens jurídicos tutelados pelo Direito³⁸, bens estes de importância ainda maior que os patrimoniais, posto que integrantes dos direitos da personalidade. É com base nestas funções que o magistrado pode se pautar para realizar a liquidação dos danos morais.

Para Cavalieri Filho o arbitramento judicial é o meio mais eficaz para se fixar o dano moral, realizado de acordo com o prudente arbítrio do juiz, observadas a repercussão do dano e a capacidade econômica do ofensor. Para o autor, esta atividade há de ser realizada com prudência e bom-senso, de modo a não se tornar injusto e insuportável ao ofensor e, por consequência, não comprometer a imagem do Judiciário. Para tanto, o julgador deve se pautar nos princípios da vedação ao enriquecimento sem causa e da lógica do razoável.

³⁵ Raimundo Simão de Melo. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador*, pág. 394.

³⁶ Sergio Cavalieri Filho. *Programa de Responsabilidade Civil*, pág. 83.

³⁷ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal. *Direito Civil. Teoria Geral*, pág. 161.

³⁸ Xisto Tiago de Medeiros Neto. *Dano Moral Coletivo*, pág. 91.

Analisa, ademais, que após a Constituição de 1988, não mais podem ser utilizados limites legais pré-fixados, tais como aqueles previstos na antiga Lei de Imprensa³⁹ e no Código Brasileiro de Telecomunicações⁴⁰. Este entendimento encontra-se sumulado no verbete nº 281 do STJ⁴¹.

Medeiros Neto vislumbra a possibilidade de serem adotadas outras formas de compensação, além da clássica condenação em pecúnia. Relembra o autor que no dano moral, como regra, é impossível obter-se uma reparação integral, com vistas ao retorno ao *status quo*, em razão da lesão atingir bens jurídicos não palpáveis, de caráter subjetivo. Como o dinheiro não tem a capacidade de anular a ofensa ao bem jurídico extrapatrimonial, é possível que em alguns casos a liquidação dos danos seja feita por outros meios que gerem ainda maior satisfação ao credor. No caso de dano à honra, por exemplo, a retratação pública do ofensor pode ter um efeito mais satisfatório à vítima, assim como a contrapropaganda, em caso de publicidade enganosa ou abusiva. Do mesmo modo, a republicação de material com a indicação do nome do autor da obra, nas situações de danos aos direitos autorais. Tudo dependerá do caso concreto, sendo possível, inclusive, cumular as duas formas de reparação, desde que arbitrada de maneira razoável e condizente com a extensão do dano⁴².

Muito se discute sobre a possibilidade de uma condenação de índole punitiva no âmbito do Direito Civil. Cavalieri Filho defende que a indenização punitiva deve ser aplicada quando o comportamento do causador do dano revelar-se particularmente reprovável, nos casos em que o ofensor agir com dolo ou culpa grave ou, independentemente da subjetividade da conduta, quando o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta⁴³. Trata-se de quebra de um paradigma da responsabilidade civil, de que ela se presta basicamente à função de índole indenizatória, não punitiva, ao contrário do Direito Penal. Esta questão será melhor abordada no tópico destinado à análise das funções da condenação por danos morais coletivos.

³⁹ A Lei nº 5.250, de 1967, foi declarada não recepcionada pela Constituição de 1988 por decisão do STF, em 30 de abril de 2009, a partir da Declaração de Descumprimento de Preceitos Fundamentais nº 130.

⁴⁰ Sergio Cavalieri Filho. *Programa de Responsabilidade Civil*, pág. 89.

⁴¹ Súmula 281 do STJ: "A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa".

⁴² Xisto Tiago de Medeiros Neto. *Dano Moral Coletivo*, págs. 91-92.

⁴³ Sergio Cavalieri Filho. *Programa de Responsabilidade Civil*, pág. 91.

3 - Conceito de dano moral coletivo.

Não existe um conceito legal ou doutrinário uníssono de dano moral coletivo. Há na doutrina conceitos variados e propostas bastante divergentes, inclusive com relação ao nome do instituto. Desse modo, para a melhor compreensão do tema, serão aqui apresentadas algumas definições elaboradas por estudiosos do assunto e duas decisões do STJ, por envolverem diretamente a aplicação do instituto.

Para Saraiva, a partir do conceito de dano moral individual classicamente reconhecido pela doutrina pode-se chegar ao de dano moral coletivo. Neste sentido, considerado o dano moral como a violação a um direito da personalidade, o dano moral coletivo nada mais é que a violação transindividual desses mesmos direitos. Segundo o autor:

O dano moral coletivo, portanto, desponta como a violação transindividual dos direitos da personalidade. Se o particular sofre uma dor psíquica ou passa por uma situação vexatória, a coletividade, vítima de dano moral, sofre de despreço, intranquilidade, insegurança, descrença em relação ao poder público e à ordem jurídica⁴⁴.

Romita, por sua vez, apresenta a seguinte definição:

Pode-se, então, entender por dano moral coletivo aquele que decorre da violação de direitos de certa coletividade ou a ofensa de valores próprios dessa mesma coletividade, como sucede, por exemplo, com a crença religiosa, o sentimento de solidariedade que vincula os respectivos membros, a repulsa contra atos de discriminação contra membros da coletividade ou do próprio grupo, como tal⁴⁵.

Para Melo “Dano moral coletivo é a lesão significativa, com reflexo e prejuízo na esfera de valores coletivos socialmente concebidos e protegidos juridicamente⁴⁶.”

Dallegre Neto define o instituto nos seguintes termos:

Considerando que para nós o conceito de dano moral é aquele se caracteriza pela simples violação de um direito de personalidade, o chamado de dano moral coletivo é aquele que decorre da ofensa do patrimônio imaterial de uma coletividade, ou seja, exsurge da ocorrência de um fato grave capaz de lesar o direito de personalidade de um grupo, classe ou comunidade de pessoas e, por conseguinte, de toda a sociedade em potencial⁴⁷.

Santos, por sua vez, afirma que:

⁴⁴ Renato Saraiva. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, pág. 687.

⁴⁵ Arion Sayão Romita. *Dano Moral Coletivo*, pág. 84.

⁴⁶ Raimundo Simão de Melo. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador*, pág. 329.

⁴⁷ José Afonso Dallegre Neto. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, pág. 156.

O dano moral coletivo pode ser verificado em qualquer abalo no patrimônio moral de uma coletividade, a merecer algum tipo de reparação à violação a direitos difusos, coletivos ou eventualmente individuais homogêneos, tendo surgido em face dos novos interesses e direitos da sociedade moderna de massa, que exige uma efetiva tutela jurídica a direitos moleculares⁴⁸.

Entretanto, observa Melo que para a configuração do dano moral coletivo é necessária a ocorrência de um fato que cause repulsa coletiva, que gere no meio social uma sensação de indignação ou opressão, que o dano seja irreversível ou de difícil reparação e que provoque consequências históricas para a sociedade. O fato danoso deve ser de tal importância que possa acarretar um rompimento do equilíbrio social, cultural ou patrimonial, de forma a afetar o sentimento de respeito que a sociedade tem por certos valores.⁴⁹

Diante disto, percebe-se que não será qualquer lesão que dará ensejo à condenação por danos morais coletivos, sob pena de se esvaziar o fundamento de sua existência. Este instituto deve ser utilizado com o escopo de tutelar os valores mais elementares de uma comunidade, os quais, quando constantemente violados, geram uma sensação de desamparo, desconfiança, desalento e insegurança na coletividade. Caberá ao magistrado analisar, caso a caso, a natureza do bem jurídico violado, o caráter da norma descumprida, a gravidade da conduta e, principalmente, as consequências que o dano pode gerar no meio em que perpetrado. A decisão abaixo, do STJ, segue esta diretriz.

RECURSO ESPECIAL - DANO MORAL COLETIVO - CABIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - REQUISITOS - RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL - OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO - EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO - MEDIDA DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO PROPORCIONAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente.

II - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie.

III - Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores.

⁴⁸ José dos Santos Carvalho Filho. *Ação Civil Pública. Comentários por artigo (Lei nº. 7.347, de 24/7/85)*, pág. 100.

⁴⁹ Raimundo Simão de Melo. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador*, págs. 331-332.

IV - Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

V - Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea "c" quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados.

VI - Recurso especial improvido.⁵⁰

Segundo Medeiros Neto,

O dano moral coletivo corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade, considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões (grupos, classes ou categorias de pessoas), os quais se distinguem pela natureza extrapatrimonial e por refletir valores e bens fundamentais tutelados pelo sistema jurídico⁵¹.

Observa-se, segundo esta definição, que o dano moral coletivo não está atrelado à noção de dor, angústia ou qualquer espécie de sentimento, e que sua configuração demanda a análise de elementos puramente objetivos. Isto decorre do novo enfoque que é dado ao dano moral, considerado como uma lesão a direitos de natureza extrapatrimonial. Neste sentido, veja-se a decisão abaixo do STJ.

ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - DANO MORAL COLETIVO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO – LEI 10.741/2003.

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.

3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade.

4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo.

5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatórias e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão.

6. Recurso especial parcialmente provido⁵².

⁵⁰ Processo: Resp 12211756/RJ. Data de julgamento: 02/02/2012. Relator: Ministro Massami Uyeda. 3ª Turma do STJ. Data de Publicação: DJE 10/12/2012.

⁵¹ Xisto Tiago de Medeiros Neto. *Dano Moral Coletivo*, pág. 171.

⁵² Processo: Resp 1057274/RS. Data de Julgamento: 01/12/2009. Relatora Ministra: Eliana Calmon. 2ª Turma do STJ. Data da Publicação: DJE 26/02/2010.

A partir dos conceitos apresentados pela doutrina é possível elencar como pressupostos para a configuração do dano moral coletivo os seguintes elementos: 1) conduta antijurídica comissiva ou omissiva, 2) praticada por pessoa física ou jurídica, inclusive ente da Administração Pública, 3) que provoque ofensa grave e intolerável a interesses jurídicos fundamentais, de natureza extrapatrimonial, titularizados por uma coletividade (categoria, classe de pessoas ou mesmo toda a coletividade), 4) e que haja nexos causal entre a conduta e o dano.⁵³

Martinez observa que há, na jurisprudência, evidente confusão entre o dano moral coletivo e o dano moral difuso, pois genericamente é utilizada a primeira expressão para identificar os danos que atingem as três espécies de direitos transindividuais: os direitos individuais homogêneos, os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos difusos. Segundo o autor, o ideal seria adotar a expressão dano moral transindividual para evitar discussões desnecessárias a respeito da natureza jurídica do direito violado⁵⁴.

Segundo o autor, o dano moral difuso é o resultado de um ato de violência contra o patrimônio imaterial indivisível, círculo de valores transindividuais, de titulares indeterminados, ou seja, sujeitos unidos entre si por uma situação meramente fática e não por uma relação jurídica base. Já o dano moral coletivo é o resultado do ato de violência contra o patrimônio imaterial indivisível de uma específica coletividade, que pode ser um determinado grupo, categoria ou classe de pessoas, claramente determinadas e ligadas por uma relação jurídica base formada entre si ou com a parte contrária. Desta forma, percebe-se que a indivisibilidade do bem jurídico violado é um dado comum entre os dois tipos de dano transindividual e que a indeterminação dos titulares é o mais importante elemento diferenciador⁵⁵.

O dano moral difuso é dirigido a toda a sociedade, não sendo possível especificar as pessoas por ele atingidas. Um exemplo deste tipo de dano nas relações de trabalho ocorre quando uma empresa divulga, através dos meios de comunicação, a abertura de processo seletivo com a ressalva de que dele estão expressamente excluídas as mulheres, por apresentarem suposta instabilidade emocional que lhes seria peculiar. Este tipo de conduta

⁵³ Xisto Tiago de Medeiros Neto. *Dano moral coletivo*, pág. 168.

⁵⁴ Luciano Martinez. *O dano moral social no âmbito trabalhista*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, v. 6, n. 2, págs. 553-572. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 17/01/2013.

⁵⁵ Luciano Martinez. *O dano moral social no âmbito trabalhista*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, v. 6, n. 2, págs. 559-560. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 17/01/2013.

viola valores basilares da sociedade, sobretudo o princípio da igualdade e o da não discriminação. Comportamentos deste tipo são responsáveis por perpetuar valores que conduzem à criação de estereótipos e preconceitos e, por conseguinte, a práticas discriminatórias.

No âmbito das relações de trabalho, pode-se constatar a ocorrência de um dano moral coletivo em sentido estrito, por exemplo, quando a honra ou a imagem objetivas de uma determinada categoria profissional for abalada por meio de publicações, nas quais seja taxada de desonesta ou descomprometida. Do mesmo modo, ocorre este tipo de dano quando, no ambiente laboral, for praticado o assédio organizacional ou a retenção dolosa e vexatória de salários. Nestas situações, os valores violados do grupo, classe ou categoria têm identidade própria, que não se confundem com os valores individuais de cada uma das pessoas dele integrantes⁵⁶.

A discriminação no trabalho gera como consequência danos que afetam não apenas as pessoas imediatamente envolvidas, mas também os demais trabalhadores do ambiente laboral, a classe profissional afetada, a família da vítima imediata, assim como toda a sociedade. Portanto, esta prática pode dar ensejo a danos transindividuais das três órbitas, o que inclui os direitos difusos, os coletivos e, eventualmente, os individuais homogêneos.

Martinez observa que o conceito de círculo de valores transindividuais é de fundamental importância para a identificação do bem jurídico violado e que propicia a ocorrência de danos de natureza transindividual. O autor sintetiza bem o que fora exposto até aqui, cujas palavras merecem transcrição:

Valor é uma referência criadora de atributos para os quais se oferecem significados especiais. Eles servem fundamentalmente para permitir correlações e, conseqüentemente, para criar dados identificadores. Se alguém fala de seus valores, fala de seus referenciais, daquilo que lhe serviu de marco para a construção do caráter e da personalidade. Os valores, entretanto, não apenas constroem o caráter dos indivíduos; eles produzem particularidades que podem ser imputadas a determinadas associações de indivíduos ou até mesmo a sociedades. Quando se discute, portanto, sobre valores transindividuais, tenta-se, numa difícil missão, decifrar os referenciais que marcam uma coletividade, que influenciam as comunidades e que as fazem distintas umas das outras. Os valores são, portanto, de fundamental importância na explicação do comportamento das pessoas, sendo eles orientadores de escolhas e de atitudes humanas. Quando um ato fere esses valores transindividuais, ele pode atingir, a depender da escala de concentração de titulares ofendidos, um grupo, uma categoria, uma classe ou toda uma sociedade. A depender

⁵⁶ Os exemplos foram citados pelo jurista Luciano Martinez, em sua obra: Luciano Martinez. *O dano moral social no âmbito trabalhista*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, v. 6, n. 2, págs. 553-572. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 17/01/2013.

do grau de incidência deste dano e da identificação ou não dos sujeitos lesados, pode-se dizer existente um dano moral coletivo ou difuso, conforme anteriormente mencionado⁵⁷.

Embora a denominação apresentada por Martinez seja a mais clara e aparentemente correta para retratar o instituto ora abordado, "dano moral transindividual"⁵⁸, optou-se por manter neste trabalho a expressão dano moral coletivo, apenas com a finalidade de evitar ainda mais controvérsias sobre o assunto, tendo em vista que esta expressão já está consolidada no meio acadêmico e jurisprudencial.

4 - Origem e evolução histórica.

É inerente ao Direito certa flexibilidade para adaptar-se às constantes transformações da sociedade. O Direito é eminentemente social, cultural, fruto da sociedade em que é concebido, por isso seus institutos devem ser continuamente revistos e atualizados para que seja possível acompanhar o surgimento de novos fenômenos que dão origem a modernos interesses e relações sociais. Este é o caso do dano moral coletivo, instituto que ainda precisa ser reconhecido e incorporado definitivamente ao ordenamento jurídico, em decorrência do atual estágio de desenvolvimento social, cuja marca é a da sociedade de massa, industrialmente desenvolvida, na qual eclodem os conflitos de massa e ganham destaque os corpos intermediários⁵⁹.

Para Lenza, a revolução industrial foi o principal movimento responsável pela evidenciação dos direitos transindividuais. Este movimento deu origem a outro tipo de revolução, de caráter social, que ocorreu a partir da mudança do sistema doméstico para o fabril e provocou verdadeira metamorfose da sociedade. Neste contexto, surgiram novos atores sociais, como os grupos, a massa e diferentes corpos intermediários. Foi o movimento sindical, nos idos do século XIX, um dos grandes responsáveis pela ploriferação dos corpos intermediários, entidades que se situam entre o indivíduo e o Estado, que podem se manifestar

⁵⁷ Luciano Martinez. *O dano moral social no âmbito trabalhista*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, v. 6, n. 2, págs. 562-563. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 17/01/2013.

⁵⁸ Luciano Martinez. *O dano moral social no âmbito trabalhista*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, v. 6, n. 2, págs. 559. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 17/01/2013.

⁵⁹ Segundo Pedro Lenza: "A profunda transformação estrutural da sociedade e do Estado, inevitavelmente, atinge a ciência jurídica. O direito, entendido aqui em sua significação mais extensa possível, adequa-se à metamorfose social e não o contrário. A transformação antecipa-se. O direito busca acompanhá-la e jurisdicionalizá-la, moldando-se à nova realidade". Pedro Lenza. *Teoria geral da ação civil pública*, pág. 29.

sob formas variadas, como cooperativas, fundações, sociedades religiosas ou empresariais, partidos políticos, dentre muitas outras⁶⁰. Vale lembrar que o próprio sindicato é também um corpo intermediário⁶¹.

Porém, o interesse da doutrina sobre o tema aconteceu um pouco mais tarde, apenas no século XX. Na Itália, considerada o berço do direito coletivo, duas obras vanguardistas já trataram do assunto. A primeira, em 1911, de autoria de Emilio Bonaudi, intitulada "*La tutela degli interessi collettivi*", e a segunda, em 1912, de Ugo Ferroni, na obra "*Il processo civile moderno: fondamento, progresso e avvenire*", no qual abordou o assunto no texto "*Le azioni di interesse generale e la tutela degli interessi collettivi*"⁶².

Entretanto, foi apenas na década de setenta que os estudos sobre os direitos transindividuais intensificaram-se, a partir dos trabalhos apresentados por Cappelletti e por outros autores italianos nos congressos realizados nas cidades de Pavia, em 1974, e de Palermo, em 1975. O interesse pelo tema foi de certo modo impulsionado pela decisão proferida pelo Conselho de Estado italiano, em 1973, na qual foi reconhecida legitimidade à associação ambientalista Italia Nostra, quebrando o paradigma de que somente os interesses individuais eram passíveis de tutela jurídica. Este foi considerado o grande precedente no reconhecimento dos direitos difusos⁶³.

Já naquele momento percebeu-se a necessidade de superar-se a clássica dicotomia entre interesses públicos e privados, diante das novas relações que se apresentavam, como as que envolviam o consumidor e o meio ambiente. Tais direitos não se enquadram no ramo do direito público, tampouco no do direito privado, pois pertencem a todos e a ninguém ao mesmo tempo. Para alguns doutrinadores, a expressão direito público pode ser usada em duas acepções, tanto para aludir ao interesse do Estado enquanto pessoa jurídica, como também para retratar o interesse coletivo. Outros autores, ao revés, defendem a adoção de palavra específica para designar a existência de três ordens distintas de interesse, dentre as quais

⁶⁰ Pedro Lenza. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*, pág. 36-39.

⁶¹ Importante ressaltar que na história da humanidade diversos foram os corpos intermediários, cada qual relevante no momento vivido. Não obstante, o século XIX até os dias atuais destaca-se pelo surgimento de novas entidades situadas entre o indivíduo e o Estado e principalmente pelo expressivo número de grupos e por sua variedade, em razão do movimento da revolução industrial.

⁶² Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, pág. 93-94.

⁶³ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, pág. 95.

destacam-se as expressões interesses sociais, interesses coletivos e interesses metaindividuais⁶⁴.

Portanto, é relativamente recente no âmbito do Direito a preocupação com os direitos metaindividuais, sobretudo com a sua tutela jurídica e com os mecanismos processuais correlatos⁶⁵. É neste contexto que se apresenta o dano moral coletivo, instituto novo, fruto das recentes transformações sociais, ainda em processo de aceitação e sedimentação no campo doutrinário e jurisprudencial.

5 - Fundamento legal.

Seria possível já se falar em dano moral coletivo desde o advento da Ação Popular, instituída pela lei 4.717 em 1965, cujo objeto inicialmente estava circunscrito à tutela do patrimônio público e foi posteriormente ampliado para abarcar também a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural⁶⁶. Portanto, mesmo antes da Constituição da República de 1988 já havia fundamentação legal para a adoção do dano moral coletivo, o que pode ser corroborado pelos artigos 76, 159 e 1.553 do Código Civil de 1916. Entretanto, como sequer a aceitabilidade do dano moral individual estava consolidada na jurisprudência, era inviável pensar, naquele momento, no reconhecimento do dano moral coletivo⁶⁷.

A lei que disciplina a Ação Civil Pública, quando editada em 1985, limitava-se à proteção do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio público, e não fazia menção específica ao dano moral, apenas referia-se genericamente à reparação por perdas e danos. Em 1988, a Constituição da República ampliou o objeto desta ação para abarcar todo e qualquer interesse difuso ou coletivo, mas a alteração legislativa somente ocorreu em 1990, por expressa previsão no art. 110 da lei 8.078 de (1990)⁶⁸, o Código de Defesa do Consumidor. E

⁶⁴ Pedro Lenza. Teoria Geral da Ação Civil Pública, pág. 43.

⁶⁵ Enoque Ribeiro dos Santos. *O Microssistema de Tutela Coletiva. Parceirização Trabalhista*, págs. 27-28.

⁶⁶ Ampliação introduzida pela lei 6.513 de 1977.

⁶⁷ Xisto Tiago de Medeiros Neto. *Dano Moral Coletivo*, págs. 170-171.

⁶⁸ CDC. Art. 110: "Acrescente-se o seguinte inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de Julho de 1965: IV: a qualquer outro interesse difuso ou coletivo."

foi apenas em 1994, por meio da lei (8.884)⁶⁹, conhecida como lei antitruste, que o caput do art. 1º da lei 7.347 de 1985 foi alterado para incluir as expressões danos morais e patrimoniais⁷⁰.

No plano constitucional, foi somente com o advento da Constituição da República de 1988 que o dano moral foi explicitamente tratado, como se observa no art. 5º, V e X⁷¹. Ademais, os direitos transindividuais e os instrumentos processuais aptos a sua tutela foram reconhecidos em variados dispositivos, dentre os quais o art. 5º, LXX e LXIII, e os artigos 6º, 7º, 129, III, 194, 196, 205, 215, 220, 225 e 227. Observa Carvalho Filho que a Constituição anterior não fazia expressa menção aos direitos metaindividuais, mas previa a tutela de diversas espécies de direito sem especificar se seriam individuais ou transindividuais, o que já possibilitava extrair sem dificuldade a viabilidade desta última categoria. Ademais, reconhece o autor que a Carta já admitia, embora timidamente, a proteção aos direitos inerentes à coletividade, ao incluir dentre os direitos fundamentais a ação popular⁷².

No plano infraconstitucional, o Código de Defesa do Consumidor, instituído pela lei 8.078, em 1990, explicitamente elencou como direito básico do consumidor a efetiva proteção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, e o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados (arts. 6º, VI e VII⁷³). Ademais, no parágrafo único, do art. 2º equiparou a consumidor à coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, o que sedimentou a possibilidade jurídica dos entes despersonalizados serem titulares de direitos ou ao menos de interesses juridicamente tutelados.

Ainda na esteira da proteção legislativa aos interesses transindividuais, podem ser citadas a lei complementar n.º 75 de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), a lei 8.625 de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados) e a lei 12.529 de 2011,

⁶⁹ A maioria dos dispositivos da lei 8.884 de 1994 foi revogada pela lei 11.529 de 2012, que estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência. A nova lei, em seu art. 117, novamente alterou a redação do art. 1º e de seu inciso V da lei 7.340 de 1985.

⁷⁰ Lei 7.347 de 1985. Art. 1º: "Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da Ação Popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados".

⁷¹ Constituição da República. Art. 5º, 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 à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

⁷² José dos Santos Carvalho Filho. *Ação Civil Pública. Comentários por artigo*, pág. 6.

⁷³ Lei 8.078 de 1990. Art. 6º: "São direitos básicos do consumidor: VI: a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos".

nova lei antitruste, que no parágrafo único, do art. 1^o expressamente dispõe ser a coletividade titular dos bens jurídicos por ela protegidos. Percebe-se, desta forma, que há uma variedade de normas dirigidas ao reconhecimento e à proteção do interesses transindividuais, inclusive em relação ao dano moral coletivo.

6 - Evolução pretoriana.

O dano moral coletivo ainda é um instituto jurídico pouco estudado e em vias de reconhecimento pela doutrina e pela jurisprudência nacionais. A Justiça do Trabalho é o ramo do Poder Judiciário que maior ênfase confere a este novo instrumento da tutela jurisdicional coletiva⁷⁴, nas demandas que envolvem danos de natureza extrapatrimonial aos direitos transindividuais relativos às relações de trabalho⁷⁵. Há, inclusive, menção ao instituto no enunciado n^o. 76, item 1, da 1^a Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho⁷⁶.

De maneira geral, não mais se discute sobre a existência e a reparabilidade do dano moral no direito brasileiro, não obstante perdurarem algumas discussões sobre sua extensão e aplicação às pessoas jurídicas, mesmo após a edição da Súmula 227 pelo STJ⁷⁷, a qual expressamente reconhece a possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral. O mesmo não ocorre com o dano moral coletivo, que ainda encontra resistência por parcela da doutrina, o que se reflete no âmbito jurisprudencial, com poucas decisões sobre o tema e ausência de uniformidade.

⁷⁴ RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 7^a REGIÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. LIDES SIMULADAS. HOMOLOGAÇÃO DE RESILIÇÃO CONTRATUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO. As reclamadas, ao trazerem inúmeras lides simuladas à Justiça do Trabalho, com vistas a homologar resilições contratuais, incorreram em afronta a interesses metaindividuais, já que a conduta afeta a coletividade, a ensejar a condenação em dano moral coletivo. Processo: RR- 154200-29.2007.5.07.0024. Data de Julgamento: 07/12/2010. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. 6^a Turma do TST. Data de Publicação: DEJT 17/12/2010.

⁷⁵ DANO MORAL COLETIVO. INDENIZAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. É passível de indenização ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) o dano moral coletivo, decorrente de terceirização ilícita. Processo: RR - 46240-82.2004.5.01.0057. Data de Julgamento: 10/11/2010. Relator: Ministro João Batista Brito Pereira. 5^a Turma do TST. Data de Publicação: DEJT 19/11/2010.

⁷⁶ 1^a Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho. Enunciado n. 76: Ação civil pública. Reparação de dano moral coletivo. Trabalho forçado ou em condições degradantes. Legitimidade do Ministério Público do Trabalho. 1- Alegada a utilização de mão de obra obtida de forma ilegal e aviltante, sujeitando o trabalhador a condições degradantes de trabalho, a trabalho forçado ou a jornada exaustiva, cabe Ação Civil Pública de reparação por danos morais coletivos.

⁷⁷ Súmula 227 do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Este posicionamento jurisprudencial pode decorrer da falta de familiaridade com o tema da tutela jurisdicional coletiva, que ainda não tem uma legislação própria apta a sanar as variadas controvérsias sobre os novos direitos. Por outro lado, é possível que a timidez para condenar em danos morais coletivos ou para arbitrar valores condizentes com a gravidade dos danos seja motivada por questões políticas, que escapam aos fatores meramente jurídicos. Isto porque os direitos metaindividuais afetam pessoas dos mais variados tipos e tocam em temas que guardam relação com as funções do Estado e com os direitos fundamentais, como o meio ambiente equilibrado, a sadia qualidade de vida e a igualdade e não discriminação entre os indivíduos.

Em suma, as consequências de uma decisão no âmbito da tutela coletiva geralmente são de grandes proporções, de modo que o magistrado, por cautela, tende a evitar em se imiscuir nos assuntos que considera de natureza política e fora do seu âmbito de atuação. Entretanto, essa ideia rígida de separação de poderes vem sendo repelida, principalmente quando a Constituição da República de 1988 expressamente conferiu ao Ministério Público legitimidade para ajuizar a ação civil pública em defesa dos interesses coletivos e sociais. Nesse sentido, espera-se uma nova postura por parte dos membros do Judiciário, um papel mais atuante na tutela dos direitos transindividuais.

Romita, ainda em 2007, já observara que a respeito do dano moral coletivo havia poucas decisões sobre o tema e colacionou cinco acórdãos da Justiça do Trabalho, oriundos de Tribunais Regionais distintos, com este tipo de condenação. Os direitos violados nestas demandas foram trabalho forçado, inobservância das normas de saúde, segurança e higiene no trabalho, acidente de trabalho decorrente da inobservância destas mesmas normas, não contratação de pessoas portadoras de deficiência em desrespeito ao art. 93 da lei 8.213 de 1994 e a prática de arbitragem por tribunal privado de mediação e justiça arbitral envolvendo dissídios individuais do trabalho. Constatou o autor, à época, que havia certa tendência a um aumento acentuado de demandas deste tipo e realmente foi isto o que ocorreu⁷⁸.

Hoje, passados cinco anos, são facilmente encontradas decisões nas quais haja condenação por danos morais coletivos, em todas as instâncias da Justiça do Trabalho, e a respeito dos mais variados assuntos. Ainda assim, encontram-se decisões contrárias a esta modalidade de dano, com fundamentações atreladas à concepção individualista do Direito,

⁷⁸ Arion Sayão Romita. *Dano Moral Coletivo*, págs. 85-87.

especialmente em relação ao dano moral, como a decisão proferida pela 6ª Turma do TRT da 1ª região, a seguir exposta:

Dano Moral coletivo. Se o trabalhador foi lesado, há de ser ele, pessoalmente, ressarcido. O Fundo de Amparo ao Trabalhador jamais poderia substituí-lo nessa pretensão. A rigor técnico-jurídico, o dano moral é afeto, exclusivamente, à ordem da dignidade, sendo certo, por sua vez, que esta encontra seu único assento no ser humano, este, sim, dotado de personalidade, por natureza, no caso, *rationalis*, em face da qual, pelo direito, lhe é reconhecida, e não atribuída, a personalidade jurídica⁷⁹.

Percebe-se que este tipo de decisão ainda está atrelado à concepção do dano moral vinculado ao ser humano, à dignidade da pessoa humana, em desalinho com o pensamento majoritário da doutrina civilista, para quem o dano moral corresponde à injusta lesão a um direito da personalidade. Nesse sentido, como existem direitos da personalidade de caráter objetivo, como o direito ao nome ou à reputação, é possível que a pessoa jurídica ou mesmo uma coletividade sofra abalo moral.

Entretanto, decisões como esta já não são tão frequentes, pois a tendência na Justiça do Trabalho é a aceitação do dano moral coletivo. Um dos fatores desta mudança de entendimento está atrelado às atividades exercidas pelo Ministério Público do Trabalho, que dentre outras funções, ajuíza ações civis públicas com o objetivo de proteger os direitos fundamentais e sociais dos cidadãos diante de ilegalidades praticadas nas relações de trabalho, nas quais, em geral, pede-se a condenação por danos morais coletivos.

Dentre os fins institucionais do Ministério Público do Trabalho está o de promover a igualdade. Para tanto, foi criado um programa nacional denominado "Igualdade de Oportunidade para Todos", cuja atuação principal dirige-se ao combate à discriminação de trabalhadores, à inclusão de pessoa com deficiência ou reabilitada nos ambientes de trabalho e à proteção da intimidade dos obreiros⁸⁰.

Alguns frutos já são colhidos em razão da atuação constante do Ministério Público. Exemplo recente foi a sentença proferida pela Juíza da 1ª Vara do Trabalho de Gravataí, em Minas Gerais, em uma ação civil pública ajuizada em face da General Motors do Brasil, em decorrência de uma série de ilegalidades cometidas pela ré. A maioria dos pedidos foi julgada procedente, inclusive o de condenação por dano moral coletivo e por dano patrimonial difuso, arbitrados em R\$3.000.000,00 cada, além da antecipação dos efeitos da tutela. A empresa,

⁷⁹ Processo: RO 0016800-76.2006.5.01.0055. Data de julgamento: 24/5/2010. Relator: Desembargador Federal Nelson Tomaz Braga. 6ª Turma do TRT da 1ª Região. Data de publicação: DJE 31/5/2010.

⁸⁰ Disponível em: <<http://www.mpt.gov.br>>. Acesso em: 13/2/2013.

resignada, ajuizou ação cautelar no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região solicitando a suspensão dos efeitos da sentença até o trânsito em julgado, mas o pedido foi indeferido pela 4ª Turma⁸¹.

Nos demais ramos do Poder Judiciário a questão ainda é controvertida, seja em relação ao reconhecimento desta modalidade de dano moral, seja em relação ao valor a ser arbitrado, geralmente insuficiente para atender aos postulados que dele se espera, os efeitos punitivo e inibitório. No STJ o assunto é polêmico e ainda há grande resistência em sua adoção, principalmente na 1ª Turma. Não obstante, conforme notícia veiculada no site deste Tribunal em 17/6/2012, o instituto avança e inova na jurisprudência do STJ⁸².

7 - Prescrição.

A prescrição⁸³ é um instituto originário do direito privado, criado sob a ótica patrimonialista do Direito Civil, em um momento anterior à revelação e à consagração dos direitos coletivos, vocacionado à disciplina dos direitos individuais. Muito se discute sobre sua extensão e aplicabilidade aos direitos transindividuais, principalmente por que em relação a eles não existe norma jurídica específica a respeito do assunto.

A lei 7.347 de 1985, que disciplina a Ação Civil Pública, não mencionou qualquer prazo prescricional, tampouco a Constituição da República de (1988)⁸⁴, o que tornou a questão controvertida no campo doutrinário, principalmente porque a lei da Ação Popular, lei 4.717 de (1965)⁸⁵, prevê um prazo decadencial de cinco anos, e a lei de improbidade

⁸¹ Notícia veiculada no site do TRT da 4ª Região em 30/1/2013. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br>>. Processo: ACP 0098700-54.2006.5.04.0231. Data de Julgamento: 14/1/2013. Juiz: Luísa Rumi Steincruich da 1ª Vara do Trabalho de Gravataí, MG. Acesso em: 07/2/2013.

⁸² Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 05/2/2013.

⁸³ Código Civil. Art. 189: "Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206".

⁸⁴ No tocante às ações de ressarcimento ao erário, a Constituição da República expressamente estabeleceu a imprescritibilidade, no art. 37, § 5º, nos seguintes termos: "A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento".

⁸⁵ Lei 4.717 de 1965. Art. 21: "A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos". Apesar da palavra prescrição, a doutrina entende que se trata de decadência, posto que a pretensão veiculada é de cunho constitutivo negativo ou desconstitutivo.

administrativa, lei 8.429 de 1992, confere tratamento específico ao tema⁸⁶, com a previsão de prazos decadenciais e prescricionais a reger situações especiais.

Parcela dos doutrinadores defende a imprescritibilidade da pretensão reparatória em relação aos direitos transindividuais, em razão das características peculiares desta classe de direitos⁸⁷. Em relação ao direitos difusos, por exemplo, que se caracterizam pela indeterminação do sujeito passivo, argumentam que seria incongruente pensar-se em inércia no exercício de uma pretensão quando não se pode identificar todos os seus titulares. Dizem, também, que não seria correto apenar toda a coletividade pela passividade dos órgãos legitimados para ingressar com a ação civil pública, principalmente em razão da relevância dos valores tutelados. Veja-se, neste sentido, a ementa abaixo:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. DIREITOS METAINDIVIDUAIS. IMPRESCRITIBILIDADE. Não há como se reconhecer a prescritibilidade dos direitos coletivos, uma vez que, não sendo possível a sua tutela individual, os seus titulares ficam a depender da atuação retardada desses. Em face das particularidades e especificidades dos direitos metaindividuais, a pretensão relativa a direitos e interesses difusos e coletivos (sejam esses disponíveis e indisponíveis) é imprescritível. O dano ao meio ambiente de trabalho é permanente, contínuo, renovando-se diariamente. Embora seja passível de valoração, para efeito indenizatório, o direito de todos a um meio ambiente sadio não é patrimonial, tratando-se de direito fundamental, indisponível, comum a todos os trabalhadores, não se submetendo à prescrição, segundo a jurisprudência e a doutrina mais abalizada. Precedentes do colendo TST e da egrégia Turma⁸⁸.

Leite e Ayala, em referência ao tema prescrição dos danos ambientais, observam que:

A imprescritibilidade da pretensão de reparação do dano ambiental fundamenta-se em dois argumentos principais. Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que o instituto da prescrição tutela um interesse privado consistente na proteção da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas, enquanto que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, de caráter coletivo, que se apresenta como pré-requisito para a efetivação de qualquer outro direito fundamental, gozando dos atributos da irrenunciabilidade, da

⁸⁶ Lei 8.429 de 1992. Art. 23: “As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego”. Entretanto, nos termos do § 5º do art. 37 da Constituição da República, as ações de ressarcimento por prejuízo ao erário são imprescritíveis.

⁸⁷ Dentre outros, podem ser citados os seguintes autores: Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, *Direito Civil Teoria Geral*, pág. 573 e Xisto Tiago de Medeiros Neto. *Dano Moral Coletivo*, pág. 243.

⁸⁸ Processo: RO 0258900-71.2007.5.08.0107. Data de Julgamento: 02/5/2012. Relator: Desembargadora Elizabeth Fátima Martins Newman. 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Data de Publicação: DEJT 04/5/2012.

inalienabilidade e da imprescritibilidade. No cotejo destes dois princípios em jogo, a proteção do bem ambiental, sem qualquer dúvida, deve prevalecer⁸⁹.

Este entendimento pode ser transportado para os demais bens de titularidade difusa, por suas características similares. Os direitos ora tratados são de titularidade indeterminada, além de inalienáveis e irrenunciáveis. Representam valores jurídicos da maior importância, se comparados com os interesses individuais de natureza meramente patrimonial. Por tudo isso, no conflito entre os princípios apontados, de um lado a segurança jurídica e a estabilidade das relações e de outro a preservação dos bens de natureza difusa e sua imprescritibilidade, a balança há de pender para este último argumento.

Didier Jr e Zaneti Jr advogam tese oposta sobre o tema. Para eles, há no ordenamento jurídico uma série de dispositivos que apresentam prazos prescricionais e decadenciais relacionados às ações coletivas, tais como o art. 23 da lei 8.429 de 1992, que se refere aos pedidos repressivos-punitivos na improbidade administrativa; o art. 100 da lei 8.078 de 1990 e o art. 2º da lei 7.913 de 1989, relativos ao pedido de habilitação individual nas ações indenizatórias para compor os direitos individuais homogêneos; o art. 21 da lei 4.717 de 1965, que prevê o prazo quinquenal na ação popular e o art. 23 da lei federal 12.016 de 2009, que prevê o prazo de 120 dias para o ajuizamento do mandado de segurança, aplicável ao mesmo instituto de caráter coletivo⁹⁰.

Os autores citados entendem que os prazos previstos no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 26, são de aplicação não somente aos direitos individuais, mas sobretudo à tutela coletiva, por variadas razões. Segundo eles, a norma não restringe sua aplicação aos direitos individuais, entendimento este reforçado pelo fato do próprio dispositivo apontar o inquérito civil como modalidade obstativa da decadência. Além disto, o título III trata genericamente da defesa do consumidor em juízo, individual e coletiva, não havendo razão para restringir a aplicação de um de seus dispositivos aos direitos individuais. Por último, não obstante o veto ao art. 89 da lei 8.078 de 1990, a doutrina em geral reconhece a existência de um microsistema de tutela coletiva, resultante da conjugação do art. 90 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 21 da Lei de Ação Civil Pública. Assim, estes

⁸⁹ José Rubens Morato Leite e Patrick de Araújo Ayala. *Dano Ambiental. Do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial*, págs. 202.

⁹⁰ Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, pág. 292.

prazos seriam aplicáveis não somente à tutela consumerista, mas a todos os direitos coletivos⁹¹.

No tocante à prescrição dos direitos individuais homogêneos, tema dos mais controversos na esfera da tutela coletiva, cabe apenas ressaltar que, em essência, estes direitos são por natureza individuais, sendo que a lei apenas conferiu a possibilidade de utilização da tutela coletiva para proteger um grupo de direitos individuais oriundos de uma situação comum. Por isso, Didier Jr e Zaneti Jr entendem que a esta categoria de direitos aplicam-se os prazos das respectivas pretensões individuais, relacionadas ao direito material tutelado. Em sentido oposto, no entanto, o STJ firmou o entendimento de que se aplica o prazo quinquenal da ação popular às ações coletivas que veiculam pretensões referentes aos direitos individuais homogêneos⁹².

Importante ressaltar que mesmo os autores que defendem a aplicação da prescrição e da decadência aos direitos transindividuais entendem que é preciso haver uma mitigação dos preceitos do Direito Civil, em razão das peculiaridades dos direitos coletivos. Assim, do mesmo modo que não corre a prescrição contra o incapaz, alguns autores defendem que a fluência do prazo nas ações coletivas deva iniciar-se a partir da ciência inequívoca da lesão ao direito e da identificação de sua autoria pelos legitimados das ações coletivas. É o que se depreende do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável a todos os direitos coletivos *lato sensu*, integrante do microssistema da tutela coletiva.

Este também é o entendimento de Leite e Ayala. Relembrem os autores que muitos dos efeitos dos danos transindividuais tendem a se projetar no tempo, de forma a alcançar não apenas as gerações presentes, mas também as futuras, como acontece com a maioria dos danos ambientais. Por isso, caso a legislação adote um prazo prescricional, o mais correto seria estabelecer o termo *a quo* a partir da constatação efetiva do dano e não da data em que praticado o ato ou fato danoso⁹³. Ademais, existem ainda os danos continuados, que se protraem no tempo, provenientes de uma sucessão de atos praticados em épocas diversas. Nestes casos, com mais razão deve ser aplicado o entendimento ora esposado⁹⁴.

⁹¹ Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, pág. 293.

⁹² Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, pág. 306.

⁹³ José Rubens Morato Leite e Patrick de Araújo Ayala. *Dano Ambiental. Do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial*, pág. 200.

⁹⁴ José Rubens Morato Leite e Patrick de Araújo Ayala. *Dano Ambiental. Do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial*, págs. 199 e 200.

Já em relação à aplicação da prescrição nas hipóteses de dano moral coletivo a doutrina é ainda mais resistente, por sua correlação com os direitos da personalidade, que sempre foram reconhecidos na doutrina como imprescritíveis. É este o entendimento de Caio Mario:

Cabe agora indagar quais os direitos sujeitos à prescrição, ou, inversamente; que direitos escapam a ela. E à pergunta é jurídico responder que a prescritibilidade é a regra, a imprescritibilidade, a exceção. Escapam-lhe aos efeitos aqueles direitos que se prendem imediatamente à personalidade ou ao estado das pessoas. Os direitos à vida, à honra, à liberdade, à integridade física ou moral não se sujeitam a qualquer prescrição, em razão da sua própria natureza⁹⁵.

Entretanto, de acordo com as regras do Direito Civil, imprescritível é a pretensão de se ter assegurado o exercício do direito da personalidade, o que não se confunde com a prescritibilidade da pretensão indenizatória decorrente de um dano a um direito desta natureza, cujo prazo em regra é de 3 anos, nos termos do art. 206, § 3º, V, do Código Civil. Ainda assim, em se tratando de direitos de dimensão transindividual, nem mesmo esta segunda situação estaria sujeita ao instituto da prescrição, segundo a maioria dos doutrinadores.

8 - Responsabilidade objetiva.

Para muitos autores, a configuração do dano moral coletivo prescinde da comprovação da culpa do agente, sendo esta uma hipótese de responsabilidade civil objetiva⁹⁶. Segundo a teoria clássica, no Direito brasileiro a responsabilidade objetiva não se presume, por isso sua aplicação somente pode ocorrer nos casos previstos em lei ou quando o

⁹⁵ Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil, Volume 1*, pág. 439.

⁹⁶ Neste sentido, veja a ementa a seguir. DANO MORAL COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. A clássica teoria da culpa não se adapta à responsabilidade pelos danos causados a bens e interesses coletivos e difusos, onde a ótica é deslocada antes para a efetiva reparação do dano causado à sociedade e à categoria, do que para a aferição da culpabilidade da conduta do agente; daí por que em matéria de interesses metaindividuais a única responsabilidade capaz de assegurar a proteção eficaz a esses interesse é a objetiva. Processo: RO - 00586005220025010014. Data de Julgamento: 13/04/2010. Relator: Ministro Valmir de Araújo Carvalho. 2ª Turma do TRT da 1ª Região. Data de Publicação: DOERJ 05/05/2010.

dano decorrer de uma atividade de risco⁹⁷. Esta é a regra geral a reger as situações que envolvem responsabilidade civil e danos a interesses de natureza individual.

Entretanto, diante das peculiaridades dos direitos transindividuais, surgiram teorias que buscaram afastar a adoção do clássico regramento da responsabilidade civil subjetiva, por considerá-lo insuficiente para tutelar os novos direitos. A teoria subjetiva foi desenvolvida especificamente para regular as relações jurídicas que envolvem sujeitos particulares e interesses meramente individuais, momento em que o Direito mais se preocupava com a figura do causador do dano que propriamente com a vítima e sua satisfação. Argumenta-se que esta concepção não se amolda ao nível de desenvolvimento social contemporâneo no atual Estado democrático de direito, no qual tutelam-se direitos de terceira dimensão, conhecidos como direitos de solidariedade ou fraternidade.

Somado a isto, deve-se atentar para o fato de que a ordem jurídica mudou sua concepção. Principalmente no campo do Direito Civil, foi necessária uma ampla releitura para que seus institutos pudessem acompanhar os novos princípios e valores constitucionais a regerem os diversos ramos do Direito. Para tanto, foi desenvolvida a hermenêutica constitucional, uma técnica de interpretação de leis baseada nos valores esculpidos na Constituição da República, tais quais a dignidade da pessoa humana, a proteção dos direitos humanos, o estado democrático de direito, a igualdade, e tantos outros esparsos pelo texto da Lei Maior. Através desta técnica, o Direito Civil, assim como os outros ramos do Direito, passam a ser interpretados à luz da Constituição, o que representa uma verdadeira revolução e transformação em suas bases conceituais⁹⁸.

É neste sentido que a teoria da responsabilidade objetiva nos casos de danos a direitos metaindividuais foi desenvolvida. Tais direitos envolvem coletividades de pessoas, inclusive gerações futuras, e não faria sentido prestigiar o causador do dano, um ou poucos indivíduos, em detrimento de toda uma classe de pessoas, considerada em menor ou maior

⁹⁷ Código Civil. Parágrafo único, art. 927: “Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

⁹⁸ “Bem-vindos ao novo Direito Civil, construído a partir da legalidade constitucional, cujo olhar se volta para a proteção da pessoa humana e não mais para o seu patrimônio. Seus mares estão à espera de descobertas e conquistas. Sobreleva, no entanto, importante aviso aos navegantes: o caminho que se descortina, nascido da colisão inevitável entre a realidade viva e os velhos ideais do novo (?) Código Civil – inspirado em categorias jurídicas ultrapassadas -, não tem rota predeterminada. Precisa ser descoberto. E suas pontes e portos serão construídos, a partir do reconhecimento do atual modelo de vida plural e aberta, garantindo proteção à pessoa humana”. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. *Direito Civil. Teoria Geral*, pág. 29.

grau. Os valores que informam o Direito e o processo coletivo são de outra ordem, não somente atrelados ao escopo jurídico, mas, sobretudo, aos escopos políticos e sociais⁹⁹. Prima-se pela preservação dos bens de natureza coletiva em toda sua extensão. O Direito, para tanto, deve criar mecanismos que facilitem a reparação de eventuais danos, a começar pela adoção da responsabilidade objetiva.

Carvalho Filho, ao contrário do entendimento acima esposado, filia-se à doutrina clássica, para quem, mesmo em relação aos direitos transindividuais, deve ser adotada, como regra, a teoria subjetiva, nos termos do art. 186 do Código Civil, ressalvadas as atividades de risco e as situações expressamente determinadas por lei. Relembra que o ordenamento jurídico prevê algumas hipóteses de responsabilidade objetiva envolvendo direitos metaindividuais, como é o caso da lei 6.938 de 1981, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente¹⁰⁰; da lei 8.078 de 1990, o Código de Defesa do Consumidor¹⁰¹; e também do art. 21, XXIII, c, da Constituição da República¹⁰², que trata dos danos nucleares. Portanto, o autor defende a aplicação das regras da responsabilidade civil para qualquer espécie de direito, seja ele individual ou coletivo¹⁰³.

Leite e Ayala citam outros exemplos de leis que expressamente determinam a adoção da responsabilidade objetiva, como a lei 11.105 de 2005, que trata da biossegurança, e a lei 10.308 de 2001, que regula os rejeitos radioativos. Ademais, observam que o legislador atribuiu maior ênfase aos direitos individuais, não sendo expresso em relação à proteção dos interesses difusos. Por isto entendem, no mesmo sentido de Carvalho Filho, que prevalecem as regras do Código Civil, mesmo no tocante ao processo coletivo, ou seja, a teoria subjetiva como regra, com as mitigações do parágrafo único do art. 927, que permitiu a adoção da teoria objetiva nos casos especificados em lei ou quando as atividades normalmente

⁹⁹ Didier Jr e Zaneti Jr apontam duas principais justificativas de ordem sociológica e política para a adoção das ações coletivas, que se configuram nos princípios do acesso à justiça e da economia processual. Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, pág. 34.

¹⁰⁰ Lei 6.938 de 1981. Art. 14, § 1º: "Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos ao meio ambiente".

¹⁰¹ Código de Defesa do Consumidor. Art. 12: "O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos".

¹⁰² Constituição da República. Art. 21, XXIII, c: "A responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa".

¹⁰³ José dos Santos Carvalho Filho. *Ação Civil Pública. Comentários por artigo*, págs. 12 e 13.

desenvolvidas pelo autor do dano implicarem, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem¹⁰⁴.

Medeiros Neto aponta outras hipóteses de aplicação da responsabilidade objetiva por expressa determinação legal, tais como o decreto 2.681 de 1912, que regula as estradas de ferro; o decreto-lei 483 de 1938 e a lei 7.565 de 1986, que tratam do transporte aéreo; o decreto-lei 116 de 1967, sobre transporte marítimo; os decretos 3.724 de 1919 e 24.637 de 1934, a lei 5.316 de 1967, regulamentada pelo decreto 61.784 de 1967, a lei 6.367 de 1976, a lei 8.212 de 1991 e a lei 8.213 de 1991, que regulamentam os acidentes de trabalho; os decretos-leis 277 de 1967 e 318 de 1967, sobre mineração; a lei 6.194 de 1974, que trata de seguro obrigatório; o art. 37, §6º, da Constituição da República, que prevê a responsabilidade objetiva para os danos causados pelos agentes das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público, quando atuam nesta qualidade; e a lei 8.884 de 1994, conhecida como lei antitruste⁽¹⁰⁵⁾¹⁰⁶.

Leite e Ayala esclarecem que o legislador, ao lado da teoria subjetiva, adotou o risco como fundamento da responsabilidade civil. Entretanto, apesar da ênfase conferida ao risco, entendem que o conteúdo não foi explicitado, o que demonstra um tratamento superficial da questão, que gera, por consequência, grande divergência doutrinária sobre o assunto¹⁰⁷. Medeiros Neto, ao revés, anota que o conteúdo aberto e indeterminado foi opção consciente e deliberada do legislador, com a finalidade de conferir ao intérprete e ao aplicador do Direito, em cada caso concreto, liberdade suficiente para enquadrar a situação na responsabilidade objetiva, ante a impossibilidade do legislador, de antemão, prever todas as possíveis situações de risco¹⁰⁸.

Ademais, para Leite e Ayala a teoria da responsabilidade objetiva tem como base a socialização do lucro ou do dano, considerando que o sujeito que obtém lucro e causa dano em razão de uma atividade, deve responder pelo risco ou pela desvantagem dela resultante¹⁰⁹. Medeiros Neto, por sua vez, entende que a evolução da teoria do dano aponta, nos tempos

¹⁰⁴ José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala. *Dano Ambiental. Do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial. Teoria e prática*, pág. 134.

¹⁰⁵ Xisto Tiago de Medeiros Neto. *Dano Moral Coletivo*, pág. 48.

¹⁰⁶ Lei esta quase totalmente revogada pela lei 12.529 de 2011, que passou a regulamentar a matéria.

¹⁰⁷ José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala. *Dano Ambiental. Do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial. Teoria e prática*, pág. 128.

¹⁰⁸ Xisto Tiago Medeiros Neto. *Dano Moral Coletivo*, pág.

¹⁰⁹ José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala. *Dano Ambiental. Do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial. Teoria e prática*, pág. 130.

atuais, para o dever de indenizar não apenas fundado no elemento risco da atividade, mas sobretudo para a responsabilização objetiva independentemente do enquadramento da atividade nos contornos do risco ou do perigo. A ideia é não mais procurar um culpado, mas um responsável pela reparação do dano¹¹⁰.

9 - Aspectos probatórios.

Não obstante o caráter objetivo do dano moral coletivo, não se pode ignorar a recorrente presença de efeitos negativos gerados pelos danos a direitos de natureza transindividual. Todavia, a configuração desta modalidade de dano não demanda a demonstração efetiva destes efeitos, posto que, quando existentes, eles constituem meras consequências do ato danoso praticado. Importante apenas demonstrar que o ato lesivo apresenta real significância para a coletividade atingida e que afeta de maneira intolerável os seus valores fundamentais.

Por tudo isto, no que tange à prova do dano moral coletivo, diz-se que ele é constatado *in re ipsa*,¹¹¹ ou seja, decorre do próprio fato violador do direito transindividual. Isto deriva da nova visão acerca do dano moral, desvinculado da ideia de dor, de sofrimento e de sentimentos em geral. A partir do momento em que o dano moral passou a ser entendido como sinônimo de dano extrapatrimonial, a questão da prova deslocou-se somente para a constatação do ato danoso, independente da comprovação do efetivo prejuízo¹¹². Esta é a posição do TST, como se observa no aresto a seguir.

1. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. LISTA NEGRA. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. DESNECESSIDADE.

O dano moral decorre da simples violação aos bens imateriais tutelados pelos direitos personalíssimos do ofendido, de forma que para a sua configuração basta a demonstração da conduta potencialmente lesiva aos direitos da personalidade e a sua conexão com o fato gerador, sendo prescindível a comprovação do prejuízo, uma vez que presumível.

No caso concreto, restou inconteste que as reclamadas inseriram o nome do reclamante na chamada -lista negra-, com o intuito de dificultar o seu reingresso ao mercado de trabalho. Logo, presentes os requisitos caracterizadores do dano moral, não pode a ausência de comprovação de prejuízo impedir a reparação pleiteada pelo autor.

¹¹⁰ Xisto Tiago de Medeiros Neto, *Dano Moral Coletivo*, pág. 50.

¹¹¹ Alice Monteiro de Barros, *Curso de Direito do Trabalho*, pág. 636.

¹¹² Xisto Tiago de Medeiros Neto, *Dano Moral Coletivo*, pág. 182.

Recurso de revista conhecido e provido¹¹³.

Este também é o entendimento de Cavalieri Filho, consignado no trecho abaixo transcrito:

Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais¹¹⁴.

Leite e Ayala destacam que no caso de danos extrapatrimoniais suportados por pessoa jurídica, os quais, do mesmo modo que o dano extrapatrimonial ambiental difuso, apresentam caráter objetivo, a jurisprudência do STJ encontra-se sedimentada no sentido de admitir sua ocorrência e de considerá-los decorrentes do simples fato danoso, sendo desnecessária a produção de prova de sua manifestação⁽¹¹⁵⁾¹¹⁶. O mesmo entendimento pode ser estendido a todas as espécies de danos extrapatrimoniais de natureza difusa ou até mesmo coletiva em sentido estrito.

Importante destacar que no tocante aos direitos de natureza transindividual ainda não existe uma legislação própria, de forma a regular todas as peculiaridades que envolvem estes novos direitos. Didier Jr e Zaneti Jr informam que os variados projetos que prevêm a codificação da legislação coletiva consagram a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, tais como o CM-GIDI, (Código-Modelo de Processo Civil Coletivo para Países de Direito Escrito¹¹⁷), o CPCO-IBDP (Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo), elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, art. 11, § 1º, além do CPCO-UERJ/UNESA, Anteprojeto de Código de Processo Coletivo elaborado em conjunto pelos

¹¹³ Processo: RR 58600-56.2003.5.09.0091. Data de Julgamento: 24/11/2010. Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. 2ª Turma do TST. Data de Publicação: DEJT 17/12/2010.

¹¹⁴ Sergio Cavalieri Filho. *Programa de Responsabilidade Civil*, pág. 30.

¹¹⁵ José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala. *Dano Ambiental. Do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial. Teoria e prática*, pág. 288.

¹¹⁶ Os autores destacaram o seguinte aresto do STJ, a convalidar o entendimento esposado: "Indenização - Dano moral - Pessoa jurídica - Possibilidade - Verbete n. 227, Súmula/STJ. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral" (verbetes 227), Súmula/STJ) - Na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto - Recurso especial conhecido e provido". Processo: REsp. 331517/GO. Data de julgamento: 27/11/2001. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. 4ª Turma do STJ. Data de publicação: DJ 25/03/2002.

¹¹⁷ Código modelo de processo coletivo elaborado por Antonio Gidi.

programas de pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e pela Universidade Estácio de Sá, art. 19, § 1º, e pelo Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, art. 12, § 1º.

O Código de Processo Civil acolheu a teoria estática do ônus da prova, segundo a qual cabe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, nos termos do art. 333. Entretanto, essa distribuição rígida atrofia o sistema e muitas vezes conduz a julgamentos injustos, pois na ausência de provas suficientes nos autos, o julgador será forçado a proferir decisão desfavorável à parte que não se desincumbiu de seu encargo de provar, segundo as regras de julgamento estabelecidas no Processo Civil.

Não se nega a teoria estática como regra geral, apenas buscam-se soluções para as situações em que esta teoria não parece ser a mais adequada. Neste sentido, surge a teoria dinâmica do ônus da prova, segunda a qual, a produção da prova incumbe à parte processual que melhores condições apresenta para produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto, seja por deter melhores conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, seja pela maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz proceder à distribuição do ônus probatório na ocasião da decisão saneadora¹¹⁸.

Didier Jr e Zaneti Jr elencam os postulados que entendem aplicáveis à teoria dinâmica da prova, que podem ser sintetizados nos seguintes termos: 1) o encargo não deve ser distribuído de forma prévia e abstrata, mas casuisticamente; 2) a repartição não deve ser estática e inflexível, mas dinâmica; 3) é irrelevante para a distribuição do ônus da prova a posição assumida pela parte no processo, se autor ou réu; 4) do mesmo modo, não importa a natureza do fato probando, se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito, mas quem tem as melhores condições de prová-lo¹¹⁹.

Em relação ao dano moral coletivo, principalmente decorrente de condutas discriminatórias ocorridas nas relações de trabalho, a questão probatória ganha contornos ainda mais acentuados, diante das dificuldades concretas de serem provados fatos que envolvem aspectos interiores, preconceitos e valores. Parece acertado o entendimento, já consolidado no STJ, de que no dano moral o que é objeto de prova é o fato que deu origem ao dano, mas não o dano em si, sendo este um exemplo de dano *in re ipsa*, ou seja, dano que

¹¹⁸ Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, pág. 329.

¹¹⁹ Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, pág. 330.

decorre do próprio fato violador do interesse transindividual. O problema é provar a ocorrência de discriminação.

Mallet, a respeito da comprovação de condutas discriminatórias nos processos trabalhistas, aponta técnica diferenciada adotada na legislação portuguesa, interessante por sua facilidade, que no art. 25, item 5, do Código do Trabalho de 2009, assim disciplinou a matéria: "cabe a quem alega discriminação indicar o trabalhador ou trabalhadores em relação a quem se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer factor de discriminação". Em consequência, de acordo com a lei, aquele que se considera discriminado deve apenas apontar os trabalhadores que receberam tratamento diferenciado, o que consiste, segundo o autor, em estabelecer o que os Tribunais norte-americanos chamam de *prima facie case*. Trata-se de regra que possibilita a inversão do ônus da prova em matéria de discriminação¹²⁰.

Além disto, outra ferramenta interessante que pode ser usada como meio de prova é a disparidade estatística, porém, sua admissão ainda encontra grande resistência da jurisprudência. Este meio de prova fora abordado no Anteprojeto de processo coletivo CM-GIDI, em seu art. 13, ao dispor que "o uso da prova estatística ou por amostragem é permitido como complemento à prova direta ou quando a prova direta for custosa ou de difícil produção".¹²¹ Através deste recurso, é possível identificar uma política discriminatória institucionalizada, levando em consideração os dados apresentados por uma entidade empresarial em comparação com outras do mesmo segmento ou com estudos realizadas por entidades oficiais.

O Ministério Público do Trabalho realizou interessante projeto com suporte em dados estatísticos, que resultou em uma ação dirigida ao combate à discriminação contra mulheres e negros. Para tanto, foi elaborado um plano de ação com vistas a identificar as empresas mais representativas do setor econômico por localidade e por segmento, a partir de

¹²⁰ O autor referiu-se ao art. 23, item 3, do Código do Trabalho Português, cuja numeração foi alterada, mas mantido o conteúdo após as quatro alterações legislativas realizadas desde a sua edição, em 2009. Estêvão Mallet. *Igualdade, Discriminação e Direito do Trabalho in Rev. TST*, Brasília, vol. 76, n 3º, jul./set 2010.

¹²¹ Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, pág. 329.

dados estatísticos oficiais¹²². Este projeto será detalhado no segundo capítulo, no tópico relacionado à discriminação nas relações de trabalho.

10 - Danos sociais. *Dumping social*.

O reconhecimento do dano social caminha nos trilhos da moderna concepção do Direito, a partir da necessária releitura dos institutos do Direito Civil e dos demais ramos jurídicos a partir dos valores esculpidos na Constituição da República. Neste sentido, Junqueira, ao analisar o art. 944 do Código Civil de 2002, observou que o dispositivo introduziu uma regra antes inexistente no Código Civil de 1916, ao estabelecer que "a indenização mede-se pela extensão do dano". Para o autor, a norma representa a possibilidade de reconhecimento de outras modalidades de dano, além dos tradicionais danos materiais e morais, como é o caso do dano social¹²³.

O dano social é uma construção doutrinária que ainda não está completamente sedimentada. Não existe um conceito uniforme do instituto, tampouco o reconhecimento por um instrumento legal. Os autores divergem sobre sua aceitação e conceituação, alguns entendem que se trata de uma espécie de dano moral difuso, outros conferem autonomia a esta modalidade de dano. Nem mesmo a denominação do instituto é pacífica, que também costuma ser identificado pelas expressões *dumping social* e danos à sociedade.

Atentos a esta questão, os Magistrados da Justiça do Trabalho, com a colaboração de advogados e Procuradores do Trabalho, na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, criaram o enunciado n. 4 e abordaram o que eles denominaram de dano à sociedade ou dano social, gerado a partir da prática do “dumping social”.

4. “DUMPING SOCIAL”. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do

¹²² Projeto Igualdade de Oportunidade para Todos, criado pela Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho. Disponível em: <<http://www.mpt.org.br>>. Acesso em: 02/01/2012.

¹²³ Antonio Junqueira de Azevedo. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, págs. 377-378.

direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT¹²⁴.

Junqueira define o dano social de modo mais amplo, não apenas restrito às agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas em detrimento da concorrência. Para o autor, o dano social pode decorrer de duas situações especiais, uma relacionada à segurança e outra à prática de condutas negativamente exemplares. A primeira situação apta a produzir o dano social diz respeito aos casos que rompem com a obrigação especial de segurança (segurança de vida e de integridade física e psíquica) e que, por consequência, diminuem a tranquilidade social ou promovem a quebra de confiança, em situações contratuais ou paracontratuais que acarretem redução da qualidade de vida. A outra hipótese relaciona-se aos atos negativamente exemplares, atos estes que não devem ser repetidos, por causarem um rebaixamento do nível coletivo de vida, mais especificamente da qualidade de vida¹²⁵.

Há aspectos de similaridade entre os danos sociais e os danos morais coletivos, principalmente no tocante à natureza transindividual dos institutos, por isso alguns autores entendem que as expressões são sinônimas. Tartuce, ao revés, apresenta diferenças que considera essenciais entre eles. Para este autor, o dano social tanto pode ser de ordem patrimonial como extrapatrimonial, enquanto o dano moral coletivo é exclusivamente de índole imaterial¹²⁶. Mesmo o dano social extrapatrimonial não se confunde com o dano moral coletivo, pois diferem-se no tocante à titularidade dos bens jurídicos violados. No primeiro, a vítima necessariamente é a sociedade, enquanto no segundo, o ofendido pode ser titular de um direito individual homogêneo, difuso ou coletivo estrito senso.

Junqueira, por sua vez, apresenta uma distinção entre os danos sociais e os danos ambientais. Segundo o autor, os danos ambientais são de natureza material e verificáveis pela ecologia e pela biologia, enquanto os danos sociais são imateriais e apuráveis por meio da

¹²⁴ Os enunciados da 1ª Jornada de Direito Material e Processual encontram-se disponíveis no site: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/memorial/acervo/biblioteca>>. Acesso em: 22/01/2013.

¹²⁵ Antonio Junqueira de Azevedo. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, págs. 381.

¹²⁶ Disponível: <http://www.evocati.com.br/evocato/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=370&tmp_secao=12&tmp_topico=direitocivil&wi.redirect=UQLPL741V7USRO1PSG4T>. Acesso em: 13/1/2013.

sociologia e da estatística¹²⁷. Outros autores, em sentido contrário, entendem que o dano ambiental pode ser material ou extrapatrimonial, a depender do caso concreto¹²⁸.

Para Martinez, o dano social é uma espécie de dano moral difuso, denominação utilizada pelo autor para especificar os danos morais transindividuais que afetam direitos difusos. Segundo o autor, os danos morais difusos podem ser de dois tipos, a depender dos valores violados, se conceituais ou sociais de determinada coletividade. Os valores conceituais dizem respeito ao conceito, à opinião ou à ideia que se formule sobre um agrupamento, capazes de refletir sobre sua imagem, honra ou dignidade. Já os valores sociais relacionam-se à esfera ética de toda a comunidade, à herança patrimonial social, às suas expectativas, às suas crenças e à confiança que as coletividades depositam em suas instituições¹²⁹. Segundo o autor:

A lesão produzida pelo dano moral social viola expectativas e crenças, notadamente aquelas construídas sob o comportamento virtuoso dentro dos lindes da normalidade das relações humanas. O dano moral social implica violência à boa-fé comunitária e ao dever de cuidado, fazendo emergir evidente infração ao princípio da confiança no plano das relações sociais, o que, em regra, implica violação à eficácia social das fontes jurídicas comunitárias e o enfraquecimento da sua força operativa no mundo dos fatos¹³⁰.

No que toca ao dano social com reflexos nas relações de trabalho, observa Severo que é necessário adotar-se uma visão teleológica (e axiológica) sobre o tema responsabilidade para que o operador do Direito do Trabalho amplie sua visão e considere o desrespeito contumaz de direitos trabalhistas uma conduta antissocial que demanda não apenas a recomposição do dano à vítima, mas sobretudo a reconstrução do próprio pacto social da persecução de uma sociedade mais justa e solidária. Para a autora, "justiça e solidariedade são valores que norteiam as regras dos artigos 927 e seguintes do Código Civil e que devem determinar um olhar diferenciado de quem interpreta ou aplica o direito"¹³¹.

Como fundamento legal, Souza utiliza-se do parágrafo único do art. 404 do Código Civil, que se refere ao pagamento de uma indenização suplementar nos casos em que os juros

¹²⁷ Antonio Junqueira de Azevedo. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, pág. 383.

¹²⁸ Vide, neste sentido, o livro de José Rubens Morato Leite e Patrick de Araújo Ayala, cujo título é bastante sugestivo. *Dano ambiental. Do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial. Teoria e prática*.

¹²⁹ Luciano Martinez. *O Dano Moral Social no Âmbito Trabalhista*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, v. 6, n. 2, pág. 563. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 17/01/2013.

¹³⁰ Luciano Martinez. *O Dano Moral Social no Âmbito Trabalhista*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, v. 6, n. 2, pág. 564. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 17/01/2013.

¹³¹ Valdete Souto Severo. *Caderno 15 - O Dano Social ao Direito do Trabalho*. Disponível em <<http://www.amatra4.org.br/cadernos/265-caderno-15?start=3>>. Acesso em: 20/12/2012.

de mora não sejam suficientes para cobrir o prejuízo¹³². Segundo o autor, este dispositivo pode servir para embasar o julgador na condenação por danos sociais, inclusive utilizando-se das premissas do instituto do *punitive damages* e os critérios fixados no direito estadunidense. Estes critérios podem servir não apenas para fundamentar a prática jurisdicional como também limitar possíveis excessos¹³³.

O autor Nascimento tece críticas à utilização do instituto do *dumping social* nos moldes registrados em algumas decisões na Justiça do Trabalho. Segundo o autor, é preciso situar o instituto no âmbito das relações comerciais internacionais, especificamente no campo da concorrência desleal entre os países, que se caracteriza pela utilização do trabalho precário para obter vantagens em relação aos produtos lançados no mercado internacional. As decisões utilizam-se desta expressão para retratar outra situação, cujos protagonistas são empregadores que de forma reiterada desrespeitam as leis trabalhistas nacionais e os direitos de seus empregados. Neste enfoque, não há uma relação entre países diversos, tampouco discussão acerca da concorrência desleal entre eles, mas o uso da mesma expressão para designar uma espécie de dano, o dano social, que sofre a sociedade pelo desrespeito constante da ordem jurídica e dos valores sociais¹³⁴.

Souza, ao revés, é adepto da utilização da mesma expressão, *dumping social*, para retratar a delinquência patronal e seus reflexos na concorrência nacional. Segundo o autor, a expressão é usada na economia para designar as situações em que entidades empresariais optam por transferir suas atividades para países onde a legislação trabalhista é mais branda, com referenciais normativos precarizados e menor custo de mão de obra. Porém, pode também retratar casos em que os empregadores descumprem deliberadamente a legislação trabalhista e, por consequência, provoquem desequilíbrio desleal na concorrência, colocando-se em situação de vantagem frente aos demais¹³⁵.

¹³² Código Civil. Parágrafo único, art. 404: "Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar".

¹³³ Rodrigo Trindade de Souza. *Punitive Damages e o Direito do Trabalho Brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14^a Região, v. 6, n. 2, pág. 704. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 23/01/2013.

¹³⁴ Amauri Mascaro Nascimento. *Dumping Social e Dano Moral Coletivo Trabalhista*. Disponível em: <<http://www.aurimascaronascimento.com.br>>. Acesso em: 30/11/2012.

¹³⁵ Rodrigo Trindade de Souza. *Punitive Damages e o Direito do Trabalho Brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14^a Região, v. 6, n. 2, pág. 701. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 23/01/2013.

Em matéria veiculada no site do TST em 25 de janeiro de 2013, analisou-se o *dumping social*. A respeito do tema, observou-se que várias são as práticas que podem configurar o ilícito ora abordado, como o descumprimento da jornada de trabalho, a terceirização ilícita, a inobservância das normas de segurança e medicina do trabalho, dentre muitas outras. Ademais, foi ressaltada a necessidade da parte prejudicada requerer o pagamento da indenização suplementar em sua petição inicial, exigência esta assinalada pelo TST no julgamento do RR-78200.58.2009.5.04.0005, com base nos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil. Nesta decisão, o Ministro Ives Gandra Martins Filho reformou decisão do TRT da 4ª Região, que havia concedido indenização por *dumping social* sem que houvesse pedido do autor neste sentido¹³⁶. No mesmo sentido foi a decisão no recurso de revista nº RR-11900-32.2009.5.04.0291, do Ministro Waldir Oliveira da Costa, que reformou as decisões das instâncias anteriores sob o mesmo fundamento¹³⁷.

Souto Maior, por sua vez, relembra que o desrespeito aos direitos trabalhistas pode configurar infração contra a ordem econômica, nos termos do art. 20, I, da lei 8.884 de 1994, quando configurado o desrespeito à livre concorrência ou à livre iniciativa¹³⁸ (esta lei foi revogada pela lei 12.529 de 2011, mas o dispositivo citado foi reiterado no art. 36, I). Ademais, afirma que "as terceirizações, subcontratações, falências fraudulentas, táticas de fragilização do empregado (como falta de registro, transformação do trabalhador em pessoa jurídica, dispensa sem pagamento de verbas rescisórias, justas causas fabricadas)" são práticas que geram enorme custo social e entrave no desenvolvimento econômico, às custas da precarização do trabalho. Sintetiza o autor que "o desrespeito deliberado e inescusável da ordem jurídica trabalhista, portanto, representa inegável dano à sociedade¹³⁹.

Compreendido o instituto em sua acepção mais ampla, como uma das modalidades de danos morais difusos, não apenas o empregador pode ser o causador dos danos morais sociais, mas também as entidades sindicais, nas hipóteses em que pratiquem atos que sejam incompatíveis com os fins a que se destinam, a defesa das categorias por ela representadas, e o Estado, o qual, segundo Martinez, "deveria servir de paradigma em matéria de proteção dos

¹³⁶ Processo: TST - RR - 78200-58.2009.5.04.0005. Data de Julgamento: 14/11/2012. Relator Ministro Ives Gandra Martins filho. 7ª Turma do TST. Data de Publicação: DEJT 30/11/2012.

¹³⁷ Processo: TST - RR - 11900-32.2009.5.04.0291. Data de Julgamento: 21/08/2012. Relator Ministro Waldir Oliveira da Costa. 1ª Turma do TST. Data de Publicação: DEJT 24/08/2012.

¹³⁸ Jorge Luis Souto Maior. *O Dano Social e sua reparação*. Disponível em <<http://www.nucletrabalhistacalvet.com.br>>. Acesso em: 30/11/2012.

¹³⁹ Jorge Luis Souto Maior. *O Dano Social e sua reparação*. Disponível em <<http://www.nucletrabalhistacalvet.com.br>>. Acesso em: 30/11/2012.

valores de sua gente"¹⁴⁰. Já na acepção restrita de dano social, o sujeito ativo é necessariamente o empregador.

No tocante à liquidação, Junqueira defende a ideia de que a destinação do valor atribuído a título de danos sociais seja revertido ao autor individual da demanda judicial e não a um fundo especial. Para ele, a vítima individual do dano, nestes casos, agiria como uma espécie de promotor público privado, em defesa dos interesses da sociedade, um *munus público* que alguns autores americanos, no caso dos *punitive damages*, denominam de *private attorney general*. Complementa o assunto afirmando que o valor somente deve ser destinado a um fundo específico nos casos em que o autor da demanda seja um Órgão do Estado, como o Ministério Público¹⁴¹.

Já Martinez, por outro lado, entende que o valor arbitrado a título de danos morais sociais deve ser destinado a fundos específicos de proteção dos interesses transindividuais violados, nos termos do art. 13 da lei da lei 7.347 de 1985, ou revertido em proveito de organismos que reconhecidamente trabalhem na recuperação dos bens que sofreram os danos decorrentes do fato lesivo. No mesmo sentido está Souza, principalmente em relação às indenizações arbitradas com caráter punitivo em demandas individuais, nos moldes da doutrina norte-americana do *punitive damages*, para que seja evitado o enriquecimento sem causa. Para este autor, na esfera das relações de trabalho o fundo apropriado é o FAT, fundo de amparo ao trabalhador¹⁴².

A ementa abaixo, de relatoria do jurista Souto Maior, retrata o dano social e sintetiza os principais pontos acima expostos. O interessante desta decisão é que o dano social foi reconhecido de ofício pelo magistrado e em uma demanda de natureza individual, cujo valor arbitrado de R\$100.000,00 foi destinado ao FAT, Fundo de Amparo ao Trabalhador. Desta decisão, foi interposto recurso de revista perante o TST, ainda não apreciado até momento.

EMENTA: DANO SOCIAL (“DUMPING SOCIAL”). IDENTIFICAÇÃO: DESRESPEITO DELIBERADO E REITERADO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. REPARAÇÃO: INDENIZAÇÃO “EX OFFICIO” EM RECLAMAÇÕES INDIVIDUAIS. Importa compreender que os direitos sociais são o fruto do compromisso firmado pela humanidade para que se pudesse produzir, concretamente, justiça social dentro de uma sociedade capitalista. Esse

¹⁴⁰ Luciano Martinez. *O Dano Moral Social no Âmbito Trabalhista*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, v. 6, n. 2, pág. 566. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 17/01/2013.

¹⁴¹ Antonio Junqueira Azevedo. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, págs. 383.

¹⁴² Rodrigo Trindade de Souza. *Punitive Damages e o Direito do Trabalho Brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, v. 6, n. 2, pág. 707. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 17/01/2013.

compromisso, fixado em torno da eficácia dos Direitos Sociais, se institucionalizou em diversos documentos internacionais nos períodos pós-guerra, representando, também, um pacto para a preservação da paz mundial. Esse capitalismo socialmente responsável perfaz-se tanto na perspectiva da produção de bens e oferecimento de serviços quanto na ótica do consumo, como faces da mesma moeda. Deve pautar-se, também, por um sentido ético, na medida em que o desrespeito às normas de caráter social traz para o agressor uma vantagem econômica frente aos seus concorrentes, mas que, ao final, conduz todos ao grande risco da instabilidade social. As agressões ao Direito do Trabalho acabam atingindo uma grande quantidade de pessoas, sendo que destas agressões o empregador muitas vezes se vale para obter vantagem na concorrência econômica com relação a vários outros empregadores. Isto implica dano a outros empregadores não identificados que, inadvertidamente, cumprem a legislação trabalhista, ou que, de certo modo, se vêem forçados a agir da mesma forma. Resultado: precarização completa das relações sociais, que se baseiam na lógica do capitalismo de produção. O desrespeito deliberado, inescusável e reiterado da ordem jurídica trabalhista, portanto, representa inegável dano à sociedade. Óbvio que esta prática traduz-se como “dumping social”, que prejudica a toda a sociedade e óbvio, igualmente, que o aparato Judiciário não será nunca suficiente para dar vazão às inúmeras demandas em que se busca, meramente, a recomposição da ordem jurídica na perspectiva individual, o que representa um desestímulo para o acesso à justiça e um incentivo ao descumprimento da ordem jurídica. Assim, nas reclamações trabalhistas em que tais condutas forem constatadas (agressões reincidentes ou ação deliberada, consciente e economicamente inescusável de não respeitar a ordem jurídica trabalhista), tais como: salários em atraso; salários “por fora”; trabalho em horas extras de forma habitual, sem anotação de cartão de ponto de forma fidedigna e o pagamento correspondente; não recolhimento de FGTS; não pagamento das verbas rescisórias; ausência de anotação da CTPS (muitas vezes com utilização fraudulenta de terceirização, cooperativas de trabalho, estagiários, temporários, pejetização etc.); não concessão de férias; não concessão de intervalo para refeição e descanso; trabalho em condições insalubres ou perigosas, sem eliminação concreta dos riscos à saúde etc., deve-se proferir condenação que vise a reparação específica pertinente ao dano social perpetrado, fixada “ex officio” pelo juiz da causa, pois a perspectiva não é a da mera proteção do patrimônio individual, sendo inegável, na sistemática processual ligada à eficácia dos Direitos Sociais, a extensão dos poderes do juiz, mesmo nas lides individuais, para punir o dano social identificado.¹⁴³

Analisado o dano moral coletivo e os principais elementos que o circunscrevem, além de sua comparação com o novo instituto jurídico do dano social, faz-se necessário, em seguida, correlacioná-lo à discriminação praticada no âmbito nas relações de trabalho, especialmente às condutas cujas consequências apresentem dimensão transindividual.

Para tanto, no próximo capítulo serão abordados alguns conceitos considerados importantes para a melhor compreensão do assunto, atrelados à discriminação e aos fenômenos que lhe dão origem, com destaque para o preconceito, o estigma, o estereótipo e o racismo. Em seguida, serão apresentadas algumas formas de discriminação ocorridas no âmbito laboral, com destaque para os casos que projetam efeitos de ordem metaindividual. Por isto, com vistas a uma compreensão ampla do tema, serão expostos os conceitos dos direitos transindividuais e das suas três espécies: os direitos difusos, os coletivos e os

¹⁴³ Processo: RO 0049300-51-2009-5-15-0137. Data de Julgamento: 24/4/2012. Relator: Juiz Jorge Luiz Souto Maior. 6ª Turma do TRT da 15ª Região. Data de Publicação: DJE 27/4/2012.

individuais homogêneos. Por fim, serão analisados os principais objetivos da tutela coletiva na solução dos conflitos que envolvem os direitos coletivos e seus benefícios nas relações de trabalho.

CAPÍTULO II: A DIMENSÃO TRANSINDIVIDUAL DA DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO.

1 - Preconceito e discriminação.

A discriminação pode ser entendida como toda conduta comissiva ou omissiva baseada em critérios injustos, como sexo, idade, cor ou religião, que viole direitos da pessoa e confira tratamento desigual a indivíduos que se encontram em uma mesma situação fática. Trata-se de uma postura repreensível no Estado Democrático de Direito, que se ampara, sobretudo, no valor igualdade. Na relação empregatícia, marcada pela subordinação, ainda que jurídica¹⁴⁴, na qual o empregador é dotado de poderes conferidos pela ordem jurídica para dirigir a prestação pessoal dos serviços¹⁴⁵, a discriminação alcança feições ainda mais relevantes e consequências graves.

Segundo Delgado, "discriminação é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ele vivenciada"¹⁴⁶.

Para Barros, a discriminação pode ser entendida como o preconceito em sua forma ativa, isto porque, ainda que condenável, o preconceito por si só não atenta contra direitos subjetivos, salvo quando se exterioriza em forma de discriminação. E complementa afirmando que, "a não discriminação é, provavelmente, a mais expressiva manifestação do princípio da

¹⁴⁴ Alice Monteiro de Barros relembra que a subordinação jurídica é mais tênue em relação a certos empregados, como os que realizam trabalhos intelectuais, e mais intensa em relação a outros, como o jogador de futebol. Em regra, o que caracteriza a subordinação é o respeito do empregado às diretivas constantes e analíticas do empregador sobre o modo e o tempo em que será executada a prestação de serviços. Alice Monteiro de Barros. *Curso de direito do trabalho*, págs. 233-234.

¹⁴⁵ CLT. Art. 2º. : "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços".

¹⁴⁶ Mauricio Godinho Delgado. *Direito Coletivo do Trabalho*, pág. 773.

igualdade, cujo reconhecimento, como valor constitucional, inspira o ordenamento jurídico no seu conjunto”¹⁴⁷. Ademais, afirma a autora que:

Para se conhecer bem a discriminação, não basta identificar suas manifestações, mas principalmente as razões que ensejam, as quais poderão ser arroladas da seguinte forma: o ódio, a “superioridade racial”, a antipatia, os preconceitos, a ignorância, o temor, a intolerância e a política meditada e estabelecida¹⁴⁸.

Os maiores alvos de discriminação são as pessoas que integram grupos marginalizados pela sociedade, termo aqui concebido como classe de indivíduos que se encontram à margem da organização social e em razão disto encontram obstáculos de acesso aos bens da vida mais elementares.¹⁴⁹ Esta avaliação negativa, que constitui o cerne da discriminação, decorre de fenômenos de ordem psicológica e cultural, tais como o estereótipo, o racismo, o estigma e o preconceito. Por isto, para a adequada compreensão do tema é importante conceituar e distinguir cada uma destas palavras.

É importante ressaltar que os fenômenos ora expostos, por terem natureza complexa, demandam um estudo interdisciplinar. Neste sentido, é possível compreender a razão da inexistência de uma conceituação uníssona e precisa sobre o tema discriminação, posto que tudo dependerá do ponto de vista adotado, conforme a área de conhecimento em destaque, se de cunho biológico, sociológico, psicológico, psicanalítico, antropológico ou de outra natureza.

Em síntese, não existe uma linha de pensamento exclusiva a ser acolhida, considerada a melhor ou a mais completa, sendo necessária a conjugação de pontos de vistas variados para a perfeita compreensão do preconceito e das demais figuras que conduzem à discriminação. Todos estes conceitos interpenetram-se e por isto não devem ser compreendidos de maneira estanque.

O primeiro fenômeno a ser apresentado é o racismo, por sua maior incidência nos casos de discriminação, o qual pode ser analisado em um sentido mais estrito ou em uma concepção mais ampla. Segundo Munanga, o conceito de racismo no sentido estrito pressupõe que certos traços genéticos diferenciam as raças e o racismo se manifesta todas as vezes que, na interação conflitual de categorias diferentes, surge um modo de exclusão baseado na marca

¹⁴⁷ Alice Monteiro de Barros. *Curso de Direito do Trabalho*, pág. 1.098.

¹⁴⁸ Alice Monteiro de Barros. *Curso de Direito do Trabalho*, pág. 1.100.

¹⁴⁹ José Claudio Monteiro de Brito Filho. *Trabalho Decente*, pág. 87.

biológica. Sob esta ótica, o racismo é considerado um fenômeno recente na história da humanidade, associado à história da ciência e da cultura ocidental¹⁵⁰.

Por outro lado, a partir dos anos 70, apareceram formas derivadas do termo racismo: racismo antijovem, racismo anti-imigrante, racismo anti-homossexual, o que sugere a universalidade do racismo no tempo e no espaço e atribui sua causa à psicologia humana. Observe que neste sentido amplo do racismo, o elemento central é a intolerância contra aquele que é diferente e a palavra raça não está em destaque, por isso é considerado um racismo por analogia ou por metaforização¹⁵¹. Em última análise, a palavra racismo seria usada com o mesmo significado de preconceito ou de intolerância.

O conceito jurídico de racismo pode ser encontrado no art. 1º, I, do Estatuto da Igualdade Racial, lei 12.288 de 2012, segundo o qual considera-se:

Discriminação racial ou étnico-racial toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica **que tenha por objeto** anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos ou liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada. (grifo nosso).

Lopes tece críticas a esta conceituação, por entender que houve retrocesso em relação à moderna concepção de discriminação racial no mundo jurídico, desvinculada do elemento volitivo. Para o autor, a expressão "que tenha por objeto" pressupõe que para a configuração do racismo seja necessária a demonstração da intencionalidade, da vontade de discriminar, o que vai de encontro à construção de um conceito de cunho objetivo, com vistas a facilitar a comprovação de práticas discriminatórias, sobretudo a discriminação indireta. Esta falha deve ser corrigida pela doutrina e pela jurisprudência, sob o argumento de que uma lei ordinária não pode reduzir uma garantia constitucional¹⁵².

Por outro lado, a lei apresenta aspectos positivos, como a expressa previsão da possibilidade de ajuizamento da ação civil pública na defesa dos direitos da população negra em face de atos discriminatórios, nos seguintes termos: Art. 55: "Para a apreciação judicial das lesões e das ameaças de lesão aos interesses da população negra, recorrer-se-á, entre

¹⁵⁰ Kabengele Munanga. *Teorias sobre o racismo in Racismo: perspectivas para um estudo contextualizado da sociedade brasileira*, pág. 45.

¹⁵¹ Kabengele Munanga. *Teorias sobre o racismo in Racismo: perspectivas para um estudo contextualizado da sociedade brasileira*, págs. 51-58.

¹⁵² Otavio Brito Lopes. *Minorias, Discriminação no trabalho e Ação Afirmativa Judicial*, pág. 152.

outros instrumentos, à ação civil pública" Neste sentido, o dispositivo fortalece o sistema de tutela coletiva, especialmente no campo da discriminação racial¹⁵³.

Ainda sobre a discriminação racial, O Ministro do STF, Joaquim Barbosa Gomes, alerta para a existência do chamado racismo inconsciente, lembrando que no Brasil

Algumas (não todas), 'práticas discriminatórias', sobretudo em matéria de educação e emprego, se enquadram perfeitamente nessa modalidade. Banalizadas, passam a integrar a prática institucional 'normal' e são ofuscadas pela ausência de questionamentos propiciada pelo mito da democracia racial¹⁵⁴.

Interessante abordagem sobre o mito da democracia racial foi feita pelo professor Hasenbalg, em Conferência realizada no programa de educação sobre o negro na sociedade brasileira, em 1995, na Universidade Federal Fluminense. No seu entender, o mito da democracia racial tem um duplo efeito. Por um lado, oculta as desigualdades raciais e dificulta a percepção do racismo; por outro lado, tende a coibir formas extremadas e violentas de racismo que estão ocorrendo em outros países. Um exemplo disto foi a criação, em 1992, da primeira delegacia especializada em crimes raciais, como resposta imediata do poder público a alguns incidentes ocorridos no mesmo ano em São Paulo, protagonizados por *skinheads*¹⁵⁵.

Hasenbalg aborda o racismo a partir do que ele denomina de mito fundacional do Brasil, segundo o qual, brancos, negros e índios são os três componentes fundadores da nacionalidade brasileira. Entretanto, para o autor, se por um lado temos a integração simbólica, por outro temos a subordinação nos planos social e econômico, o que aproxima o Brasil mais da situação de racismo tradicional, onde prevalece a lógica da inferioridade. Por sua vez, a apologia da mestiçagem, que se traduz na ambiguidade entre grupos étnicos e raciais e o hibridismo ou mestiçagem cultural, são fatores que funcionam como elementos inibidores de formas diferenciais de racismo, por contribuírem para a manutenção do mito da democracia racial no Brasil¹⁵⁶.

Outro fenômeno que conduz à discriminação é o estigma, que se manifesta quando uma característica é negativamente avaliada por um grande número de pessoas. Uma incapacidade, um defeito físico ou doença mental, cor não branca, falta de capacidade atlética

¹⁵³ Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, págs. 130.

¹⁵⁴ Joaquim Barbosa Gomes. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da igualdade*, pág. 30.

¹⁵⁵ Carlos A. Hasenbalg. *Relações raciais no contexto nacional e internacional in Racismo: perspectivas para um estudo contextualizado da sociedade brasileira*, pág. 14.

¹⁵⁶ Carlos A. Hasenbalg. *Relações raciais no contexto nacional e internacional in Racismo: perspectivas para um estudo contextualizado da sociedade brasileira*, pág. 15.

e homossexualidade são exemplos de características consideradas estigmatizadas, pelo menos em algumas sociedades. Por ser um fenômeno social, o estigma varia no tempo e no espaço, conforme a cultura de determinada comunidade e o momento histórico, e tende a perpetuar-se, com os valores sociais propagados de geração a geração.

Goffman anota que foram os gregos que criaram o termo estigma para aludir aos sinais corporais com os quais se demonstrava algo de extraordinário ou de mau sobre o status moral de quem os apresentava. Estes sinais eram feitos com corte ou fogo e serviam para evidenciar que o portador era um escravo, um criminoso ou um traidor, ou seja, uma pessoa marcada e que devia ser evitada. Na concepção atual, que é próxima do conceito originário, o autor desenvolveu sua análise com base na noção de identidade social¹⁵⁷.

Segundo o autor, a sociedade estabelece categorias de pessoas e os atributos comuns e naturais encontrados na maioria delas. Na interação social, quando nos deparamos com um estranho, os primeiros aspectos desta pessoa são observados para se prever a categoria em que esteja inserido e os seus atributos, ou seja, sua identidade social. A partir destas pré-compreensões, criam-se expectativas normativas, exigências apresentadas de modo rigoroso. Desta forma, criam-se identidades sociais virtuais, que não necessariamente coincidem com as identidades sociais reais. A tendência é atribuir uma série de imperfeições a partir da imperfeição original e ao mesmo tempo imputar atributos desejáveis, mas não desejados¹⁵⁸. Segundo o autor:

Por definição, é claro, acreditamos que alguém com um estigma não seja completamente humano. Com base nisso fazemos vários tipos de discriminações, através das quais efetivamente, e muitas vezes sem pensar, reduzimos suas chances de vida: Construimos uma teoria do estigma; uma ideologia pra explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como as de classe social. Utilizamos termos específicos de estigma como aleijado, bastardo, retardado, em nosso discurso diário como fonte de metáfora e representação, de maneira característica, sem pensar no seu significado original¹⁵⁹.

Já o estereótipo, fenômeno que também conduz à discriminação, consiste na imputação de determinadas características, que podem ser falsas ou verdadeiras, a pessoas pertencentes a certos grupos. De acordo com Cashmore, “um estereótipo é frequentemente definido como uma generalização excessiva a respeito do comportamento ou de características de membros de determinados grupos”¹⁶⁰. Os estereótipos agregam-se de forma

¹⁵⁷ Erving Goffman. *Estigmas-notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, pág. 4.

¹⁵⁸ Erving Goffman. *Estigmas-notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, pág. 5.

¹⁵⁹ Erving Goffman. *Estigmas-notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, pág. 8.

¹⁶⁰ Ellis Cashmore. *Dicionário de relações étnicas e raciais*, pág. 194.

bastante sólida no psiquê das pessoas ao ponto de serem considerados como verdades absolutas, com plena capacidade de influir significativamente em suas decisões.

Segundo Crochík, os estereótipos surgem através da cultura e são propícios à estereotipia do pensamento do indivíduo preconceituoso. Eles fortalecem o preconceito e servem para sua justificativa, tendo por base mecanismos psíquicos que conduzem à percepção da realidade de forma primitiva. São exemplos de estereótipos presentes no Brasil a ideia de que as mulheres são péssimas motoristas, a de que a mulher bonita não é inteligente ou de que os negros não são honestos, dentre muitos outros¹⁶¹.

O estereótipo não se confunde com o preconceito, mas é um de seus elementos. Esclarece Munanga que o preconceito é uma reação individual, ao passo que o estereótipo é um produto predominantemente cultural, embora relacionado diretamente com mecanismos psíquicos infantis¹⁶². Neste sentido, a partir dos estereótipos apreendidos culturalmente, é possível formar uma opinião sobre uma pessoa sem nem mesmo conhecê-la, inclusive com apontamentos sobre traços de sua personalidade e aspectos morais, o que obviamente não é amparado em um juízo racional.

Lopes cita alguns estereótipos negativos presentes na cultura brasileira relacionados ao trabalho do negro e da mulher, como a ideia de que os negros são mais preguiçosos, mais lentos ou ainda menos escolarizados. O pensamento de que a mulher precisa cuidar da família, de que não pode assumir um cargo profissional mais elevado ou de que não aceita ser transferida para outra localidade. Segundo o autor, este último estereótipo é usado no discurso das instituições bancárias para não promoverem mulheres em sua escala funcional. Da mesma forma, mulheres não costumam ser contratadas como motoristas por conta do estereótipo de que não sabem dirigir, embora os dados estatísticos das seguradoras demonstrem exatamente o contrário¹⁶³.

O estigma e o estereótipo existem pelo não respeito às diferenças. Segundo Comparato,

As diferenças são biológicas ou culturais, e não implicam a superioridade de alguns em relação a outros. As desigualdades, ao contrário, são criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relação aos outros. Assim, enquanto as desigualdades devem ser rigorosamente proscritas, em razão do princípio da isonomia, as diferenças devem ser respeitadas

¹⁶¹ José Leon Crochík. *Preconceito, Indivíduo e Cultura*, pág. 25.

¹⁶² Kabengele Munanga. *Teorias sobre o racismo in Racismo: perspectivas para um estudo contextualizado da sociedade brasileira*, pág. 45.

¹⁶³ Otavio Brito Lopes. *Minorias, Discriminação no Trabalho e Ação Afirmativa Judicial*, pág. 151.

ou protegidas, conforme signifiquem uma deficiência natural ou uma riqueza cultural¹⁶⁴.

O preconceito, por sua vez, é um fenômeno psicológico, individual, que importa em um julgamento prévio e desfundamentado que se faz de pessoas ou grupos, uma opinião formada sem ponderação, mediante generalização, banalização ou mistificação. Pode derivar de um estigma, de um estereótipo, do racismo ou de outras razões. Segundo Crochík, na psicologia social¹⁶⁵ o preconceito é visto como uma atitude negativa, aprendida, dirigida a um grupo determinado, portanto, não é inato, mas condicionado, embora alguns traços de personalidade possam contribuir para que alguém incorpore preconceitos facilmente¹⁶⁶.

Nesta concepção, o que determina um indivíduo a ser ou não preconceituoso está relacionado ao seu processo de socialização, o que é fruto da cultura e da história. Tendo em vista que tanto o processo de tornar-se indivíduo, processo este que envolve a socialização, como o desenvolvimento da cultura ocorrem em função da adaptação do homem à luta pela sobrevivência, Crochík defende que o preconceito desenvolve-se como uma resposta a tais conflitos. Por isto, entende que a perfeita compreensão do preconceito demanda a utilização dos conceitos da psicologia e da sociologia, em uma perspectiva histórica. Segundo o autor, o indivíduo pressupõe uma esfera de intimidade ou de interioridade que se contrapõe a uma esfera exterior, mas a interioridade surge a partir desse mesmo exterior, o que significa que o indivíduo é produto da cultura, mas dela se diferencia por sua singularidade¹⁶⁷.

2 - Discriminação no trabalho.

A discriminação é um fenômeno presente na realidade brasileira, nos diversos segmentos da sociedade. Entretanto, suas consequências no âmbito laboral são ainda mais gravosas, posto que é através do trabalho que o homem se realiza, manifesta suas

¹⁶⁴ Fabio Konder Comparato. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, pág. 185.

¹⁶⁵ A psicologia social é um ramo da psicologia que estuda a determinação mútua entre o indivíduo e o seu meio social. Esta ciência analisa os aspectos sociais do comportamento e do funcionamento mental. Começou a desenvolver-se no início do século XX, nos Estados Unidos da América. Trata-se do estudo científico de como os pensamentos, sentimentos e comportamentos das pessoas são influenciados pela presença, real ou imaginária, de outros indivíduos. Disponível em http://gespsocial.com.br/geps/index.php?option=com_content&view=article&id=26&Itemid=24. Acesso em 16/2/2013.

¹⁶⁶ José Leon Crochík. *Preconceito, Indivíduo e Cultura*, pág. 18.

¹⁶⁷ José Leon Crochík. *Preconceito, Indivíduo e Cultura*, pág. 14.

potencialidades e capta recursos para sua subsistência e a de sua família. É neste ambiente que os indivíduos passam a maior parte de suas vidas.

Em matéria de trabalho, a discriminação deve ser entendida como a conduta pela qual se nega ao trabalhador igualdade de oportunidades no tocante à aquisição ou à manutenção do emprego, pela criação de desigualdades injustas entre as pessoas. O ambiente laboral é um campo fértil para práticas discriminatórias, em razão da subordinação que é inerente à prestação de serviços, mesmo que entendida no sentido estritamente jurídico. Isto porque, de alguma forma, aquele que discrimina pode sujeitar o que é discriminado, seja em razão da hierarquia existente na relação laboral, seja em função da hipossuficiência do empregado¹⁶⁸.

Boa parte dos trabalhadores, principalmente em países subdesenvolvidos como o Brasil, sujeita-se a situações vexatórias, pelo receio de perder sua fonte de renda. Submete-se a salários menores, a cargos inferiores e ainda a tratamento incompatível com sua condição humana, tudo em nome da manutenção do seu emprego. É fácil concluir, diante deste quadro, que os danos não são apenas de ordem física, como a perda de um emprego ou de uma oportunidade. Na verdade, os efeitos são ainda mais desastrosos, pelo fato da discriminação ter influência sobre os direitos da personalidade.

Quanto à hipossuficiência do empregado frente ao empregador, observam-se algumas mudanças nas relações de trabalho no Brasil, principalmente nos Estados mais desenvolvidos, sobretudo na região sudeste. A mudança decorre da natural lei da oferta e da procura, pois com a escassez de mão de obra, principalmente em serviços técnicos e intelectuais, a tendência é o fortalecimento da classe trabalhadora nas relações de emprego, que passa a ter maior poder de barganha na negociação por melhores salários e condições de trabalho. Nestes casos, a hipossuficiência é menos frequente e a subordinação mais tênue. Entretanto, é importante destacar que esta não é a realidade de todo o país, nem mesmo de todos os trabalhadores dos maiores centros produtivos. Não é por acaso que a discriminação e o assédio moral crescem nos variados ambientes empregatícios.

¹⁶⁸ A hipossuficiência, palavra de conteúdo polissêmico, foi o verdadeiro motivo da criação do direito do trabalho, ou seja, foi em razão da desvantagem do trabalhador em estabelecer cláusulas contratuais em igualdade de condições com o empregador que o Estado constatou a necessidade de intervir nesta relação e estabelecer conteúdos mínimos a reger o liame obrigacional nas relações de emprego.

No plano legal, encontra-se o conceito de discriminação em matéria de emprego e profissão no art. 1º da Convenção nº 111 da OIT - Organização Internacional do Trabalho, já ratificada pelo Brasil, que traz definição clara e precisa, nos seguintes termos:

Art. 1º

1. Para os fins da presente Convenção o termo “discriminação” compreende:

a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão.

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego e profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultas às organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam e outros organismos adequados.

2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

A partir deste conceito e do critério por ele adotado, observa-se que para que ocorra a discriminação não é necessária a vontade de discriminar, basta que a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social gere o efeito de destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão. Trata-se de uma opção legislativa, um mecanismo criado para facilitar a comprovação da discriminação através de um critério objetivo, o qual é importante principalmente para a comprovação da discriminação indireta, cuja intencionalidade não é manifesta, expressa. Nestes casos, a conduta é aparentemente neutra, mas o conteúdo discriminatório encontra-se presente na subjetividade do agente.

Segundo Lopes, na discriminação indireta, somente através do recurso da disparidade estatística é possível constatar os grupos alvo deste tipo de discriminação e a sua ocorrência, daí a importância da nova concepção de discriminação, destituída do elemento volitivo. Adverte que nesta análise é preciso levar em consideração a mesma localidade geográfica, o perfil da população e o grau de escolaridade, comparando-se a PEA, população economicamente ativa, com a escolaridade exigida por determinada empresa. Em um caso real, verificou-se que em um Estado da federação havia 40% de pessoas negras com segundo grau completo, enquanto na empresa analisada somente 17% ocupavam seu quadro de pessoal¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Otavio Brito Lopes. *Minorias, Discriminação no trabalho e Ação Afirmativa Judicial*, pág. 152.

A partir desta concepção, o Ministério Público do Trabalho criou o Programa de Promoção da Igualdade de Oportunidades para Todos, com foco no gênero e na raça, que teve início no ano de 2005. Neste projeto, foi utilizada a técnica da disparidade estatística em grandes empresas, onde o processo seletivo se repete continuamente, sendo o bancário o primeiro setor escolhido. Entretanto, embora tenha restado evidente a discriminação em relação a negros e mulheres, as ações ajuizadas não foram bem recebidas pelos órgãos jurisdicionais. Exigiu-se a demonstração do elemento subjetivo, em oposição ao que reza a Convenção n. 111 da OIT, e por conta disso as cinco demandas ajuizadas foram infrutíferas na primeira e na segunda instâncias da Justiça do Trabalho, mas aguardam o julgamento do TST. Segundo o autor, isto se deve ao mito da democracia racial no Brasil, que permeia todas as esferas sociais, inclusive o Poder Judiciário¹⁷⁰.

Por outro lado, nem toda distinção, exclusão ou preferência será considerada como discriminatória, de acordo com a Convenção n. 111 da OIT, pois são excluídas as qualificações exigidas para determinada função (art. 1º, inciso (2º)¹⁷¹), as medidas adotadas que afetem uma pessoa suspeita de praticar atividades prejudiciais à segurança do Estado (art. (4º)¹⁷²) e as medidas especiais de proteção ou assistências, conferidas, por exemplo, às mulheres grávidas e às crianças.

Lopes observa que existem várias causas de desigualdades no emprego, algumas decorrentes de discriminação, outras não. A diferenciação pode ocorrer por motivos variados, como as diferenças entre postos de trabalho, sendo uns mais perigosos que outros, alguns preenchidos preferencialmente por mulheres, outros por homens, assim como as distinções baseadas em merecimento, mérito, experiência ou formação. Nestes casos, não se está diante de uma conduta ilícita, vedada pelo ordenamento jurídico. Entretanto, em muitos outros casos, a diferenciação decorre pura e simplesmente de discriminação, que se manifesta na maior parte das vezes de forma indireta¹⁷³.

¹⁷⁰ Otavio Brito Lopes. *Minorias, Discriminação no trabalho e Ação Afirmativa Judicial*, pág. 157.

¹⁷¹ Convenção n. 111 da OIT. Art. 1º, inciso 2º: "As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação".

¹⁷² Convenção n. 111 da OIT. Art. 4º: "Não são consideradas como discriminatórias quaisquer medidas tomadas em relação a uma pessoa que, individualmente, seja objeto de uma suspeita legítima de se entregar a uma atividade prejudicial à segurança do Estado ou cuja atividade se encontre realmente comprovada, desde que a referida pessoa tenha o direito de recorrer a uma instância competente, estabelecida de acordo com a prática nacional."

¹⁷³ Otavio Brito Lopes. *Minorias, Discriminação no trabalho e Ação Afirmativa Judicial*, pág. 149.

3 - Hipóteses de incidência de discriminação no âmbito das relações de trabalho.

A discriminação nas relações de trabalho pode manifestar-se de forma a inibir o acesso ao emprego, a alterar a igualdade de oportunidade entre trabalhadores, a implicar em discrepâncias negativas de tratamento no emprego, como diferenças salariais ou estagnação em cargos de menor escalão, ou mesmo motivar a dispensa arbitrária¹⁷⁴. Quanto ao momento, portanto, pode ocorrer na fase da admissão, no curso do contrato de trabalho ou no momento do rompimento do pacto.

Na fase pré-contratual, a discriminação pode manifestar-se por meio de anúncios de emprego com clara segregação dos candidatos indesejados. Por ser uma conduta que ocorre com frequência, a CLT expressamente passou a proibir esta prática com a introdução do art. 373A, (I)¹⁷⁵, pela lei 9.799 de 1999. Este dispositivo, embora inserido no capítulo III, do título III, que trata da proteção do trabalho da mulher, também é aplicável a outros casos de discriminação, inclusive contra homens.

Mas nem sempre a intenção preconceituosa do empregador é explícita, casos em que a prova torna-se das mais tormentosas. Um exemplo disto ocorre quando o departamento pessoal do empregador é instruído a não contratar determinadas pessoas, seja pelo gênero, idade, raça, opção sexual ou qualquer outro motivo injusto que tenha por consequência o tratamento desigual entre pessoas iguais sob o ponto de vista jurídico. Em outras situações, a discriminação é praticada espontaneamente por funcionários do recursos humanos, imbuídos dos preconceitos que desenvolveram em suas vivências. Em ambos os casos o empregador responde, por ser responsável pelos atos praticados por seus prepostos¹⁷⁶.

Ainda no momento da contratação, a discriminação pode ser constatada não apenas pela recusa do emprego a determinadas pessoas, mas também pela distribuição das funções a serem exercidas e dos salários correlatos. Um exemplo é a preferência pela contratação de homens para cargos de chefia e direção e de mulheres para serviços de atendimento ao público, mesmo que os candidatos tenham a mesma formação. No tocante aos salários, a

¹⁷⁴ Alice Monteiro de Barros. *Curso de Direito do Trabalho*, pág. 1099.

¹⁷⁵ CLT. Art. 373A, I: "Publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir".

¹⁷⁶ Código Civil. 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."

discriminação é clara quando os candidatos são contratados para exercerem a mesma função, mas com salários distintos, situação esta também prevista na CLT e passível de correção por meio da equiparação salarial¹⁷⁷.

Outra forma de discriminação na fase pré-contratual ocorre quando a empresa elabora listas com os nomes dos trabalhadores indesejados, que por algum motivo não devam ser contratados por outras empresas, seja porque ajuizaram demandas trabalhistas em face de seus empregadores, seja porque participaram como testemunhas em processos a favor de outro trabalhador, enfim, por qualquer motivo que o empregador entenda nocivo para as suas atividades e seus interesses. Exemplo deste tipo foi julgado pela 8ª Turma do TRT da 1ª Região, em um processo que envolvia terceirização. Neste caso, a empresa tomadora adotou a prática de elaborar listas com nomes de pessoas que não poderiam ser contratadas pelas empresas terceirizadas que lhe prestavam serviço. O Tribunal entendeu que era o caso de abuso de direito e desvirtuamento da função social da empresa, e lhe impôs a condenação por dano moral coletivo¹⁷⁸.

As pessoas portadoras de deficiência são alvo de discriminação, principalmente na fase pré-contratual. Com vistas a sua inserção no mercado de trabalho e na vida social, o legislador previu a obrigatoriedade de contratação de pessoas reabilitadas ou portadoras de deficiência habilitadas por empresas com 100 ou mais empregados¹⁷⁹. Entretanto, muitas empresas descumprem esta norma e resistem em contratar pessoas com deficiência. Exemplo disto aconteceu com a rede de lojas Renner que, por consequência, foi multada em R\$220.000,00 pelo Ministério do Trabalho e Emprego. A questão chegou ao Judiciário Trabalhista, por meio de uma demanda ajuizada pela empresa que sofreu a multa, na qual pleiteava a anulação do auto de infração. O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região manteve a sentença que julgou improcedente o pedido¹⁸⁰.

No curso do contrato de trabalho maiores são as possibilidades de ocorrência da discriminação, seja em relação à distribuição das tarefas, seja na possibilidade de ascensão na

¹⁷⁷ CLT. Art. 461: "Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade."

¹⁷⁸ Processo: RO 0115100-03.2004.5.01.0004. Data de julgamento: 06/4/2011. Relator: Marcelo Augusto Souto de Oliveira. 8ª Turma do TRT da 1ª Região.

¹⁷⁹ Lei 8.213 de 1991. Art. 93: "A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigado a preencher de 2% (dois por cento) a 5 % (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas..."

¹⁸⁰ Processo: RO 0001918-66.2011.5.04.0018. Data de Julgamento: 16/1/2013. Relator: Claudio Antonio Cassou Barbosa. 3ª Turma do TRT da 4ª Região.

carreira ou mesmo em relação à retribuição pelo trabalho prestado¹⁸¹. Entretanto, em regra, no decorrer do liame empregatício dificilmente o empregado ingressa na via judicial, pois teme perder o emprego. Foi isto o ocorreu no caso julgado pela 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho na 4ª Região, cuja despedida foi considerada discriminatória e o réu condenado por danos morais¹⁸².

Por fim, no momento da dissolução do pacto laboral, manifesta-se a ilegalidade quando o motivo ensejador do ato demissional encontra-se eivado de intenção discriminatória. Neste momento, ainda que a entidade empresarial esteja em crise financeira, observa-se a discriminação, por exemplo, quando as primeiras pessoas demitidas são mulheres em idade de procriação¹⁸³, idosos ou outro grupo de trabalhador mais vulnerável ao preconceito e à discriminação. Outro exemplo comum é a demissão de empregados doentes, como é o caso dos portadores do vírus da AIDS, mesmo quando estejam em condições normais de trabalho.

É bom lembrar que no Brasil permite-se a dispensa imotivada, que configura um direito potestativo do empregador¹⁸⁴, o que não se confunde com a demissão arbitrária, motivada em preconceito. Em regra, cabe ao empregado despedido por motivo discriminatório comprovar este fato, de acordo com as regras processuais de distribuição do ônus da prova, previstas no art. 333 do Código de Processo Civil e no art. 818 da CLT.

¹⁸¹ Neste sentido, veja-se a seguinte ementa: "Recurso ordinário. Violação do princípio da isonomia. Promoções aos empregados que recebiam gratificações em valores elevados. É manifesto o tratamento discriminatório quando privilegiados, com promoções de níveis, empregados que recebiam altas gratificações de função em detrimento dos demais empregados da reclamada. Revela-se totalmente contrário ao direito a reclamada violar regra prevista em seu plano de cargos e salários ao realizar progressão de nível de alguns empregados, sem atentar aos critérios nele estabelecidos, como as promoções alternadas por antiguidade e merecimento. Em que pese ao tratamento discriminatório verificado, a solução para corrigi-lo não é igualar os empregados à situação contrária ao direito, violadora dos princípios da moralidade, publicidade, legalidade e impessoalidade insertos no caput do artigo 37 da atual Constituição da República que regem a Administração Pública. A medida adequada é fazer cessar o ato em desconformidade ao direito e responsabilizar os administradores que assim procederam através dos meios legais permitidos no ordenamento jurídico vigente". Processo: RO 0169000-22.2005.5.01.0017. Data de Julgamento: 12/9/2011. Relator: Desembargadora Federal do Trabalho Flavio Ernesto Rodrigues Silva. 10ª Turma do TRT da 1ª Região. Revista TRT/RJ 1ª Região. Rio de Janeiro. V.23. N. 50. P. 1-276. Jul./dez. 2011.

¹⁸² "INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. Configura-se ilícita a conduta da empregadora que, exorbitando seus poderes diretivos, motivada pelo fato da reclamante ter ajuizado reclamatória trabalhista contra a reclamada, despede-a repentinamente. Despedida arbitrária e discriminatória que caracteriza dano moral, emergindo o dever de indenizar. Recurso da autora a que se dá provimento." Processo: RO 0000660-76.2010.5.04.001. 3ª Turma do TRT da 4ª Região. Relator: Desembargadora Maria Madalena Telesca. Data de Publicação: 16/11/2012.

¹⁸³ Neste sentido, veja-se a seguinte ementa: Dano moral. Constitui dano moral tratamento discriminatório em relação à empregada que teve a dispensa anulada por estar grávida, sendo o estado gravídico circunstância agravante. Processo: RO 0096500-87.2005.5.01.0071. Data de Julgamento: 04/10/2011. Relator: Desembargadora Federal do Trabalho Damir Crcibradic. 4ª Turma do TRT 1ª Região. Revista TRT/RJ 1ª Região. Rio de Janeiro. V.23. N. 50. P. 1-276. Jul./dez. 2011.

¹⁸⁴ É o que se depreende da leitura do art. 487 da CLT.

Entretanto, em relação ao empregado portador de doença grave, a jurisprudência do TST evoluiu e criou uma hipótese de presunção relativa, não prevista em lei, mas consignada na Súmula 443.

Súmula 443 do TST.

Dispensa discriminatória. Presunção. Empregado portador de doença grave. Estigma ou preconceito. Direito à reintegração.

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego¹⁸⁵.

Questiona-se a validade desta súmula, sob o argumento de que ela teria criado uma espécie de estabilidade não prevista em lei. Na medida em que não previu a indenização para a demissão discriminatória, mas a invalidade do ato demissional e a reintegração do empregado, conseqüentemente criou uma nova modalidade de estabilidade, sem base legal, o que violaria o princípio da legalidade¹⁸⁶.

Na ementa abaixo, o órgão julgador seguiu o entendimento do TST, que já estava consolidado mesmo antes da edição da Súmula 443.

TRABALHADOR PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. ÔNUS DA RECLAMADA COMPROVAR SUA LICITUDE.

Conforme jurisprudência reiterada do C. TST, a dispensa do empregado portador de HIV é presumidamente discriminatória, podendo ser elidida por prova em contrário, cabendo, em tais hipóteses, ao empregador demonstrar que sua decisão em romper o vínculo de emprego não se deu com esse escopo e que não tinha conhecimento do problema de saúde que aflige o trabalhador quando de sua demissão. Desta forma, se do conjunto probatório constante dos autos não restar comprovado qualquer ato discriminatório praticado pela reclamada em razão do problema de saúde do autor, deve-se reconhecer a licitude da dispensa, sendo indevida, portanto, indenização por danos morais decorrente. Recurso da reclamada provido¹⁸⁷.

Sobre dispensa imotivada envolvendo pessoa readaptada, interessante questão foi abordada no recurso de revista nº RR-92300-55.2009.5.15.0023. Nas instâncias anteriores, foi determinada a reintegração de um empregado que sofrera acidente de trabalho e fora readaptado perante a Previdência Social para exercer outra função na mesma empresa. Argumentou-se que a dispensa de empregado readaptado condiciona-se às regras do art. 93 da lei 8.213 de 1991, que determina a manutenção de no mínimo 2% de trabalhadores

¹⁸⁵ Súmula 443 do TST. Res. 185 de 2012. DEJT divulgado em 25, 26 e 27 de 27.09.2012.

¹⁸⁶ Maria Carla Baêta Vieira. Vedação à dispensa discriminatória: análise da Súmula 443 do TST. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigo&ver=2.040253>>. Acesso em: 17/2/2013.

¹⁸⁷ Processo: RO 0001796-91.2010.5.08.0013. Data de Julgamento: 20/3/2012. Relator: Desembargadora Maria Valquíria Norat Coelho. 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Data de Publicação: 23/3/2012.

readaptados ou deficientes habilitados nas empresas com mais de 100 empregados, bem como a contratação de substituto de condição semelhante antes da demissão. O TST não conheceu do recurso interposto pela empresa Fibria Celulose S.A., sob o argumento de que estaria impossibilitado de reavaliar fatos e provas em sede de recurso de revista, nos termos da Súmula 126 do TST¹⁸⁸.

É possível encontrar exemplos de condutas discriminatórias praticadas após o rompimento do contrato de trabalho, mas com reflexos na vida profissional do trabalhador. É o que ocorre quando o ex empregador emite opinião desabonadora sobre seu ex empregado a terceiros, possíveis patrões, em retaliação por ter sido acionado na Justiça do trabalho. Foi isto o que ocorreu em uma demanda que chegou ao TST por meio de um recurso de revista, que confirmou a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Nesta lide, o empregado simulou ser um futuro empregador, que queria informações do ex empregado, que na verdade era ele próprio. Para demonstrar que o ex empregador emitia opinião desabonadora sobre ele, gravou a conversa telefônica e ingressou em juízo para comprovar a conduta discriminatória. Em todas as instâncias a gravação telefônica foi considerada um meio de prova lícito, e a conduta discriminatória foi equiparada à elaboração de listas negras¹⁸⁹.

Quanto aos motivos, a discriminação pode ter variados fundamentos, com destaque para o racismo, o preconceito, o estigma e o estereótipo. Estes fenômenos, já abordados, são de ordem psicológica e cultural, por isso tamanha é a dificuldade em se eliminar ou ao menos reduzir a prática de condutas discriminatórias nas relações de trabalho e nos demais segmentos da sociedade.

Outra classificação apresentada pela doutrina é a distinção entre segregação horizontal e segregação vertical, principalmente em relação à discriminação contra a mulher. No plano horizontal constata-se a segregação na divisão das tarefas, o que é resultado dos estereótipos criados nas sociedades. Assim, às mulheres, ainda hoje, são destinadas funções do tipo assistencial, como de professora, secretária e enfermeira. Esta segregação gera efeitos também na diferença salarial entre homens e mulheres, pois as tarefas comumente exercidas por mulheres tendem a ser menos valorizadas e mal remuneradas. Neste caso, a lei não terá o condão de mudar os valores sociais. Já a segregação vertical relaciona-se à possibilidade de

¹⁸⁸ Processo: TST-RR-92300-55.2009.5.15.0023. Data de Julgamento: 11/12/12. Relator: Ministro Emmanoel Pereira. 5ª Turma do TST. Data de publicação: DEJT 19/12/2012.

¹⁸⁹ Processo: TST-RR-600800-64.2005.5.17.0181. Data de Julgamento: 28/11/2012. Relator: Ministra Delaíde Miranda Arantes. 7ª Turma do TST. Data de Publicação: 19/12/2012.

ascensão na carreira para a ocupação de postos de direção, o que também está atrelado aos aspectos psicológicos e principalmente culturais de cada sociedade¹⁹⁰.

4 - Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Inicialmente, cumpre esclarecer a opção adotada neste trabalho de se utilizar a palavra direito para referir-se aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Foi adotado o entendimento de que os institutos abordados constituem verdadeiros direitos subjetivos, com a ciência de que a questão é divergente na doutrina e na jurisprudência.

Seguindo os ensinamentos de Didier Jr e Zaneti Jr, a distinção entre direito subjetivo e interesse legítimo não deve prosperar no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que esta última categoria não é adotada no país, além da distinção não ter operacionalidade prática. Relembrem que a diferenciação surgiu na Itália, país onde vigora a dualidade de jurisdição, ao contrário do Brasil, que aplica os princípios da unidade de jurisdição e da inafastabilidade da apreciação jurisdicional. Segundo os autores:

Percebe-se que se trata, assim, de uma distinção histórica e peculiar ao sistema italiano, que não tem qualquer aplicação ao direito brasileiro, em que os conceitos de interesse legítimo e direito subjetivo se reduzem à categoria por nós conhecida como direitos subjetivos (que aqui podem ser públicos ou privados, individuais ou coletivos).

Tanto o direito subjetivo quanto o interesse legítimo são, portanto, direitos. A distinção da doutrina italiana pode fazer sentido na Itália, mas não se justifica no ordenamento jurídico brasileiro, que prevê a unidade de jurisdição¹⁹¹.

Os direitos coletivos em sentido lato englobam os direitos difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. São estes os novos direitos, que se destacam por certas particularidades que os distinguem dos direitos individuais, e exatamente por estas características demandam um regramento próprio. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, parágrafo único, propôs definições para as três modalidades de direitos coletivos, que são aceitas na doutrina e na jurisprudência, inclusive reiteradas na maioria dos Projetos de Código Brasileiro de Direito Processual Coletivo.

Parcela da doutrina sugere que os direitos difusos e os coletivos sejam aglutinados em uma só modalidade, em razão das características em comum. Argumenta-se que estes direitos seriam essencialmente coletivos, ao contrário dos direitos individuais homogêneos, apenas

¹⁹⁰ Alice Monteiro de Barros. *Curso de Direito do Trabalho*, pág. 1125.

¹⁹¹ Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, pág. 92.

acidentalmente coletivos¹⁹². Sobre esta distinção, fala-se também em defesa de direitos coletivos, em relação ao primeiro grupo, e em defesa coletiva de direitos, no que tange à tutela dos direitos individuais homogêneos.

Os direitos difusos e os coletivos em sentido estrito apresentam dois elementos em comum, a transindividualidade e a natureza indivisível do objeto. Entretanto, diferenciam-se em relação à identificação dos titulares dos direitos e também quanto à existência ou não de vínculo jurídico anterior entre os titulares ou entre estes e a parte adversa. Já os direitos individuais homogêneos são, por essência, direitos individuais, por isso tamanha é a diferença em relação aos demais direitos coletivos, porém, foram todos englobados na mesma categoria por política legislativa. O objetivo desta ficção legal foi possibilitar a tutela coletiva de determinados direitos individuais com a finalidade de obter economia processual, desafogar o Judiciário, salvaguardar o princípio da igualdade da lei e, sobretudo, proporcionar efetivo acesso à justiça, principalmente nos conflitos em que o pequeno valor do benefício almejado represente manifesto desestímulo para a formulação da demanda.

Didier Jr e Zaneti Jr apresentam importante observação em relação à tutela jurisdicional pleiteada em juízo. Os autores constataram que a tutela coletiva repressiva, portanto posterior à lesão, dirige-se aos direitos individuais homogêneos, posto que a aglutinação decorre de uma origem comum, enquanto a ação coletiva preventiva, inibitória, cujo objeto é evitar o dano a um número indeterminado de pessoas, relacionadas ou não entre si, destina-se à tutela dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito¹⁹³.

Por fim, como a distinção entre as três espécies de direitos coletivos é importante para a melhor compreensão do tema desenvolvido neste estudo, o qual está intimamente ligado à dimensão coletiva dos danos morais decorrentes de discriminação nas relações de trabalho, serão expostas, a seguir, as principais características de cada um deles.

4.1 - Direitos difusos.

De acordo com o art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor, são interesses ou direitos difusos, para os efeitos do código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

¹⁹² Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, pág. 75.

¹⁹³ Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, pág. 73.

Observam-se, no conceito proposto, elementos subjetivos e objetivos, os primeiros relativos à titularidade dos direitos difusos e os segundos referentes às características dos direitos em questão.

A transindividualidade significa que os direitos difusos não pertencem a uma pessoa ou a um grupo de pessoas com exclusividade, mas a um número indeterminado de titulares. A doutrina também utiliza as expressões metaindividualidade e supraindividualidade como sinônimos. Este elemento também está presente nos direitos coletivos em sentido estrito, embora, neste caso, os sujeitos sejam determináveis, posto que ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

A indivisibilidade do direito, por sua vez, é uma qualidade do objeto. Nas demandas coletivas que envolvem direitos difusos e coletivos, o objeto é por natureza indivisível, incindível, como ocorre em diversas situações que envolvem os consumidores, o meio ambiente ou mesmo os valores de uma comunidade, como os princípios da igualdade e da não discriminação. O dano provocado a um direito difuso tem uma dimensão coletiva, por isso o tratamento adotado será necessariamente unitário, seja ele positivo ou negativo. Assim, uma vez satisfeito o direito, a todos os titulares a decisão aproveitará; por outro lado, em caso de rejeição da tutela jurídica pleiteada, a decisão afetará toda a coletividade envolvida¹⁹⁴.

Mendes ressalta que a falta de clareza e os erros cometidos na correta caracterização dos fatos propiciam confusão na doutrina e na jurisprudência. Um exemplo notório, segundo o autor, são os pedidos de limitação de reajuste de mensalidade ou formulações semelhantes. Embora os pedidos, por natureza, relacionem-se a direitos individuais, posto que cada aluno isoladamente ou mesmo em grupo poderia ingressar em juízo e pleitear a não incidência do reajuste, parte da doutrina e dos Tribunais interpreta a indivisibilidade de forma mais ampla. Para eles, o requisito da indivisibilidade pode ser suprido quando o pedido for formulado no sentido de um provimento jurisdicional comum, mesmo não sendo, por natureza, incindível¹⁹⁵.

Segundo Mendes:

A indivisibilidade pertinente aos interesses e direitos essencialmente coletivos enseja a obrigatoriedade do tratamento transindividual, na medida em que

¹⁹⁴ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, pág. 219.

¹⁹⁵ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, pág. 216.

a indivisibilidade produz efeitos e reflexos, de maneira inexorável, não apenas para os que figuraram como parte no processo, mas para todas as pessoas interessadas. Produzirá efeitos importantes, conseqüentemente, no regime da legitimação, da litispendência e da coisa julgada¹⁹⁶.

Nos Estados Unidos, a essência coletiva do processo está relacionada à obrigatoriedade de proteção metaindividual, mediante o uso das *class actions (mandatory class actions)*, nos termos da regra 23 (b) (1) (A), com a finalidade de impedir condutas incompatíveis da parte adversa da classe e também a instauração de uma demanda, por determinada pessoa, que na prática disponha de interesse de outros indivíduos que não figuraram como parte e, por consequência, possa prejudicar seus interesses. No Brasil, o caráter essencialmente coletivo de uma demanda está relacionado à indivisibilidade do objeto, que importará em tratamento unitário¹⁹⁷.

A segunda característica, de que os titulares sejam pessoas indeterminadas, é um ponto de diferenciação entre os direitos difusos e os coletivos, considerando que a transindividualidade está presente em ambas as modalidades de direitos coletivos em sentido lato. Aqui, os direitos não pertencem a uma pessoa específica ou a um grupo determinado, mas a um número indeterminado de pessoas ou ao menos de difícil ou impossível determinação, por não estarem necessariamente ligadas por um vínculo jurídico definido. Não se exige que a indeterminação seja absoluta, mas apenas que seja difícil ou mesmo irrazoável. Neste sentido, observa-se que o direito difuso deve ser qualificado por exclusão, ou seja, quando não for possível determinar os titulares do direito e também quando não houver relação jurídica base entre os titulares ou entre estes e a parte contrária¹⁹⁸.

Por fim, a última característica a determinar a existência de um direito difuso é a ausência de uma relação jurídica prévia entre os titulares do direito ou mesmo entre estes e a parte adversa. As pessoas são ligadas apenas por situações fáticas, seja por morarem na mesma região, seja por consumirem o mesmo produto. É o acaso que as faz titulares em comum do mesmo direito, o qual, frise-se, pertence a todos indistintamente e a ninguém de forma isolada. É por isso que a coisa julgada advinda da sentença de procedência do pedido terá efeitos *erga omnes*, nos termos do art. 103, I, do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁹⁶ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, pág. 218.

¹⁹⁷ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, pág. 212.

¹⁹⁸ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, pág. 219.

Lenza aponta mais uma característica dos direitos difusos, que decorre das demais: a indisponibilidade. Para o autor, a transindividualidade e a indivisibilidade do objeto são elementos que obstam um único indivíduo a dispor de algo que, apesar de também lhe pertencer, é ao mesmo tempo de todos. O mesmo raciocínio poderia ser utilizado no tocante à irrenunciabilidade destes direitos, o que vedaria, por exemplo, a transação e, por conseguinte, a utilização do termo de compromisso de ajustamento de conduta, instrumento de caráter extrajudicial do qual é munido o Ministério Público com a finalidade de proteger os bens jurídicos ora em comento.

Entretanto, Lenza defende a transação em situações específicas, quando a situação concreta demonstrar que o imediato acordo é mais vantajoso para a proteção e preservação do bem que a continuidade da demanda judicial. Para tanto, alguns requisitos devem ser observados, ante as peculiaridades dos bens objeto de proteção. Assim, somente teriam prerrogativa para celebrar uma transação envolvendo direitos difusos as entidades legitimadas para ingressar com a ação civil pública que sejam, ao mesmo tempo, Órgãos Públicos, o que excluiria as associações e a Administração Pública indireta¹⁹⁹. Ademais, não é admissível concessão relativa ao direito material, posto que indisponível, mas apenas em relação ao modo e ao termo do ajuste. Aliás, este segundo requisito, para alguns doutrinadores, retira do instituto a natureza jurídica da transação, por mais se assemelhar a um comprometimento de conduta às exigências legais ou ainda ao reconhecimento do pedido²⁰⁰.

Outra característica presente nos direitos difusos é sua alta conflituosidade, em decorrência da necessária escolha política a permear as decisões judiciais. Isto porque no choque entre direitos difusos distintos, a escolha no caso concreto pela preponderância de um deles terá como efeito o preterimento do outro, sendo que esta escolha envolverá inúmeras pessoas e o conflito será inevitável.

4.2 - Direitos coletivos *stricto sensu*.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, parágrafo único, II, conceitua os direitos coletivos *stricto sensu*, para os efeitos do código, como os interesses ou direitos

¹⁹⁹ Pedro Lenza. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*, pág. 78.

²⁰⁰ Pedro Lenza. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*, pág. 79.

transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base²⁰¹.

Leite e Ayala apontam as seguintes características dos direitos coletivos: transindividualidade real ou essencial restrita, limitada ao grupo, à classe ou à categoria de pessoas; determinabilidade dos sujeitos, ligados entre si ou com a parte adversa por uma relação jurídica base; disponibilidade coletiva e indisponibilidade individual, além da reparabilidade indireta²⁰².

A transindividualidade e a indivisibilidade do objeto são elementos comuns encontrados nos direitos difusos e nos coletivos em sentido estrito, características estas que os alocam em uma mesma categoria jurídica, dos direitos essencialmente coletivos. Por isto, fala-se em tutela de direitos coletivos, quando se está diante de direitos difusos e coletivos, e em tutela coletiva de direitos, no caso dos direitos individuais homogêneos.

No tocante à identificação dos titulares, ao contrário do que ocorre com os direitos difusos, aqui as pessoas são perfeitamente identificáveis, por haver entre elas ou com a parte contrária uma relação jurídica base. Esta relação deve ser anterior à lesão, tal como ocorre entre a classe de acionistas de uma sociedade, entre o grupo de pessoas contribuintes de determinado imposto ou entre estudantes de uma mesma escola. A anterioridade do vínculo é essencial para a configuração do direito coletivo. Veja-se o exemplo da propaganda enganosa, situação em que a ligação entre as pessoas e a parte adversa ocorre em razão da lesão e não do vínculo preexistente, o que configura direito difuso e não coletivo em sentido estrito²⁰³.

Lenza destaca que a alta conflituosidade também está presente nos direitos coletivos em sentido estrito, embora de maneira menos intensa e de natureza diversa daquela presente nos direitos difusos. Isto porque os direitos coletivos são organizados em grupos sociais definidos, cuja representação é do tipo convencional ou institucional, de modo que a conflituosidade torna-se circunscrita ao grupo, classe ou categoria de pessoas²⁰⁴.

²⁰¹ A nova Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo, Lei 12.016 de 2009, utilizou conceito similar ao proposto pelo Código de Defesa do Consumidor, embora tenha se referido somente a direitos coletivos, sem menção a interesses, e feito alusão apenas ao grupo ou à categoria, sem incluir a classe.

²⁰² José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala. *Dano Ambiental. Do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial. Teoria e Prática*, pág. 242.

²⁰³ Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, pág. 76.

²⁰⁴ Pedro Lenza. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*, pág. 93.

Por tudo isso, a coisa julgada será ultra partes, na forma do art. 103, II, do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, emanará efeitos para além das partes, mas limitada ao grupo, categoria ou classe de pessoas.

4.3 - Direitos individuais homogêneos.

Os direitos individuais homogêneos foram conceituados pelo legislador de forma bastante concisa, nos termos do art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor, que a eles se referiu apenas como os interesses ou direitos decorrentes de origem comum. Coube, então, à doutrina a análise pormenorizada do instituto, cujas raízes remontam às *class actions for damages* norte-americanas.

Trata-se de uma ficção legal, ou seja, um instituto criado pela ordem jurídica com o objetivo de possibilitar a tutela coletiva de direitos individuais com natural dimensão coletiva, em razão de uma homogeneidade. São, por natureza, direitos individuais, que poderiam e podem ser tutelados pela via do processo individual, embora a tutela coletiva apresente-se como a mais adequada, seja pela expressiva quantidade de direitos violados, seja porque a tutela individual não é apta a assegurar a compensação integral do dano, como ocorre com prejuízos a consumidores que isoladamente apresentam-se ínfimos economicamente, mas no seu conjunto o valor é expressivo. Em casos tais, a ordem jurídica busca, pela via coletiva, reprimir a conduta lesiva, educar a sociedade e coibir sua repetição.

Por isto, comumente são identificados como direitos transindividuais artificiais ou legais, em oposição aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, dotados de transindividualidade real. Didier Jr e Zanet Jr tecem críticas a esta diferenciação, pois consideram os direitos individuais homogêneos efetivamente coletivos, mais que meros direitos individuais que recebem tratamento coletivo por ficção legal. Para eles, ao revés, estes são direitos coletivizados pela ordem jurídica, com o fim de se alcançar uma tutela jurídica justa e eficaz, condizente com o direito violado²⁰⁵.

Outros autores também defendem o entendimento acima, de que os direitos individuais homogêneos não são meras aglutinações de direitos individuais ou litisconsórcios

²⁰⁵ Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, pág 85.

multitudinários²⁰⁶. Para corroborar este entendimento, é citado o instituto do *fluid recovery* ou recuperação fluida, previsto no art. 100 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual, passado um ano sem a habilitação dos interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os entes legitimados propor a liquidação e a indenização devida, cujo valor será revertido para o fundo de direitos difusos. O objetivo foi obter a reparação integral do dano, mesmo sem a iniciativa do titular do direito violado, o que ressalta a natureza transindividual dos direitos individuais homogêneos.

São duas as características apontadas como as mais relevantes dos direitos individuais homogêneos: a origem comum e a divisibilidade do objeto. A origem comum não significa unidade factual ou temporal, ou seja, não é necessário que o fato a dar origem à lesão ao direito individual ocorra em um mesmo lugar ou em um único momento histórico, mas, sim, que os danos dele decorrentes sejam homogêneos.

Quanto ao segundo aspecto, importante ressaltar que entre os titulares dos direitos individuais homogêneos não existe uma relação jurídica base anterior, assim como ocorre nos direitos difusos. Entretanto, diferenciam-se destes em razão da divisibilidade plena do seu objeto, de modo que cada titular é perfeitamente identificável, assim como seus prejuízos, que podem, inclusive, apresentar avaliações e feições diversas²⁰⁷. Esta é a principal característica destes direitos, a possibilidade de fracionamento do objeto, o que importa na desnecessidade de tratamento unitário e uniforme, sendo possível a adoção de soluções diferenciadas para cada titular²⁰⁸.

Sobre o tema, Didier Jr e Zanet Jr tecem interessante observação:

Em suma, no direito coletivo em sentido estrito, o grupo existe anteriormente à lesão e é formado por pessoas que estão ligadas ou com a parte adversária por uma relação jurídica base. No direito difuso, o grupo é formado por pessoas que não estão relacionadas. Nos direitos individuais homogêneos, o grupo é criado, por ficção legal, após o surgimento da lesão. Trata-se de um grupo de vítimas. A relação que se estabelece entre as pessoas envolvidas surge exatamente em decorrência da lesão, que tem origem comum: essa comunhão na ancestralidade da lesão torna homogêneos os direitos individuais. Criado o grupo, permite-se a tutela coletiva, cujo objeto, como em qualquer ação coletiva, é indivisível (fixação da tese jurídica geral); a diferença, no caso, reside na possibilidade de, em

²⁰⁶ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, pág. 220.

²⁰⁷ Pedro Lenza. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*, pág. 76.

²⁰⁸ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, pág. 221.

liquidação e execução da sentença coletiva, o quinhão devido a cada vítima pode ser individualizado²⁰⁹.

A proteção coletiva dos direitos individuais homogêneos demanda a comprovação de dois requisitos básicos: a prevalência das questões de fato e de direito comuns sobre as questões individuais e a demonstração da superioridade da tutela coletiva sobre a individual. O objetivo é evitar que o uso da ação coletiva possa acarretar dificuldades insuperáveis²¹⁰. Estes requisitos encontram-se presentes no Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Íbero-América (CM-IIDP), no § 1º do art. (2º)²¹¹.

Leite e Ayala apresentam, sucintamente, as principais características dos direitos individuais homogêneos: transindividualidade artificial (ou legal) e instrumental (pragmática), determinabilidade dos sujeitos, núcleo comum das questões de fato ou de direito a unir os titulares dos direitos individuais e ressarcimento diretamente ao lesado²¹².

5 - Novos paradigmas do processo coletivo.

A utilização das ações coletivas e dos institutos jurídicos correlatos, dentre eles o dano moral coletivo, escapa aos fundamentos meramente jurídicos, ante a grandeza dos bens que são objeto de tutela e, principalmente, em razão dos titulares dos direitos de natureza transindividual. Na verdade, a tutela coletiva fundamenta-se em escopos de três ordens: jurídicos, sociológicos e políticos.

Didier Jr e Zaneti Jr observam que as justificativas de ordem sociológica e política podem ser resumidas em dois postulados básicos: o primeiro seria o princípio do acesso à justiça e o segundo, que é de política judiciária, seria o princípio da economia processual²¹³. Para Cappelletti e Garth, a partir da expressão "acesso à justiça", é possível destacar duas

²⁰⁹ Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, pág. 82.

²¹⁰ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, pág. 221.

²¹¹ Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Íbero-América. Art. 2º, § 1º: "Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados nos n. I e II deste artigo, é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto".

²¹² José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala. *Dano Ambiental. Do individual ao coletivo. Teoria e Prática*, pág. 242.

²¹³ Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, pág. 35.

finalidades básicas do sistema jurídico: o sistema deve ser acessível a todos e capaz de produzir resultados que sejam justos individual e socialmente²¹⁴.

É bem verdade que no Brasil foi a doutrina processualista quem mais se dedicou ao estudo do acesso à justiça, motivada pela doutrina italiana que difundiu as ondas renovadoras do processo. A partir da constatação da necessidade de serem implementadas mudanças para propiciar o efetivo acesso à justiça, verificaram-se três ondas, ou melhor dizendo, movimentos voltados para este fim. A primeira onda dedicou-se à assistência judiciária; a segunda esteve atrelada à representação jurídica para os direitos difusos; enquanto a terceira, denominada de "ênfase de acesso à justiça", agregou os posicionamentos anteriores e buscou soluções ao acesso de modo mais articulado e coerente²¹⁵.

Este movimento doutrinário, principalmente a partir da segunda onda, refletiu-se no reconhecimento dos direitos transindividuais e na necessidade de serem encontrados instrumentos jurídicos aptos a sua tutela adequada²¹⁶. Constatou-se a necessidade de instrumentalizar-se o processo civil de acordo com o tipo de litígio, ou seja, de direito material pleiteado em juízo, o que no âmbito da tutela coletiva tem uma importância ainda mais relevante.

Em relação à economia processual, de importância fundamental no direito processual, o princípio deve ser compreendido de modo amplo, a partir de dois pontos de vista. Em uma concepção subjetiva, o princípio dirige-e ao legislador e ao aplicador do direito, enquanto objetivamente implica na escolha de opções mais céleres e menos dispendiosas no decorrer do processo até a solução da lide. No que toca à tutela coletiva, percebe-se que o tratamento inadequado dos litígios coletivos dá lugar à multiplicação de processos individuais desnecessários, o que sobrecarrega o Poder Judiciário. Segundo Mendes, na circunscrição do Rio de Janeiro, as sentenças-padrão representam cerca de 62,5% no cômputo total das sentenças civis de mérito, o que confirma este entendimento²¹⁷.

Como motivações políticas mais relevantes para a utilização da tutela coletiva podem ser apontados os seguintes objetivos: a redução dos custos materiais e econômicos na

²¹⁴ Mauro Cappelletti e Bryant Garth. *Acesso à Justiça*, pág. 9.

²¹⁵ Mauro Cappelletti e Bryant PGarth. *Acesso à Justiça*, pág. 31.

²¹⁶ Mauro Cappelletti e Bryant Garth. *Acesso à Justiça*, pág. 10.

²¹⁷ O autor utiliza a expressão sentença-padrão para referir-se às decisões produzidas de modo mecânico pelos juízes, diante das lides repetitivas que guardam grandes semelhanças entre si, por decorrerem de questão comum de fato ou de direito. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, pág. 37.

prestação jurisdicional e a uniformização dos julgados, o que provoca, por consequência, diminuição de decisões contraditórias, segurança jurídica e aumento de credibilidade dos Órgãos Jurisdicionais e do próprio Poder Judiciário como instituição republicana.²¹⁸. Mendes acrescenta as seguintes motivações: a utilização das ações coletivas como instrumento para o equilíbrio das partes no processo e também para o cumprimento do direito material, na medida em que permite que a totalidade ou ao menos uma quantidade significativa de pessoas tenham acesso à tutela jurisdicional e à realização de seus direitos²¹⁹.

Em relação às motivações sociológicas, Didier Jr e Zaneti Jr observam que elas:

Podem ser verificadas e identificadas no aumento das "demandas de massa" instigando uma "litigiosidade de massa", que precisa ser controlada em face da crescente industrialização, urbanização e globalização da sociedade contemporânea. A constitucionalização dos direitos e os movimentos pelos direitos humanos e pela efetividade dos direitos fundamentais (como direitos humanos constitucionalizados), partindo dos primeiros documentos internacionais resultantes do fim da II Guerra Mundial, levaram o Direito a um novo patamar pós-positivista e principiológico, exigindo uma nova postura da sociedade em relação aos direitos. A visão dos destinatários das normas jurídicas e do aparelho judicial e não apenas dos órgãos produtores do direito passa a ingressar no cenário. Para tutelar efetivamente os "consumidores" do direito, as demandas individuais não faziam mais frente a nova realidade complexa da sociedade²²⁰.

Santos considera que a tutela coletiva está relacionada à litigância dos interesses públicos, os quais estão previstos na Constituição e pertencem a toda sociedade ou a uma parcela dela. Segundo o autor, esse novo tipo de demanda judicial coletiva envolve interesse público primário da sociedade, sobretudo os direitos humanos fundamentais e os direitos sociais, e pode ser usado para proteger direitos marginalizados, que não tenham voz ou organização suficiente para pleitear o atendimento as suas necessidades²²¹. No mesmo sentido, Mendes afirma que "o processo coletivo pode servir, igualmente, para garantir a importância política de determinadas causas, relacionadas, dentre outras, com os direitos civis, minorias e meio ambiente"²²².

6 - A dimensão transindividual da discriminação no trabalho.

²¹⁸ Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, pág. 35.

²¹⁹ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, pág. 41.

²²⁰ Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, págs. 34-35.

²²¹ Enoque Ribeiro dos Santos. *O Microsistema de Tutela Coletiva. Parceirização Trabalhista*, pág. 72.

²²² Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, pág. 35.

É possível reconhecer a ocorrência de dano moral coletivo mesmo em demandas de natureza individual, como nas reclamações trabalhistas clássicas. Isto pode ocorrer quando se verificar que a conduta perpetrada pelo autor do dano é de tal gravidade e passível de reiteração que seja possível visualizar um padrão de comportamento com potencial alcance lesivo à coletividade. Isto ocorre, por exemplo, nas demandas que envolvem discriminação nas relações de trabalho, posto que, em alguns casos, a violação aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana atinge não apenas a vítima imediata do ato ilícito, mas toda a coletividade²²³.

Em casos tais, ainda que imediatamente a conduta discriminatória seja dirigida a uma pessoa em particular, a lesão é irradiada para toda a coletividade, e o que irá caracterizar o dano como de natureza difusa ou coletiva será a sua repercussão no meio social. Portanto, o fenômeno coletivo não deve ter como referencial somente os sujeitos imediatamente envolvidos em determinado conflito de interesses ou mesmo a natureza das normas processuais que regem o processo judicial, mas os efeitos ou os reflexos que a conduta tende a gerar no sujeito passivo, se estritamente de cunho individual ou, ao revés, se as consequências ultrapassam este viés e atingem toda uma classe ou coletividade de indivíduos.

Para Souza, nos casos de violação aos direitos fundamentais percebe-se com mais clareza a vinculação da sociedade na delinquência patronal²²⁴. Em casos tais, os prejuízos refletem-se por toda a sociedade, pois, segundo o autor, os direitos fundamentais não pertencem apenas ao trabalhador ou ao grupo de trabalhadores diretamente lesados²²⁵. Por referirem-se à estrutura básica da sociedade, as decisões relacionadas aos direitos fundamentais afetam a estrutura fundamental do Estado e da própria sociedade²²⁶.

Mas não será qualquer conduta discriminatória que terá a capacidade de provocar um dano de natureza coletiva, somente aquela considerada particularmente atentatória aos valores da igualdade e da não discriminação. Esta avaliação cabe ao magistrado, a partir dos fatos apresentados no momento do ajuizamento da demanda, por não ser possível o estabelecimento

²²³ Xisto Tiago de Medeiros Neto, *Dano Moral Coletivo*, pág. 161.

²²⁴ Expressão adotada pelo autor para denominar a conduta do empregador praticada em detrimento da ordem constitucional e em desrespeito à legislação trabalhista.

²²⁵ Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, veja-se artigo de Daniel Sarmento: "A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF". Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/artigos/>>. Acesso em: 20/03/2013.

²²⁶ Rodrigo Trindade de Souza. *Punitive Damages e o Direito do Trabalho Brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, v. 6, n. 2, pág. 697. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 17/01/2013.

prévio de um rol taxativo de condutas consideradas de cunho discriminatório e de efeitos transindividuais. Isto porque os fenômenos relacionados à discriminação são de natureza psicológica e cultural, sofrem contínuas mudanças e manifestam-se de maneiras diversas em cada momento histórico.

7 - Os benefícios da tutela coletiva nas relações de trabalho.

Muitos são os benefícios da tutela coletiva, sobretudo nas demandas que envolvem as relações de trabalho, nas quais os efeitos comumente ultrapassam as partes diretamente envolvidas, em razão da sua importância social e por terem direta relação com o planejamento do Estado na organização da sociedade. As situações jurídicas disciplinadas pelo Direito do Trabalho são complexas e plurissignificativas, perpassam os simples limites das relações privadas. De certa forma, o objeto deste ramo do Direito já tem uma natural vocação transindividual.

Para Souza, no Estado Social o empresário também está adstrito aos valores da sociabilidade. A atividade empresarial tem grande importância econômica e social, pois na medida em que promove a geração de empregos, amplia a circulação de riquezas, aumenta o consumo, o recolhimento de tributos e, desta forma, insere-se de forma privilegiada na estrutura social. Esta atividade, assim como a propriedade, teve seu conceito e significado relativizados pela ordem constitucional e, assim, adquiriu um novo significado social. Para o autor, a importância do trabalho subordinado para a "ossatura institucional do sistema econômico" extrapola os efeitos comuns da inexecução contratual e reflete-se por toda a sociedade²²⁷.

O primeiro benefício da tutela coletiva é a facilitação do acesso do trabalhador à justiça, que por meio dela pode ver seu direito reconhecido sem a preocupação de se indispor com o empregador ou de sofrer represálias por parte dele. Isto é relevante no âmbito laboral

²²⁷ Rodrigo Trindade de Souza. *Punitive Damages e o Direito do Trabalho Brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, v. 6, n. 2, pág. 697. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 23/01/2013.

por ser, a relação empregatícia, de natureza contínua,²²⁸ e a não eventualidade na prestação dos serviços um elemento essencial à formação do contrato de trabalho²²⁹.

Constata-se que durante o liame empregatício muitos litígios sequer chegam ao conhecimento público, principalmente nas questões que envolvem condutas discriminatórias, seja pelo receio de se perder o emprego, seja por vergonha ou até mesmo por desconhecimento dos próprios direitos. Em alguns casos, somente após o rompimento do pacto que o empregado recorre ao Poder Judiciário para a satisfação dos seus direitos. Por esta razão, a ação coletiva pode ser considerada um importante instrumento processual de acesso à justiça, especialmente na Justiça do Trabalho.

Outro fator a ser considerado para impulsionar o uso da tutela coletiva no âmbito laboral é o desequilíbrio entre as partes da relação material. A tendência é que o empregador disponha de maiores recursos materiais e humanos na relação processual, de modo a apresentar-se mais preparado na disputa judicial. Salvo raras exceções, os empregados encontram-se em desvantagem, em desigualdade de forças, por isso Mendes defende a adoção das ações coletivas como instrumento para o equilíbrio das partes no processo²³⁰.

Ademais, observa-se que muitos danos não costumam ser ressarcidos integralmente, seja porque todas as vítimas não ingressam em juízo, seja porque as condenações não são arbitradas em valores condizentes com a gravidade dos danos. Esta situação gera outro efeito temerário, o de estimular a prática de atos ilícitos, diante da certeza de que não haverá ressarcimento adequado pelos danos, a partir de uma prévia avaliação de custo-benefício. Este, inclusive, é um dos fundamentos para a existência do instituto conhecido como *fluid recovery* ou recuperação fluida, previsto no art. 100 do Código de Defesa do Consumidor, utilizado nas demandas que envolvem direitos individuais homogêneos.

O processo coletivo pode servir, também, para tutelar determinadas causas políticas, relacionadas com assuntos de grande importância como os direitos civis, a proteção das minorias e o meio ambiente. Relembra, Mendes, que foi isto o que ocorreu nos Estados Unidos com a utilização das *class actions*, visando ao pagamento de indenização aos judeus

²²⁸ A palavra contínua foi usada no sentido comum, em contraposição à ideia de obrigação instantânea, que se realiza em um só ato. Foge ao escopo deste trabalho apresentar as divergências a respeito das expressões não eventualidade e continuidade.

²²⁹ CLT. Art. 3º: "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário".

²³⁰ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *O papel das ações coletivas no contexto sociojurídico*, pág. 40.

pelos serviços prestados no período do nazismo alemão e também dirigidas à invalidação de regras discriminatórias contra os negros²³¹.

Por fim, a questão temporal também deve ser levada em consideração. A decisão justa deve ser aquela proferida em tempo hábil, cujo princípio encontra-se hoje consolidado no art. 5º, (LXXVIII)²³², da Constituição da República de 1988. A proliferação de demandas individuais eleva o tempo de julgamento e precariza a qualidade das decisões; afinal, o Judiciário não dispõe de magistrados em número suficiente para atender ao crescente número de processos ajuizados, o que é reflexo das relações de massa e dos danos da mesma natureza. Desta forma, se por um lado a ação coletiva é um instrumento necessário para a melhor realização dos direitos metaindividuais, por outro o Judiciário terá mais tempo e condições de exercer a jurisdição nas demandas eminentemente individuais.

Em síntese, sejam os danos individuais homogêneos, coletivos ou difusos, o fato é que a tutela coletiva, no âmbito laboral, mostra-se como a via adequada para a proteção dos direitos trabalhistas de dimensão transindividual. Nesse sentido, reconhecida a importância do uso da tutela coletiva e da condenação por danos morais coletivos decorrentes de discriminação nas relações de trabalho, resta, neste momento, analisar as possíveis formas de reparação destes danos, diante das peculiaridades que apresentam.

²³¹ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *O papel das ações coletivas no contexto sociojurídico*, pág. 35.

²³² Constituição da República. Art. 5º, LXXVIII: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

CAPÍTULO III: A REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO DECORRENTE DE DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.

1 - Funções da condenação por dano moral coletivo: funções pedagógica, compensatória indireta e sancionatória.

O principal objetivo em relação aos direitos transindividuais é evitar a ocorrência de danos, sobretudo porque os danos a estes bens, em geral, são de natureza irreversível. Neste sentido, uma vez perpetrado um dano e responsabilizado o ofensor por sua reparação, a primeira função da condenação há de ser a prevenção de novos danos, seja em relação ao próprio ofensor, prevenção específica, seja em relação às demais pessoas, prevenção geral.

Esta é a função pedagógica da condenação, que maior relevância assume no tocante ao dano moral coletivo, cujos bens violados inserem-se na categoria dos direitos da personalidade que pertencem a uma coletividade de pessoas. Tal função tem estreita relação com o princípio da prevenção, muito desenvolvido no âmbito do direito ambiental, mas que igualmente se destina à proteção dos demais direitos coletivos em sentido lato, principalmente quando a lesão é de feição imaterial²³³.

Mendes observa que em alguns casos o ofensor, aquele que violou a ordem jurídica e provocou a lesão ao direito alheio, vê-se estimulado a praticar novos danos. Isto ocorre quando as vítimas, em sua maioria, não buscam a satisfação do seu direito pela via judicial, por considerar o prejuízo de pequena monta e muito custoso o processo individual. Nestes casos, com maior razão o processo coletivo deve ser utilizado, posto que a conjugação dos pequenos danos dá origem a um macrodano à sociedade e a um grande proveito por parte

²³³ Neste sentido, veja-se decisão da 6ª Turma do TRT da 1ª Região, que condenou o réu, o Estado do Rio de Janeiro, a título de danos morais coletivos no valor de R\$1.000.000,00 e expressamente atribuiu-lhe função pedagógico-compensatória, sem aludir à função sancionatória. Processo: RO 0012900-66-2006.5.01.0223. Data de Julgamento: 06/6/2011. Relator: Desembargadora Federal do Trabalho Alexandre de Souza Agra Monte. Data de Publicação: 10/6/2011. Revista TRT/RJ 1ª Região. Rio de Janeiro. V.23. N. 50. P. 1-276. Jul./dez. 2011.

daquele que se locupletou com os benefícios do ato ilícito²³⁴. Em casos tais, a função pedagógica da condenação na ação coletiva é ainda mais importante.

Medeiros Neto concebe uma função compensatória indireta nas condenações por dano moral coletivo, a favor da coletividade envolvida. Segundo o autor, o valor arbitrado e destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos termos do art. 13 da lei de Ação Civil Pública, deve ser utilizado na reconstituição dos bens lesados, em benefício das vítimas do dano. Ademais, existe a possibilidade deste valor ser destinado diretamente a entidades beneficentes, sem fins lucrativos, ou a escolas, creches e hospitais que tenham relação com o público vítima dos danos coletivos. Portanto, mesmo que de forma indireta, o valor arbitrado reverterá à coletividade afetada pelo dano moral²³⁵.

A função punitiva, que sempre esteve presente no Direito Penal e agora procura seu espaço no âmbito civil, ainda é vista com certa cautela por parte dos doutrinadores e principalmente da jurisprudência. Isto porque, à responsabilidade civil, de acordo com a teoria clássica, cabe exclusivamente uma função de índole indenizatória, com vistas a um suposto retorno ao *status quo*²³⁶, sendo inviável atribuir, à época, uma função sancionatória ao Direito Civil, sob pena de se incorrer em *bis in idem*. Entretanto, com a mudança dos paradigmas do Direito, hoje centrado nos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da solidariedade social (art. 3º, III) e da igualdade substancial (arts. 3º e 5º), os institutos jurídicos passaram por uma necessária reformulação, para que pudessem atender aos novos postulados²³⁷.

Desse modo, atendendo aos anseios sociais e em coadunância com os novos fundamentos axiológicos constitucionais, é possível atribuir à responsabilidade civil uma nova função, de caráter eminentemente punitiva, principalmente em relação aos danos morais de natureza transindividual. É sempre bom lembrar que o Direito deve acompanhar as mudanças sociais, de modo a cumprir sua tarefa primordial de pacificar as relações entre os

²³⁴ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, pág. 41.

²³⁵ Xisto Tiago de Medeiros Neto. *Dano Moral Coletivo*, pág. 202.

²³⁶ Suposto retorno ao *status quo* porque, em verdade, é impossível voltar a uma situação que já ocorreu, sendo esta mais uma ficção jurídica.

²³⁷ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. *Direito Civil. Teoria Geral*, pág. 27.

indivíduos. Isto envolve a superação de teorias e conceitos já consolidados, mas que não atendem às necessidades atuais²³⁸.

Dallegrave Neto é favorável à imputação da função sancionatória à responsabilidade civil e fundamenta seu entendimento no parágrafo único do art. 944 do Código Civil e no art. 945 do mesmo diploma. O primeiro dispositivo permite que o juiz reduza o valor da indenização em caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e a extensão do dano, o que significa uma mitigação do pressuposto de que a indenização mede-se pela extensão do dano. Já o segundo determina que o valor da indenização seja calculado levando em conta a concorrência de culpas do autor do dano e da vítima. Conclui o autor que se a investigação da gravidade da culpa é considerada para o cálculo do quantum indenizatório, significa que o caráter sancionatório encontra amparo legal no próprio Código Civil²³⁹.

2 - O instituto do *punitive damages*.

Independente da nomenclatura adotada, se danos morais coletivos, danos morais difusos ou danos morais sociais, a principal questão relacionada à reparação dos bens transindividuais centra-se na etapa da liquidação dos danos. O arbitramento dos danos extrapatrimoniais já apresenta, para o julgador, dificuldades naturais, em decorrência da impossibilidade de se mensurar a extensão do dano com base nos critérios usualmente adotados para valorar os prejuízos materiais. Maior trabalho encontra-se para a mensuração deste tipo de dano de âmbito transindividual.

Por conta desta dificuldade, alguns doutrinadores nacionais sugerem a adoção do instituto denominado *punitive damages* ou *compensatory damages*, originalmente criado na Inglaterra, mas aperfeiçoado e aplicado de forma mais recorrente e com maior rigor científico nos Estados Unidos. Souza optou por adotar a expressão condenação punitiva no lugar de danos punitivos para designar o instituto, por entender que a interpretação literal conduziria a uma expressão na língua portuguesa sem significado jurídico. Segundo o autor:

²³⁸ Neste sentido, veja-se decisão da 5ª Turma do TRT da 1ª Região, que condenou o réu a título de danos morais coletivos no valor de R\$150.000,00 e expressamente atribuiu-lhe função punitivo-pedagógica. Processo: RO 0179100-58-2008.5.01.0. Data de Julgamento: 11/4/2001. Redatora designada: Desembargadora Federal do Trabalho Mirian Lippi Pacheco. 5ª Turma do TRT da 1ª Região. Data de Publicação: 05/5/2011. Revista TRT/RJ 1ª Região. Rio de Janeiro. V.23. N. 50. P. 1-276. Jul./dez. 2011.

²³⁹ José Afonso Dallegrave Neto. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, pág. 154.

Optamos pela locução "condenação punitiva", pois se constitui na fixação judicial de montante condenatório que não tem o objetivo imediato de compensação do dano, mas de efetiva repressão da conduta do ofensor. Em poucas palavras, busca-se pontuar a reprovação de certas condutas que ofendam o "sentimento ético-jurídico prevalente em determinada comunidade"²⁴⁰.

A expressão *punitive damages* é oriunda do direito norte-americano e corresponde ao correlato instituto britânico denominado *exemplary damages*. Costuma ser aplicado em países de tradição do sistema dos precedentes, como a Austrália e a Nova Zelândia, nos casos em que a condenação compensatória não se mostra como solução adequada e suficiente. Embora seja utilizado desde o século XVIII nos Estados Unidos, foi em 1996 que ganhou notoriedade e entrou nos debates nacionais com o caso BMW v. Gore, iniciado no Estado do Alabama e objeto de deliberação por avocação pela Suprema Corte, que nesta oportunidade estabeleceu três balizadores gerais em *punitive damages*: 1) grau de repreensão da conduta, 2) correspondência entre a condenação punitiva, o efetivo prejuízo produzido e o valor do desestímulo e 3) magnitude de sanções civis e criminais por condutas similares²⁴¹.

Em julgamento mais recente, ocorrido em 2002, no caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, a Suprema Corte retomou o tema e estabeleceu que não será toda demanda que dará ensejo à condenação sancionatória, mas apenas aquelas nas quais a condenação compensatória não se mostre suficiente para a reprovação da conduta lesiva, conduta esta universal e profundamente reprovável, que possa representar potenciais danos a uma coletividade²⁴². Esta decisão, portanto, restringiu o uso do instituto a situações especiais.

A condenação a título de *punitive damages* difere-se da conhecida *compensatory damages*, que consiste na condenação ao pagamento de um valor compatível ou equivalente com o prejuízo causado, de modo a ressarcir a vítima dos danos provocados a seu bem jurídico. Afastando-se da lógica da necessária equivalência entre a indenização e o dano, a teoria do *punitive damages* ou danos punitivos, em uma tradução literal, busca objetivos distintos que vão além da mera compensação e perpassam a prevenção e a punição.

²⁴⁰ Rodrigo Trindade de Souza. *Punitive Damages e o Direito do Trabalho Brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14^a Região, v. 6, n. 2, pág. 669. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 17/01/2013.

²⁴¹ Rodrigo Trindade de Souza. *Punitive Damages e o Direito do Trabalho Brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14^a Região, v. 6, n. 2, pág. 671. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 17/01/2013.

²⁴² Rodrigo Trindade de Souza. *Punitive Damages e o Direito do Trabalho Brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14^a Região, v. 6, n. 2, pág. 673. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 17/01/2013.

Sobre o tema, as opiniões se dividem e muitos argumentos são expostos a favor e contra a adoção deste instituto no âmbito da responsabilidade civil no direito brasileiro. Martinez, por exemplo, é favorável a sua utilização nos casos em que são constatados danos morais sociais, por considerá-los o resultado de uma violação a um patrimônio intangível absolutamente especial. Segundo o autor, o valor arbitrado deverá expressar um montante capaz de, a um só tempo, desestimular pedagogicamente a reiteração do ato lesivo e servir como exemplo repressivo de comportamentos semelhantes²⁴³.

A doutrina resistente à introdução deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro tem receio de que ele seja utilizado indiscriminadamente, principalmente porque é originário de países com culturas jurídicas bem diferentes da praticada no Brasil. Souza sintetizou as variadas críticas em quatro argumentos, da seguinte forma: 1) necessidade de serem evitadas as condenações vultosas como as praticadas nos Estados Unidos, 2) correlação (inadequada) do instituto à superada pena privada, 3) violação ao princípio da legalidade, pela impossibilidade de estabelecimento de pena sem prévia cominação legal e 4) vedação ao enriquecimento sem causa²⁴⁴.

O primeiro e o quarto argumentos são os mais utilizados pelos doutrinadores contrários à adoção das condenações punitivas. Argumenta-se que o beneficiário da indenização terá um lucro fácil e que o ordenamento jurídico brasileiro veda o enriquecimento sem causa. Entretanto, é necessário ponderar que o empregador que rotineiramente desrespeita a legislação trabalhista e pratica atos ilícitos em detrimento de seus empregados e das entidades empresariais concorrentes é o principal personagem a obter enriquecimento ilícito, que precisa ser obstaculizado de alguma forma. Ademais, estes mesmos empregadores, quando condenados nos moldes tradicionais, apenas são compelidos a pagar pequenas indenizações a favor de poucas vítimas que se aventuram a ajuizar demandas ressarcitórias.

Observa-se certa resistência em se mudar os paradigmas do Direito Civil, especialmente na responsabilidade civil, área do Direito focada classicamente na figura do causador do dano e na análise de sua culpabilidade em detrimento da vítima. Hoje, ao revés, busca-se a reparação integral do dano e principalmente sua prevenção, o que demanda uma

²⁴³ Luciano Martinez. *O Dano Moral Social no Âmbito Trabalhista*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, v. 6, n. 2, págs. 566. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 17/01/2013.

²⁴⁴ Rodrigo Trindade de Souza. *Punitive Damages e o Direito do Trabalho Brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, v. 6, n. 2, pág. 675. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 17/01/2013.

releitura de antigos institutos com base nos novos valores e a aceitação de ferramentas aptas a alcançar tais objetivos. Parece haver mais argumentos tendentes a inibir ou ao menos diminuir as indenizações em favor de frequentes violadores da ordem jurídica que propriamente buscar soluções viáveis para a efetiva satisfação da vítima e a proteção dos bens jurídicos da sociedade. A questão, mais uma vez, é de ordem ideológica.

Por outro lado, não será toda demanda a merecer a condenação de índole punitiva, somente aquelas que tenham potencial efeito lesivo sobre uma dada coletividade, como nos casos de danos de natureza transindividual. Mesmo nos Estados Unidos, são poucos os processos em que é aplicada a condenação punitiva; estima-se que apenas 2% das demandas que efetivamente vão a julgamento recebem este tratamento. Além disso, a aplicação do instituto não pode ser feita de forma aleatória e arbitrária, mas pautada em postulados objetivos, nos moldes em que é feito a partir dos balizadores estabelecidos pela Suprema Corte norte-americana²⁴⁵. É claro que estas diretrizes devem ser condizentes com a realidade brasileira e os parâmetros devem ser criados por nós, de preferência por meio da lei, posto que o Brasil não adota o sistema jurídico dos precedentes, como nos Estados Unidos.

Souza entende que a função sancionadora na responsabilidade civil não se confunde com o instituto da pena privada, de origem romana. Para ele, a pena privada relaciona-se com a vingança pessoal, cujo objetivo é obter uma satisfação pessoal através do sofrimento alheio. Já a condenação sancionatória no âmbito civil tem funções mais abrangentes, de índole social, como a de promover o desestímulo de condutas reprováveis e prejudiciais à coletividade. Não se propõe o uso da violência na esfera privada, tampouco a vingança pessoal, mas a utilização de instrumentos jurídicos, manejados pelo Poder Judiciário, órgão estatal, para fazer valer o direitos e o projeto estatal de regulação social²⁴⁶.

Outro argumento contrário à adoção do instituto no Direito Civil brasileiro é o suposto desrespeito ao princípio da legalidade, consubstanciado na máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República de (1988)²⁴⁷. Afirma-se que o causador do dano estaria desprotegido em sua defesa, pois não teria acesso às

²⁴⁵ Rodrigo Trindade de Souza. *Punitive Damages e o Direito do Trabalho Brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, v. 6, n. 2, pág. 687. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 17/01/2013.

²⁴⁶ Rodrigo Trindade de Souza. *Punitive Damages e o Direito do Trabalho Brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, v. 6, n. 2, pág. 684. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 17/01/2013.

²⁴⁷ Constituição da República. Art. 5º, XXXIX: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

garantias materiais e processuais da esfera penal. Para Souza esta alegação não procede, pois a garantia constitucional citada aplica-se ao Direito Penal, às condutas consideradas crimes ou contravenções, como está expresso no próprio dispositivo.

É importante, por fim, ressaltar que o instituto *punitive damages* não se confunde com a prática, comum no Direito brasileiro, de evidenciar uma função punitiva em determinadas condenações por danos morais em demandas individuais e coletivas. O primeiro é uma modalidade de punição a ser aplicada em paralelo com o ressarcimento pelos prejuízos efetivamente experimentados, já o segundo é uma forma de punição dentro do ressarcimento, ou seja, um critério a ser observado na mensuração do valor da condenação, principalmente de danos morais²⁴⁸. Portanto, não se propõe a utilização integral do instituto *punitive damages*, exatamente nos moldes em que é aplicado nos Estados Unidos, mas a adoção de seus postulados e balizadores, para que sirvam de parâmetro, ao magistrado, no arbitramento do dano moral coletivo.

3 - O papel do magistrado na liquidação dos danos morais coletivos.

Questão ainda mais tormentosa diz respeito à liquidação do dano moral coletivo, ou seja, à apuração pelo magistrado do valor da condenação. Isto porque a lógica da reparação de danos que permeia o processo individual não é a mesma a ser utilizada no processo coletivo. Neste, há um interesse social envolvido, em razão da natureza difusa ou coletiva dos bens a serem resguardados. Não se busca um retorno ao *status quo ante*, através da reparação dos danos materiais ou da compensação pelos danos morais. Os principais objetivos desta condenação são sancionar o causador do dano e inibir futuras violações a tais bens.

Portanto, mais que reparar, busca-se reprimir e evitar que outros danos desta natureza sejam praticados. Nesse sentido, a condenação pelo dano moral coletivo deve ser de tal monta que seja capaz de penalizar o ofensor, evitar a reincidência, além de desestimular práticas similares por outros indivíduos. Esta tarefa caberá ao magistrado, que deverá arbitrar um valor

²⁴⁸ Rodrigo Trindade de Souza. *Punitive Damages e o Direito do Trabalho Brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, v. 6, n. 2, pág. 686. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 17/01/2013.

coerente com a natureza dos bens violados, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o proveito obtido pelo causador do dano, dentre outros fatores.

No âmbito da tutela coletiva, a postura participativa do juiz é tema que gera grandes discussões, sobretudo porque representa a superação do paradigma da imparcialidade judicial. Atentos à função instrumental do processo e com vistas à obtenção da solução justa e adequada para cada demanda coletiva ajuizada, os doutrinadores buscam novos caminhos para alcançar este desiderato. Para tanto, alguns aspectos do formalismo jurídico cedem espaço e novas interpretações de antigos institutos mostram-se necessárias. Este é o caso do papel do magistrado na condução dos processos coletivos, em todas as suas fases e principalmente no momento da execução do provimento jurisdicional.

Trata-se do princípio do ativismo judicial, que impõe ao magistrado uma postura mais participativa na condução dos processos coletivos, em decorrência da relevante importância dos interesses públicos primários presentes nestas demandas. Já se encontram, na ordem jurídica, dispositivos legais que apontam para a adoção do ativismo judicial, como a norma expressa no art. 7º da lei da Ação Civil Pública²⁴⁹, que determina, ao juiz, que informe ao Ministério Público sobre fatos de que tenha conhecimento e que possam ensejar a propositura de Ação Civil Pública. Do mesmo modo, a norma do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor²⁵⁰, que confere ao magistrado a incumbência de definir o valor da indenização residual nas lesões a direitos individuais homogêneos²⁵¹.

A apuração do valor do dano moral no âmbito da tutela coletiva deve ser feita com base em postulados diversos daqueles usualmente utilizados na tutela individual. O dano transindividual, seja ele de ordem coletiva ou difusa, afeta uma coletividade, seus valores, suas crenças, os quais, muitas vezes, são irreversíveis. Nesta tarefa, o instituto do *punitive damages* pode servir de base para o magistrado realizar a apuração, o qual poderá guiar-se pelas diretrizes estabelecidas pela Suprema Corte, que servem para nortear o aplicador do Direito, de forma a limitar os casos em que é cabível a condenação punitiva e os valores a serem arbitrados.

²⁴⁹ Lei 7.347 de 1985. Art. 7º: "Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura de ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis."

²⁵⁰ Lei 8.078 de 1990. Art. 100: "Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida".

²⁵¹ Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, págs. 132.

É preciso ressaltar que, neste caso, o instituto *punitive damages* não será adotado na íntegra, ou seja, como uma forma de condenação diversa da usual *compensatory damages*, através da qual arbitra-se um valor substancial com o objetivo de punir o causador do dano e evitar a ocorrência de novas práticas similares. Na verdade, o instituto servirá de norte para o julgador estabelecer o valor da condenação a título de danos morais, com observância das funções compensatória, pedagógica e punitiva. Ademais, o magistrado não deverá ter a preocupação de evitar o enriquecimento sem causa, pelo menos nas demandas que envolvem direitos coletivos e difusos, pois o valor arbitrado pode ser destinado ao fundo especial previsto no art. 13 da lei de Ação Civil Pública ou revertido em outra forma de reparação apta a tutelar os bens violados.

Araújo Junior defende que, nesta tarefa, o juiz deva utilizar toda a sua sensibilidade com ser humano e como magistrado para aplicar um valor justo à reparação pecuniária, de modo a sopesar a dimensão da repercussão do dano, os prejuízos decorrentes do abalo moral nas relações familiares e sociais, o alcance econômico do valor arbitrado no âmbito da coletividade afetada e na vida do ofensor, a situação que ensejou o dano, se a conduta foi culposa, dolosa ou acidental, dentre outros elementos de acordo com o caso concreto²⁵².

No âmbito da Justiça do Trabalho, Santos propõe um movimento por ele denominado de parcerização jurisdicional trabalhista, a ser realizado pelo Ministério Público do Trabalho, pela Justiça do Trabalho e pelo Ministério do Trabalho e Emprego, com vistas a melhor solução dos conflitos de natureza coletiva, tanto na esfera extrajudicial como na judicial. Segundo o autor:

A parcerização jurisdicional trabalhista tem como escopo promover mudanças no relacionamento entre os magistrado do Poder Judiciário Trabalhista e os membros do Ministério Público do Trabalho, de molde a torná-los uma espécie de parceiros na busca da realização da justiça social, nos processos e ações judiciais moleculares, em que estes agentes políticos atuam em conjunto, em suas respectivas circunscrições/jurisdições, os primeiros, especialmente, nas Varas do Trabalho e os segundos, nas Procuradorias do Trabalho nos Municípios ou ainda nas Procuradorias Regionais nas sedes das capitais brasileiras²⁵³.

A relação proposta pelo autor constitui verdadeira parceria e demanda a reformulação do papel que normalmente é atribuído ao magistrado no exercício da função jurisdicional. A parcerização trabalhista tem íntima relação com o princípio do ativismo

²⁵² Francisco Milton Araújo Júnior. *Dano moral decorrente do trabalho em condição análoga à de escravo*, pág. 102.

²⁵³ Enoque Ribeiro dos Santos. *O Microsistema de Tutela Coletiva. Parcerização Trabalhista*, pág. 263.

judicial, que impõe o protagonismo ou a pró-atividade aos membros da magistratura e lhes qualifica como agentes de transformação social²⁵⁴.

4 - A quantificação do dano moral coletivo.

A indenização, de acordo com a teoria clássica da responsabilidade civil, representa o valor, a importância em dinheiro correspondente ao dano causado pela conduta ofensiva, por isso o art. 3º da lei da lei 7.347 de 1985 fala diretamente em condenação em dinheiro ao lado de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer como objeto da ação civil pública²⁵⁵. No caso de dano material, a quantificação nem sempre é fácil, principalmente quando envolve bens ou direitos de natureza coletiva. Já quanto aos danos extrapatrimoniais, cujos bens violados são impassíveis de avaliação pecuniária, a tarefa é ainda mais árdua, pois os postulados que norteiam esta espécie de reparação são de ordem diversa.

Leite e Ayala observam que no ordenamento jurídico inexistem normas legais que versem especificamente sobre a reparação do dano extrapatrimonial individual ou coletivo, de modo a fornecer critérios precisos que facilitem a apuração do valor da condenação. Desse modo, surgiram alternativas apresentadas pela doutrina e pela jurisprudência para sanar esta omissão, como a utilização das regras do Código Civil previstas nos arts. 944, 945, 946 e seguintes, dentre as quais, a determinação de que o valor das perdas e danos seja apurado por arbitramento²⁵⁶.

Para Dallegrave Neto, a omissão legislativa sobre a tarifação dos danos morais foi algo acertado, por não ser possível aplicar valores imutáveis a todas as situações concretas, ante a própria natureza dos direitos da personalidade. O autor também compartilha do entendimento de que o Código Civil deve ser utilizado para reger a matéria, principalmente o art. 946 do Código Civil²⁵⁷, além do art. 475-C do Código de Processo Civil²⁵⁸, que se

²⁵⁴ Enoque Ribeiro dos Santos. *O Microsistema de Tutela Coletiva. Parceirização Trabalhista*, pág. 279.

²⁵⁵ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, pág. 388.

²⁵⁶ José Rubens Morato Leite e Patrick de Araújo Ayala. *Dano Ambiental. Do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial. Teoria e prática*, pág. 301.

²⁵⁷ Código Civil. Art. 946: "Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar."

referem à utilização da liquidação por arbitramento nos casos exigidos pela natureza do objeto a ser liquidado²⁵⁹.

Neste sentido, observadas as funções da condenação por danos morais coletivos, pedagógica, compensatória e sancionatória, ao magistrado caberá arbitrar um valor condizente com a natureza e a extensão do dano. Este valor há de importar em efetiva punição ao causador do dano, sob pena de representar um estímulo a práticas ilícitas que favoreçam exclusivamente um ou poucos indivíduos em detrimento de toda uma coletividade²⁶⁰. Ademais, somente com base no caso concreto será possível avaliar as circunstâncias em que ocorreram o dano para se chegar ao valor a ser arbitrado, sendo impensável a criação de uma tabela ou de um rol taxativo de situações a serem indenizadas com os valores correlatos.

Santos, por sua vez, enuncia os critérios, por ele considerados necessários, a nortear o juiz na quantificação da indenização por danos morais coletivos. Para ele, tanto os membros do Ministério Público na elaboração de suas peças iniciais como os magistrados, levando em consideração a natureza objetiva do dano moral coletivo, devem observar as condições econômicas, sociais e culturais do infrator; a gravidade e a repercussão das ofensas perpetradas; as máximas da experiência; o bom-senso; os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e a situação econômica e financeira do país e dos ofensores²⁶¹.

Durante muito tempo negou-se a possibilidade de reparação por danos morais sob o argumento de que os bens violados não seriam passíveis de avaliação pecuniária. Hoje esta teoria está superada, mas ainda encontram-se resquícios deste pensamento entre alguns doutrinadores, não para negar a reparação, mas para mitigar o valor a ser arbitrado pelo juiz. A ausência de condenação ou o arbitramento de um valor abaixo do necessário pode gerar outros efeitos, ainda mais temerários, como o descrédito da coletividade com relação ao sistema jurídico, a sensação de desamparo dos cidadãos frente ao Estado e às instituições sociais ou ainda o enriquecimento ilícito do causador do dano.

Deve-se observar, ademais, que no tocante aos bens de natureza extrapatrimonial de titularidade difusa ou coletiva vigora o princípio da prevenção, principalmente porque estes bens, em geral, são irreparáveis ou de difícil reparação. Somente através de uma resposta

²⁵⁸ Código de Processo Civil. Art. 475-C: "Far-se-á a liquidação por arbitramento quando: II- o exigir a natureza do objeto da liquidação."

²⁵⁹ José Afonso Dallegrave Neto. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, pág. 153.

²⁶⁰ Xisto Tiago de Medeiros Neto, *Dano Moral Coletivo*, pág. 197.

²⁶¹ Enoque Ribeiro dos Santos. *O Microsistema de Tutela Coletiva. Parceirização Trabalhista*, págs. 105-106.

efetiva e coerente com a gravidade da ofensa será possível evitar novos ilícitos desta natureza, por isso, cabe à responsabilidade civil acompanhar as transformações sociais, de forma a adotar institutos aptos a tutelar o direito coletivo em toda sua extensão. Eis por que a finalidade da condenação por danos morais coletivos adquiriu outra feição, agora de caráter eminentemente punitivo e pedagógico.

5 - Destinação do valor da condenação.

Nos termos do art. (13)²⁶² da lei da Ação Civil Pública, a condenação em dinheiro será revertida a um fundo próprio e destinada à reconstituição dos bens lesados. A condenação em pecúnia compreende o valor arbitrado a título de indenização e também a multa diária aplicada ao réu para compeli-lo a adimplir uma obrigação de fazer ou não fazer, prevista no art. 11 do mesmo diploma²⁶³. Além disto, a indenização fluida ou *fluid recovery*, prevista no art. 100 do Código de Defesa do Consumidor, também será destinada a este fundo. Esta indenização consiste no produto da execução da sentença coletiva genérica relacionada a direitos individuais homogêneos, promovida por um dos legitimados do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, após o prazo de um ano sem a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano.

Carvalho Filho observa que a necessidade de destinação dos recursos a um fundo de reconstituição dos bens lesados decorre do caráter transindividual dos bens tutelados por meio da ação civil pública, cujos titulares são pessoas indeterminadas, no caso dos direitos difusos, ou indetermináveis, nos direitos coletivos em sentido estrito. Como não seria possível destinar o valor da indenização diretamente aos grupos lesados, foi concebida pela lei a instituição de um fundo, a ser controlado pelo Estado, com o objetivo de reconstruir os bens em questão²⁶⁴.

²⁶² Lei n. 7347 de 1985. Art. 13: "Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados".

²⁶³ Lei n. 7347 de 1985. Art. 11: "Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor".

²⁶⁴ José dos Santos Carvalho filho. *Ação Civil Pública*, pág. 390.

O fundo tratado pela lei é de natureza pública, assim considerado o complexo de natureza financeira, instituído por lei, controlado pelo Estado e composto por dinheiro ou outros bens, com vistas a dar suporte financeiro à determinada atividade de interesse público. Não tem personalidade jurídica, mas pode ser dotado de personalidade judiciária, da mesma forma que ocorre com as pessoas morais ou formais, como o espólio, a massa falida e o condomínio. O art. 13 da lei 7.347 de 1985 não fez menção à nomenclatura, mas após sucessivas regulamentações, hoje a denominação passou a ser "Fundo de Defesa de Direitos Difusos", nos termos do decreto 1.306 de 1994.

Os recursos que compõem os fundos públicos são considerados bens públicos, razão pela qual estão sujeitos ao controle direto ou indireto do Estado, mesmo que provenientes de fontes privadas. Isto porque o que caracteriza a natureza destes recursos é a sua destinação a uma atividade de interesse público, de modo que, uma vez que adentre ao fundo, o recurso imediatamente adquire a natureza pública. Nesse sentido, os bens que o compõem os fundos públicos necessariamente estão afetados a uma finalidade pública, considerada a afetação como a vinculação de certo bem ou atividade a um objeto de interesse público²⁶⁵. A afetação importa na cogente vinculação dos recursos à finalidade para a qual a lei instituiu o fundo público.

Ainda que a lesão ao direito difuso ou coletivo seja irreversível, ou seja, insuscetível de reconstituição, os valores arbitrados a título de indenização ou de multa diária devem ser revertidos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. De acordo com o decreto 1.306 de 1994, que regulamenta o art. 13 da lei de Ação Civil Pública, os recursos serão prioritariamente aplicados na reparação específica do bem lesado, sempre que possível. Nos casos de danos irreversíveis, os recursos devem ser aplicados na reconstituição de bens similares.

O fundo público previsto na lei 7.347 de 1985 passou por uma série de regulamentações até chegar ao atual diploma, o decreto 1.306 de 1994. Paralelamente, a lei 9.008 de 1995, que decorreu da conversão de inúmeras medidas provisórias com o mesmo conteúdo, editadas desde 1994, também traçou normas disciplinadoras do fundo, embora, em sua ementa, faça menção à regulamentação apenas do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Desta forma, hoje, os dois diplomas regulamentam o fundo público.

²⁶⁵ José dos Santos Carvalho filho. *Ação Civil Pública*, pág. 389.

A lei 9.008 de 1995, em seu art. 2º, § (3º)²⁶⁶, prevê, dentre outros objetivos, que os recursos do fundo público sejam aplicados na recuperação dos bens lesados, na promoção de eventos educativos e científicos e na edição de material informativo relacionado com a natureza da infração ou do dano causado. Estes objetivos estão em coadunância com a proteção dos trabalhadores contra atos discriminatórios, os quais dão origem a danos morais de natureza transindividual. Com relação à prevenção de condutas discriminatórias, a educação e a veiculação da informação a respeito do tema são mecanismos essenciais, tendo em vista o caráter cultural e psicológico dos fenômenos que fundamentam estas práticas ilícitas.

Recente mudança legislativa derivou de determinação do Estatuto da Igualdade Racial, lei 12.288 de 2010, com o escopo de ressaltar que os recursos destinados ao fundo público em decorrência de discriminação étnica tenham destinação vinculada e sejam utilizados em ações de promoção da igualdade racial. Em observância ao comando legal, foi acrescentado o § 2º ao art. 13 da lei 7.347 de (1985)²⁶⁷.

Nas demandas trabalhistas, geralmente os valores arbitrados a título de dano moral coletivo são revertidos ao FAT, o Fundo de Amparo ao Trabalhador, criado pela lei 7.998 de 1990, e destinado ao custeio do seguro-desemprego, ao pagamento do abono salarial e ao financiamento de programas de educação profissional e tecnológica e de desenvolvimento econômico. Existem, além deste, outros fundos específicos, como o previsto no art. 214 da lei 8.069 de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente²⁶⁸.

Parcela da doutrina é contrária à destinação dos recursos provenientes de condenação em dinheiro nas ações civis públicas trabalhistas ao FAT, por considerar que este fundo não

²⁶⁶ Lei 9.008 de 1995. Art. 2º, § 3º: "Os recursos arrecadados pelo FDD serão aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas mencionadas no § 1º deste artigo."

²⁶⁷ Lei 7.347 de 1985. Art. 13, § 2º: "Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção de igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente."

²⁶⁸ Veja-se, neste sentido, acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, que reiterou sentença que condenou o empregador por danos morais coletivos e destinou o valor ao Fundo Estadual para a Criança e o Adolescente, em decorrência da não contratação de aprendizes no percentual exigido nos termos do art. 429 da CLT. Processo: RO 0000973-92.2011.5.08.0107. Data de Julgamento: 13/3/2012. Relator: Desembargadora Alda Maria de Pinho Couto. 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Data de Publicação: 19/3/2012.

preenche todos os requisitos legais previstos no art. 13 da lei da Ação Civil Pública e no seu regulamento. Argumenta-se que o Ministério Público do Trabalho, por exemplo, não tem assento no Conselho Deliberativo do FAT e que os recursos não são destinados diretamente à recuperação dos bens lesados. Não obstante, a maioria dos recursos ainda hoje é destinada a este fundo²⁶⁹.

É possível, ainda, que o valor da condenação seja destinado especificamente a uma instituição pública ou privada, sem fins lucrativos, com uma finalidade já previamente determinada na sentença. Foi este o entendimento dos Magistrados da Justiça do Trabalho na 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, ao elaborarem o enunciado n. 12, referente ao trabalho escravo, mas que também se aplica aos demais temas correlacionados aos direitos metaindividuais.

12. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. TRABALHO ESCRAVO. REVERSÃO DA CONDENAÇÃO ÀS COMUNIDADES LESADAS. Ações civis públicas em que se discute o tema do trabalho escravo. Existência de espaço para que o magistrado reverta os montantes condenatórios às comunidades diretamente lesadas, por via de benfeitorias sociais tais como a construção de escolas, postos de saúde e áreas de lazer. Prática que não malfeire o artigo 13 da lei 7347/85, que deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais fundamentais, de modo a viabilizar a promoção de políticas públicas de inclusão dos que estão à margem, que sejam capazes de romper o círculo vicioso de alienação e opressão que conduz o trabalhador brasileiro a conviver com a mácula do labor degradante. Possibilidade de edificação de uma Justiça do Trabalho ainda mais democrática e despida de dogmas, na qual a responsabilidade para com a construção da sociedade livre, justa e solidária delineada na Constituição seja um compromisso palpável e inarredável²⁷⁰.

Este também é o entendimento de Santos, para quem é possível que o valor da condenação na ação civil pública seja destinado ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) ou a entidades filantrópicas e assistenciais, sem fins lucrativos, cuja finalidade seja a proteção de crianças, adolescentes, idosos, pessoas desamparadas ou portadores de necessidades, em caso de inexistência do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e a juízo do magistrado ou do membro do Ministério Público²⁷¹.

6 - Outras formas de reparação.

²⁶⁹ Xisto Tiago de Medeiros Neto. *Dano Moral Coletivo*, pág. 215.

²⁷⁰ Enunciados disponíveis em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/memorial/acervo/biblioteca>>. Acesso em: 22/01/2013.

²⁷¹ Enoque Ribeiro dos Santos. *O Microsistema de Tutela Coletiva. Parceirização Trabalhista*, pág. 96.

A maioria dos doutrinadores entende que a prioridade, no caso de dano moral coletivo, deve ser a condenação em obrigação de pagar, de caráter sancionatório e pedagógico, a ser destinada ao fundo de defesa dos direitos difusos, previsto no art. 13 da lei 7.347 de 1985. Entretanto, é possível a conversão em outra modalidade de obrigação quando a situação concreta assim demandar, como na hipótese do causador do dano estar em estado de insolvência. Frise-se que esta condenação não tem natureza compensatória ou reparatória, por ser inviável em se tratando de direitos metaindividuais, ante a impossibilidade de apreender toda a extensão da lesão coletiva, seja pela indeterminação dos sujeitos lesados, seja pela inviabilidade de recuperação dos bens coletivos de caráter extrapatrimonial atingidos.

Além da condenação em pecúnia, é possível vislumbrar outras formas de reparação dos danos coletivos. São exemplos deste tipo de condenação alternativa a obrigação de aquisição de equipamentos para hospitais ou escolas, a previsão de construção de um imóvel em benefício da própria coletividade atingida pelo ato ilícito, a imposição de trabalho comunitário, a retratação pública, dentre muitas outras hipóteses, tudo a depender do caso concreto e do bom senso do magistrado.

Melo observa que em muitos termos de ajustamento de conduta, o Ministério Público propõe obrigações de naturezas diversas, como a compra de equipamentos destinados ao Ministério do Trabalho, a serem utilizados no combate ao trabalho escravo; a construção de creches e hospitais nas regiões afetadas pelo dano coletivo; o custeio de cursos de formação e de aperfeiçoamento para os trabalhadores e seus filhos de uma determinada região; o custeio de campanhas informativas dentro de entidades empresariais específicas a respeito do trabalho escravo, da erradicação do trabalho infantil, da inserção dos portadores de deficiência no mercado de trabalho, da discriminação no ambiente laboral, dentre outros temas²⁷².

Do mesmo modo, os Juízes do Trabalho podem dar destinação alternativa aos valores arbitrados nas ações civis públicas que tenham por objeto a imposição de uma obrigação de pagar. Será a situação concreta que determinará a melhor forma de reparação do dano, com vistas à tutela efetiva do direito violado. De toda forma, é preciso que conste na sentença a destinação do valor e a forma de fiscalização de sua aplicação.

²⁷² Raimundo Simão de Melo. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador*, pág. 347.

7 - A importância da condenação por danos morais coletivos em matéria de discriminação nas relações de trabalho.

Em matéria de discriminação, especialmente nas relações de trabalho, os danos decorrentes podem atingir uma pessoa ou um grupo de pessoas determinado, assim como irradiar-se por um número indeterminado de vítimas ou mesmo por toda a coletividade. Tais danos, extrapatrimoniais por natureza, em razão da espécie de direitos violados, em regra são irreversíveis, por envolverem valores construídos e cultuados por gerações, assegurados pela ordem constitucional e que representam os principais bens tutelados pelo Estado, dentre os quais, os princípios da igualdade e da não discriminação.

Dentre as inúmeras possibilidades de configuração do dano moral coletivo no âmbito laboral, podem-se elencar todas as formas de discriminação contra o trabalhador, seja em relação a gênero, raça, idade, opção sexual, religião, etnia ou qualquer outro fundamento injusto que importe em diferença de tratamento entre os homens. Os Tribunais do Trabalho, em reiterados julgados, acolhem o pedido de condenação nestes casos, pois adotam o entendimento de que o dano moral coletivo decorre *in re ipsa* do próprio ato ilícito, tamanha é a afronta à ordem jurídica e aos valores fundamentais.

A utilização das ações coletivas é de grande valia para a proteção dos direitos coletivos em todas as suas manifestações, sejam os direitos individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito ou difusos. As vantagens do manejo destas ações no âmbito judicial já foram minuciosamente detalhadas neste trabalho, com destaque para um dos institutos da tutela coletiva, o dano moral coletivo. São diversas as situações que geram esta modalidade de dano, tanto na esfera trabalhista como em outros setores da vida em sociedade, mas interessamos, aqui, abordar a discriminação nas relações laborais e os benefícios da condenação por danos morais coletivos dela decorrentes.

Na esfera trabalhista, a principal vantagem da utilização da tutela coletiva é permitir o acesso à justiça a trabalhadores que dificilmente ingressariam pela via judicial em busca de seus direitos quando ainda tivessem vínculo jurídico com o causador do dano, seu empregador. Dallegrave Neto observa que a ação coletiva, neste caso, funciona como uma

"ação sem rosto", que disponibiliza uma proteção genérica sem o comprometimento do emprego em curso em relação aos trabalhadores nela albergados²⁷³.

No decorrer da relação empregatícia a discriminação tende a ocorrer às escuras, o que torna mais difícil sua comprovação. Ademais, a possibilidade conferida em nosso ordenamento jurídico ao empregador de exercer a dispensa imotivada contribui para a prática de condutas discriminatórias no momento da rescisão do pacto laboral e dificulta a proteção destes trabalhadores contra atos discriminatórios. Muitos trabalhadores, por sua vez, vítimas de preconceito, não se sentem à vontade ou confiantes para recorrer à justiça, até mesmo por desconhecimento dos seus direitos. Por tudo isso, a tutela coletiva e a condenação por dano moral coletivo são importantes mecanismos de proteção dos direitos que de outra forma ficariam descobertos.

A condenação por dano moral coletivo em matéria de discriminação tem o condão de promover, de forma lenta e gradual, uma mudança de comportamento e de concepção de valores no âmbito das relações trabalhistas. Inicialmente, o empregador agirá conforme a lei e os preceitos constitucionais apenas por receio de ser condenado ao pagamento de uma quantia em dinheiro, mas com o passar do tempo, este comportamento tornar-se-á usual e o respeito às leis trabalhistas e aos direitos do trabalhador tendem a ser praticados naturalmente.

A possibilidade de reversão da condenação em dinheiro no custeio de campanhas educativas e informativas sobre temas relacionados à discriminação é um importante mecanismo a ser utilizado para a instrução e a educação no ambiente laboral, tanto dos empregadores e de seus prepostos, como dos demais trabalhadores. Como já foi dito, o preconceito envolve aspectos psicológicos e culturais, por isso é muito importante a divulgação de informação relacionada aos valores da igualdade e da não discriminação e principalmente ao respeito às diferenças entre as pessoas.

Medeiros Neto apresenta mais uma justificativa para a condenação do dano moral coletivo, ao observar que ela se destina também a responsabilizar o infrator por todo o tempo em que praticou a conduta danosa, e que de outro modo ficar impune. Veja, neste sentido, o trecho abaixo transcrito.

O simples cessar da conduta danosa ilícita ou o cumprimento, a partir de um dado momento, da obrigação legal até então descuidada, deixaria, no rastro do tempo em que se deu a violação, impune o agente ofensor, sem qualquer meio hábil

²⁷³ José Afonso Dallegre Neto. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, pág. 160.

que pudesse responsabilizá-lo pela lesão já configurada, ante as consequências e efeitos deletérios e prejudiciais até então gerados – na maior parte das vezes de maneira irreversível -, e o proveito obtido com a violação, em detrimento dos bens e valores atingidos, titularizados pela coletividade (meio ambiente, segurança e saúde dos consumidores e trabalhadores, patrimônio cultural e histórico, patrimônio público, ordem urbanística, ordem econômica, dignidade de grupo ou categoria de trabalhadores^(274,275)).

Segundo o autor, nas ações civis públicas cujo pedido seja a cessação de uma atividade danosa, a simples condenação à obrigação de não fazer não tem a capacidade de recuperar todos os danos que já foram perpetrados e que são irreversíveis. É isto o que ocorre com os atos discriminatórios, pois mesmo que o empregador não mais pratique condutas ilícitas desta natureza, os danos já consumados persistem e o agente ofensor deve ser responsabilizado por eles. Esta tarefa cabe à condenação por danos morais coletivos, em respeito ao princípio da reparação integral, também aplicável no âmbito da tutela coletiva.

Ademais, é preciso observar que a prática de atos em desconformidade com a ordem jurídica e em detrimento do empregado também gera consequências para o Estado, principalmente no âmbito laboral. As lesões decorrentes de atos discriminatórios, em especial quando praticados de maneira reiterada e por longo período, dão causa a doenças de ordem psicológica, que podem demandar o pagamento de benefícios previdenciários, como o auxílio doença e aposentadorias precoces, situações que sobrecarregam o Estado e a sociedade. Nos casos de rompimento do pacto laboral, os danos podem também dificultar o reingresso de empregados no mercado de trabalho, em decorrência do trauma acarretado pelas condições de trabalho vivenciadas.

O Estado e a sociedade sofrem os efeitos da discriminação praticada nas relações de trabalho não apenas no âmbito da previdência social, mas também na esfera do assistencialismo e do sistema de saúde. A assistência social tem por objetivo, dentre outros, promover a integração ao mercado de trabalho, proteger o idoso, proteger a maternidade, habilitar e reabilitar pessoas portadoras de deficiência, além de promover sua integração à vida comunitária. Ademais, concede o benefício da prestação continuada a idosos maiores de

²⁷⁴ Xisto Tiago de Medeiros Neto. *Dano Moral Coletivo*, págs. 196-197.

²⁷⁵ Neste sentido, cite-se trecho do acórdão do STJ referente a lesões ao meio ambiente: “5. A reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível, de modo que a condenação a recuperar a área lesionada não exclui o dever de indenizar, sobretudo pelo dano que permanece entre a sua ocorrência e o pleno restabelecimento do meio ambiente afetado (= dano interino ou intermediário), bem como pelo dano moral coletivo e pelo dano residual (= degradação ambiental que subsiste, não obstante todos os esforços de restauração)”. Processo: Resp n. 1.114.893-MG. (2008/0243168-8). 3ª turma do STJ. Data de Publicação: DJ 16/03/2010.

65 anos e deficientes físicos, nas condições estabelecidas em lei. Todas estas atividades e prestações são concedidas a quem dela necessitar, independente de contraprestação, e são custeadas com recursos da previdência social²⁷⁶.

Observe-se que alguns grupos que são alvo de discriminação, como dos idosos e das pessoas portadoras de deficiência, farão jus a prestações assistenciais em situações de necessidade, o que, em última análise, acarreta prejuízos a toda sociedade. Por isso, o empregador precisa ter consciência de sua função social, de agente colaborador do Estado na integração de indivíduos historicamente segregados. Eis a importância da condenação por danos morais coletivos, como forma de compelir o empregador a agir de acordo com as leis trabalhistas e os valores sociais, punindo-o e educando-o a um só tempo.

²⁷⁶ Constituição da República. Art. 203 e incisos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do crescente número de demandas com pedido de condenação por danos morais ajuizadas na Justiça do Trabalho, principalmente após a edição da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que expressamente estabeleceu a competência daquele Órgão para processar e julgar as ações de indenização por dano moral e patrimonial decorrentes da relação de trabalho, pode-se concluir que a tutela individual não é capaz, isoladamente, de lidar com fenômenos que perpassam os limites das relações individuais e privadas. Apresenta-se, então, uma via alternativa no campo processual para lidar com esta nova realidade: a tutela coletiva e os institutos jurídicos que lhes são peculiares.

Neste estudo, o objeto central de análise foi a dimensão transindividual da discriminação nas relações de trabalho e os danos extrapatrimoniais decorrentes. Constatou-se que a discriminação afeta, ainda que indiretamente, toda a sociedade, pois afronta alguns de seus valores basilares, como o princípio da igualdade e o da não discriminação. O empregador, quando age em desrespeito aos preceitos constitucionais e legais em detrimento dos direitos de seus empregados, não cumpre sua função social de colaborador do Estado na consecução dos seus fins institucionais. Em consequência, prejudica o Estado e a sociedade, provocando danos de ordem imaterial, os danos morais coletivos, e outros de índole patrimonial, com a sobrecarga da previdência social, do sistema de saúde e dos programas da assistência social.

Para a melhor compreensão da dimensão coletiva da discriminação nas relações de trabalho, foram abordados os principais aspectos do preconceito e da discriminação, sua conceituação, hipóteses de incidência no âmbito laboral e as noções elementares dos direitos metaindividuais e de suas espécies. Constatou-se que o uso da tutela coletiva proporciona inúmeros benefícios aos trabalhadores vítimas de discriminação, pois funciona como uma espécie de "ação sem rosto" e, desta forma, contribui para o acesso à justiça.

O instituto do dano moral coletivo, especialmente quando decorrente de discriminação nas relações de trabalho, foi analisado sob enfoques diferenciados, desde sua conceituação, passando por sua origem e evolução histórica, abordagem dos seus principais aspectos, seu fundamento legal, evolução pretoriana e sua proximidade com os danos sociais. Observou-se

que a doutrina e a jurisprudência não são pacíficas quanto à adoção do instituto, embora na Justiça do Trabalho perceba-se uma maior aceitação.

Observou-se que a reparação dos danos morais coletivos pauta-se em finalidades específicas, condizentes com a natureza extrapatrimonial e transindividual dos danos perpetrados. A doutrina apontou três funções para este tipo de condenação: pedagógica, compensatória e sancionatória, as quais devem nortear o julgador no momento do arbitramento do valor da condenação.

Considerando a importância da liquidação dos danos no processo coletivo, especialmente diante da dificuldade na mensuração dos danos morais, foram abordados alguns temas considerados relevantes, como o papel do magistrado nesta etapa processual, o instituto do *punitive damages* e sua possível aplicação para a quantificação do dano moral coletivo, além da destinação do valor da condenação e outras formas de reparação diversas da condenação pecuniária.

Constatou-se que a condenação por dano moral coletivo é essencial para a compensação das vítimas dos danos extrapatrimoniais de dimensão transindividual, como ocorre com as condutas discriminatórias praticadas no âmbito das relações de trabalho. De outro modo, não haveria reparação integral do dano, princípio este que norteia a responsabilidade civil, especialmente no âmbito da tutela coletiva. Ademais, este tipo de condenação apresenta-se como importante mecanismo de prevenção e de repressão a condutas discriminatórias, por dotar-se de funções de índole pedagógica e sancionatória, a manifestar-se através do arbitramento de valores condizentes com a gravidade do dano e com as condições em que praticado o ato lesivo. Portanto, a um só tempo visa à compensação das vítimas, à prevenção de novos danos e ainda à punição do ofensor.

Por tratar-se de instituto atrelado à tutela coletiva, cujos estudos são relativamente recentes, remontam à década de setenta do século XX, ainda encontra-se resistência quanto a sua plena incorporação no mundo jurídico. Entretanto, é necessário refletir sobre as funções do Direito e sobre o papel que lhe cabe na regulação social. O Direito é eminentemente social, cultural, fruto da sociedade em que é concebido, por isso seus institutos devem ser continuamente revistos e atualizados para que seja possível acompanhar o surgimento de novos fenômenos que dão origem a modernos interesses e relações sociais.

Para tanto, é preciso estar aberto a novas perspectivas, a mudanças de paradigmas que cercam a cultura jurídica e que muitas vezes impedem a adoção de institutos mais condizentes com a realidade que nos cerca. Este é o caso do dano moral coletivo, instituto que ainda precisa ser reconhecido e incorporado definitivamente ao ordenamento jurídico, principalmente por estar atrelado aos direitos da personalidade e por representar uma violação ao círculo de valores coletivos considerados essenciais de uma dada coletividade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roger Silva. "**Responsabilidade civil. A culpa, o risco e o medo**". 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011.

ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Milton. "**Dano moral coletivo decorrente do trabalho em condição análoga à de escravo**". Revista do TST. Brasília, vol. 72, p. 79-87, n. 3, set./dez. 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. "**Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**". 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. "**Curso de Direito do Trabalho**". 3ª edição. São Paulo: Editora LTr, 2007.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. "**Discriminação no Trabalho**". São Paulo: Editora LTr, 2002.

_____. "**Trabalho Decente**". São Paulo: Editora LTr, 2004.

_____. "**Ações afirmativas**". São Paulo: Editora LTr, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. "**Acesso à justiça**". Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1988.

CASHMORE, Ellis. "**Dicionário de relações étnicas e raciais**". São Paulo: Editora Summus, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. "**Ação Civil Pública. Comentários por artigo (Lei nº. 7.347, de 24/7/85)**". 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. "**Programa de Responsabilidade Civil**". 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. "**A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**". São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

COSTA, Judith Martins. "**Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação in Roma e America**". Diritto Romano Comune in Rivista di diritto Dell'integrazione e unificazione Dell diritto in Europa e in America Latina, 2000.

CROCHÍK, José Leon. "**Preconceito, Indivíduo e Cultura**". 3ª edição. São Paulo: Editora Casa do psicólogo, 2006.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. "**Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**". 3ª edição. Editora São Paulo: Editora LTr, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. "**Direito Coletivo do Trabalho**". 3ª edição. São Paulo: Editora LTr, 2008.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **"Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo"**. 7ª edição. São Paulo: Editora JusPodvim, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **"Direito Civil. Parte Geral"**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

_____. **"Direito das Obrigações"**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

GOMES, Joaquim Barbosa. **"Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade"**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2001.

GOFFMAN, Erving. **"Estigma - estudos sobre a manipulação da identidade deteriorada"**. Rio de Janeiro, Editora LTC, 1988.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **"Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação. Sua aplicação às relações trabalhistas"**. São Paulo: Editora LTr, 2010.

HASENBALG, Carlos A.; KABENGELE, Munanga; SCHWARCZ. **"Racismo: Perspectivas para um estudo contextualizado da sociedade brasileira"**. Niterói, RJ: Editora Eduff, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **"Curso de Direito Processual do Trabalho"**. 5ª edição. São Paulo: Editora LTr, 2007.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **"Dano Ambiental. Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática"**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LENZA, Pedro. **"Teoria Geral da Ação Civil Pública"**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES, Otavio Brito. **"Minorias, Discriminação no Trabalho e Ação Afirmativa Judicial"**. Revista do TST. Brasília, vol. 76, p. 149-158, n. 4, out./dez. 2010.

MAIOR, Jorge Luis Souto. **"O dano social e sua reparação"**. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

MALLET, Estêvão. **"Igualdade, Discriminação e Direito do Trabalho"**. Revista do TST. Brasília, vol. 76, p. 17-51, n. 3, jul./set. 2010.

MARTINEZ, Luciano. **"O dano moral social no âmbito trabalhista"**. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari de. **"Assédio Moral, Discriminação, Igualdade e Oportunidades no Trabalho"**. São Paulo: Editora LTr, 2012.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **"Dano moral coletivo"**. 3ª edição. São Paulo: Editora LTr, 2012.

MELO, Raimundo Simão de. **"Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador"**. 3ª edição. São Paulo: Editora LTr, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **"Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional"**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **"Dumping social e dano moral coletivo trabalhista."** Disponível em: <<http://www.amaurimascaronascimento>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **"Instituições de Direito Civil. Vol. I"**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

ROMITA, Arion Sayão. **"Dano Moral Coletivo"**. Revista do TST. Brasília, vol. 73, p. 79-87, n. 2, abr./jun. 2007.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **"O Microssistema de Tutela Coletiva. Parceirização Trabalhista"**. São Paulo: Editora LTr, 2012.

SARAIVA, Renato. **"Curso de Direito Processual do Trabalho"**. 7ª edição. São Paulo: Editora Método, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **"Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988"**. 9ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **"A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF"**. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/artigos/>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

SEVERO, Valdete Souto. **"O Dano Social ao Direito do Trabalho"**. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/cadernos/265-caderno-15?start=3>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

SOUZA, Rodrigo Trindade. **"Punitive damages e o direito do trabalho brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal"**. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

TARTUCE, Flavio. **"Reflexões sobre o Dano Social"**. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocato/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=370&tmp_secao=12&tmp_topico=direitocivil&wi.redirect=UQLPL741V7USRO1PSG4T>. Acesso em 13 fev. 2013.

VIEIRA, Maria Carla Baêta. **"Vedação à dispensa discriminatória: análise da Súmula 443 do TST"**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40253>>. Acesso em: 17 fev. 2013.