

2. DANO MORAL E DIREITO DO TRABALHO.

O dano moral no direito do trabalho não é algo novo, ou de pouca expressividade, visto que enquanto se discutia no direito comum a possibilidade de reparação econômica do dano exclusivamente moral, a Consolidação das Leis do Trabalho, desde a sua promulgação, já contemplava o dano moral e a sua reparação pelo empregado ou pelo empregador, em decorrência da ruptura do contrato de trabalho pela prática de ato lesivo da honra ou da boa fama (artigos 482, letras j e k, e 483, letra e), mediante o pagamento ou desoneração de pagamento das indenizações correspondentes ao distrato do pacto laboral motivado por essa justa causa.

Porém, se formos pesquisar, os verbetes dos índices alfabéticos remissivos dos livros de Direito do Trabalho, dificilmente encontraremos relacionada à expressão "dano moral".

Por que dificilmente isto ocorre?

Porque essa matéria só passou a adquirir relevância a partir da Constituição de 5 de outubro de 1988, em face do registro feito nos incisos V e X de seu artigo 5º, que enumerou, entre os direitos e garantias fundamentais:

"o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem" e declarou serem 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".¹⁰

Anteriormente, vinculava-se a enunciação ato lesivo da honra e da boa fama, ao capitulado no Código Penal de 1940, que configura como delitos a calúnia, a difamação e a injúria (artigos 138, 139 e 140).

Hodiernamente, faz-se a ligação com a Carta Magna, porque é mais atual falar-se em, sim, Direitos da Personalidade, originando-se daí toda a problemática sobre a competência da Justiça do Trabalho para conhecer de processos sobre indenização de dano moral e sobre critérios para fixar o valor da indenização, no caso de acolhimento do pedido.

A doutrina e a jurisprudência majoritárias tinham a concepção de que apenas em relação aos bens materiais, porque estes poderiam ser efetivamente avaliáveis, o dano era determinável e suscetível de ressarcimento. Essa noção persistiu mesmo diante da amplitude do art. 159 do Código Civil pátrio, que comporta qualquer modalidade de dano.

10 Mini Códigos RT, 9ª ed., Editora Revista dos Tribunais. 2007.

As poucas decisões que acolhiam a reparabilidade do dano moral o faziam devido a sua repercussão econômica e não a sua dimensão moral por si só. Acabava-se indenizando o dano moral que também refletia no patrimônio do lesado, quando na verdade dever-se-ia indenizar pela violação de um bem jurídico tutelado sem repercussão patrimonial, por isso, deve-se provar a relação entre o ato ilícito e o lesionamento íntimo, independentemente de afetação econômica.

Mas, houve uma mudança significativa a respeito de tal problemática e, hoje, no Direito positivo brasileiro, podemos encontrar a reparação do dano moral protegido pela seguinte legislação:

- Constituição Federal, art. 5º, V e X;
- Código Civil Brasileiro, arts. 159, 1.537, 1.538, 1.547, 1.548, 1.550;
- Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, VII;
- Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 17; entre tantos outros diplomas legais.

Contudo, convém destacar que se em algum do Direito o conceito de dano moral pode ter alguma aplicação é precisamente no campo do Direito do Trabalho. A razão está na subordinação a que está sujeito o trabalhador na satisfação de seu débito.

A posição doutrinária ressalta, portanto, o caráter patrimonial decorrente do contrato de emprego, sendo uma relação que não esgota a riqueza do contrato, por não se resumir apenas ao pagamento do salário, mediante a contraprestação do trabalho. Uma das principais funções das normas laborais está em assegurar o direito à dignidade das partes envolvidas na tão difícil relação, empregado/empregador.

Assim, nas condições privadas, na maioria das vezes, existe um jogo de valores econômicos e, como exceção, podem ser afetados bens pessoais dos contratantes, de forma indireta, fazendo com que os trabalhadores arrisquem seus bens pessoais.

O trabalhador tem o dever de cumprir pessoalmente a principal prestação ao seu cargo, incorporando-se a uma organização alheia, tendo por obrigação realizar suas tarefas em lugares e condições determinadas, submetendo-se às faculdades de direção e disciplina, reconhecidas por Lei ao empregador. Pode-se dizer, que os atores destes incidentes jurídicos, na maioria das vezes, são os empregados (pessoas físicas que prestam serviços de natureza não eventual ao empregador, sob dependência deste, mediante salário, de acordo com o artigo 3º da CLT) e o empregador, representando a empresa, a qual assume os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços, também nos termos do art. 2º da CLT.

Este conceito existe desde a Revolução Industrial, onde os trabalhadores exerciam suas funções em condições subumanas, até a atualidade. Desde aquele tempo, muito se tem conquistado, no que se refere às considerações sobre relações de trabalho, principalmente no tocante à dignidade do trabalhador, por ficar num patamar de inferioridade, expondo-se a qualquer tipo de atitude, capaz de ferir o seu moral, com repercussões até mesmo irreparáveis.

Neste sentido, há entendimentos que existe uma grande possibilidade das pessoas, por vontade própria ou não, causarem prejuízos umas às outras. Assim, a relação humana e jurídica existente entre empregado e empregador, não está ileso destas contingências, que se caracterizam na prática de atos ilícitos. O problema está no fato da relação de emprego possuir disciplina jurídica, correspondente à relação de emprego, ou seja, troca de trabalho versus remuneração, estando excluídos da órbita do Direito Civil, uma vez que a demanda está relacionada a prática de atos ou fatos de natureza civil, na específica situação de empregado e empregador.

A responsabilidade civil estabelece as diretrizes relacionadas à obrigação de reparar danos causados à outra pessoa, em decorrência de um ato ilícito, representativo de um dever geral de conduta ou por descumprimento de uma obrigação contratual. Neste sentido, há dano moral, quando um indivíduo expõe outro a uma situação vexatória e de desequilíbrio, tanto psíquico, quanto mental.

O dano moral trabalhista se estabelece em uma via de mão dupla, podendo ocorrer em ambas às direções, isto é, a responsabilidade pelo dano pode ser originada pelo empregador como, também, pelo empregado.

A relação capital-trabalho evidencia outro tipo de realidade, em que estão perpetradas de atos equivocados, configuradores do dano moral trabalhista, motivadas por ações de empregador contra empregado, devido a uma gigantesca inferioridade econômica, cultural e de subordinação.

Os princípios que norteiam a teoria da responsabilidade são extensivos também ao Direito do Trabalho, isto porque a proteção da personalidade do trabalhador é um dos deveres do empregador, compreendido no de previsão, cabendo reparação ao dano moral trabalhista, caso este venha ocorrer.

Desse modo, o Contrato de Trabalho firmado entre as partes, deve estabelecer sempre, direito e obrigações aos valores personalíssimos e morais. Havendo qualquer ofensa a tais direitos, culmina na autorização da rescisão contratual pelo empregado e

empregador, sob o pálio dos artigos 482 e 483 da CLT, como também a postulação de Indenização Patrimonial e Moral cabível.

Portanto, pode-se concluir que, o trabalhador é realmente a parte mais fraca na relação de emprego, sendo por isso, submetido, em muitos casos, a suportar determinadas ordens, que além de lhe magoar, denigre sua imagem perante seus colegas de trabalho.

Entretanto, vale lembrar que o dano moral pode ser praticado, tanto pelo empregador, como pelo empregado, existindo fatos de ocorrência frequente na relação empregado/empregador que são ensejadoras de reparação por danos morais, podendo ser citados, como exemplos, os casos:

Publicação do nome do empregado em jornais ou outro órgão de imprensa, por abandono de emprego. Esta é uma prática reprimível, haja vista que, o empregador detém todos os dados pessoais de seu empregado e, por isso, poderia fazê-lo via correio, sem tornar público à relação que os envolve. Seu procedimento expõe publicamente o nome do empregado e, dependendo da abrangência do veículo de comunicação utilizado, o nome daquele, poderá ser divulgado de forma negativa, podendo lhe causar grandes prejuízos.

Assédio Sexual: Também é um dos grandes problemas que afetam a convivência entre ambose assola atualmente a relação trabalhista. Quando ocorrido no local de trabalho, pressupõe-se uma insinuação ou uma intimidação, por parte de um superior contra um subordinado, com o intuito de utilizar-se deste poder para obtenção de vantagens.

De acordo com a OIT, o conceito de assédio sexual, pode ser entendido como “insinuações, contatos físicos forçados, convites ou pedidos intermitentes”, apresentando pelo menos uma destas características: “ser claramente uma condição para dar ou manter o emprego; influenciar em promoções ou na carreira do assediado, ou então, prejudicar o rendimento profissional, humilhar, insultar ou intimidar a vítima.”

Acidente de Trabalho: Fato no qual o trabalhador venha a sofrer lesões físicas de toda ordem, principalmente nos casos em que ocorrer deformação física irreversível. A dificuldade enfrentada pelo trabalhador está na resistência do empregador em fornecer ao acidentado a ficha de acidente, burlando a legislação e assim, evitando que o trabalhador se beneficie da estabilidade.

2.1. O direito do trabalho e a tutela dos direitos personalíssimos.

A partir da demonstração das várias peculiaridades com relação ao dano moral trabalhista, em face de preceitos constitucionais, a orientação com base nos estudos de Jorge Pinheiro Castelo é particularmente contundente na exposição acerca da vocação

ontológica do Direito Trabalhista para a proteção de direitos pessoais ligados à dignidade do trabalhador, da vinculação do Direito Trabalhista à tutela do Direito Personalíssimo, fazendo análise histórica, considerando a origem do Direito Trabalhista, sua estrutura e sua finalidade, voltada à defesa da dignidade dos trabalhadores.

Temos que O Direito do Trabalho, social, nasceu com o destino de minimizar as injustiças perpetradas pela força do capital sobre a pessoa do trabalhador. Ora, se esse Direito ampara até mesmo o menor prejuízo financeiro sofrido pelo empregado, como deixaria fora de seu resguardo às lesões que esse mesmo empregado pode sofrer nos atributos de sua personalidade (em sua honra, boa fama, integridade física, espiritual) em virtude de ato ilícito praticado pelo empregador no contexto da relação trabalhista?

A justiça do Trabalho tem julga todos os tipos de lides trabalhistas, incluindo-se nesse rol as lesões aos direitos personalíssimos do empregado (infelizmente corriqueiras) e eventualmente do empregador, com vistas a manter a harmonia e o respeito entre as partes contratantes, sobretudo se levarmos em conta as diretrizes traçadas pela Lei Maior que estatui como pilares do nosso Estado Democrático de Direito a “dignidade da pessoa humana” e os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, e como fundamento da nossa ordem econômica a valorização do trabalho humano.

Essa afinidade finalística do Direito do Trabalho seria um dos elementos justificadores da atração do tema do dano moral para sua esfera.

A Proteção à dignidade do trabalhador inscreve-se e faz parte do conteúdo necessário do contrato de trabalho, integra-o como as outras múltiplas restrições ao exercício da autonomia contratual.

Nessa linha de raciocínio defendemos a tese de que a única proteção adequada aos direitos personalíssimos ocorre no âmbito do Direito e, por consequência, da Justiça do Trabalho.

Ora, se a proteção aos direitos personalíssimos do trabalhador não só integra como, mais do que isso, constituem a base e o fundamento do Direito do Trabalho e cláusula tácita de todo e qualquer contrato de trabalho, como poderíamos excluir da apreciação da Justiça Trabalhista a lesão aos mesmos, caracterizadora do dano moral.

Forçoso reconhecer, como integrante do Direito do Trabalho, o dano moral oriundo da relação trabalhista e, por via de consequência, a competência da Justiça Trabalhista para dele conhecer e julgar.

Capítulo III

CONSIDERAÇÕES SOBRE COMPETÊNCIA

CONSIDERAÇÕES SOBRE COMPETÊNCIA.

O tema de dano moral na justiça trabalhista já gerou várias celeumas e interrogações. Em decorrência disto se faz mister elucidar alguns pontos acerca da Competência. É o que veremos então. A jurisdição é a função estatal de resolver conflitos de interesses concorrentes, literalmente "dizendo o direito", de forma a assegurar a ordem jurídica e proteger os interesses tutelados pela lei.

O fato de ser uma função do Estado faz com que a jurisdição seja exercida em todo o território nacional.

Decorre que jurisdição é a função estatal de resolver conflitos de interesses concorrentes, assegurando a ordem jurídica e proteção dos interesses tutelados pela lei. Esta é una e indivisível e por isso, monopolizada pelo Estado, sendo necessária sua distribuição, para uma melhor administração da Justiça, evitando a insegurança Jurídica.

Conforme ensinam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, no Brasil:

"A distribuição da competência é feita em diversos níveis jurídico-positivos, assim considerados: a) na Constituição Federal, especialmente a determinação da competência de cada uma das Justiças e dos Tribunais Superiores da União; b) na lei federal (Código de Processo Civil, Código de Processo Penal etc.), principalmente as regras sobre o foro competente (comarcas); c) nas Constituições estaduais, a competência originária dos tribunais locais; d) nas leis de organização judiciária, as regras sobre competência de juízo (varas especializadas etc.). Essa é uma indicação meramente aproximativa. No estudo da competência em direito processual civil, penal, trabalhista etc., é que se identificam com precisão as regras com que o direito positivo disciplina a competência. As normas gerais sobre esta encontram-se nos Códigos de Processo Penal e de Processo Civil."¹¹

Sobre os critérios determinantes da competência, vale lembrar que eles se dividem em:

- **Critério Objetivo** está relacionado com os elementos da causa (sujeito, causa de pedir e pedido). Sendo em razão da pessoa, razão da matéria e em razão do valor da causa. De todos os critérios objetivos, o mais importante para o Direito do Trabalho é o critério material.

A competência material, *ratione materiare*, decorre da natureza Jurídica da questão controvertida, sendo esta fixada pelo pedido e pela causa de pedir. Se o conteúdo que

¹¹ Cintra, Antônio Carlos de Araújo, Grinover, Ada Pellegrini, & Dinamarco, Cândido Rangel, Teoria Geral do Processo, 9ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1993, p. 195.

fundamenta o pedido decorrer da relação de emprego, a competência será da Justiça Trabalhista.

- **Critério Funcional**, a competência é obtida tendo em vista as diversificadas funções que o juiz é, sim, chamado a exercer no processo (órgão julgador de 1ª instância, órgão revisor, etc).

- **Critério Territorial**, que se refere à associação de um elemento vinculado em lei, para a atuação de cada Órgão Jurisdicional.

3.1. Competência material e o art. 114 da CF.

O art. 114 da Constituição Federal estipula que:

“Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre os trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do distrito Federal, dos Estados e da união e, na forma da Lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas”.¹²

Fazendo uma análise cuidadosa do artigo citado da vigente Carta Magna concluímos que, definitivamente, 03 (três) são as regras constitucionais de competência material da Justiça do Trabalho, que podem ser assim sistematizados:

- a) Competência material natural ou específica;
- b) Competência material decorrente;
- c) Competência material executória.

A competência material específica nada mais é do que a atribuição da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores.

Assim, de acordo com essa regra da competência material natural, é a Justiça do Trabalho o ramo do Poder Judiciário competente para decidir todas as questões entre empregados e empregadores, os quais se acham envolvidos a todo esse título (ou seja, com essa qualificação jurídica), numa relação jurídica de emprego.

Destarte, inexistente a necessidade de autorização legal, para que venha a ser confiada à solução de uma lide ao Judiciário Trabalhista, pois a previsão constitucional basta por si mesma.

¹² Mini Códigos RT, 9ª ed., Editora Revista dos Tribunais. 2007.

Assim, pouco importa o tipo de relação de emprego (aqui abrangendo-se relações empregatícias urbanas, rurais, domésticas, temporárias, a domicílio, entre outras). Basta estar-se diante de relação empregatícia para a questão situar-se no âmbito de competência material da Justiça do Trabalho, independentemente de lei.

A Competência Material Decorrente é o cerne de toda a discussão em torno da competência da Justiça do Trabalho, para reparar o dano moral, esta teoria é entendida da seguinte maneira: para solucionar controvérsias decorrentes de outras relações jurídicas diversas das relações de emprego, a Justiça do Trabalho só será competente se presentes dois requisitos: a expressa previsão de uma lei atributiva dessa competência e se a relação jurídica derivar de uma relação de trabalho.

Esse princípio encontra fundamento na parte final do art. 114 da Constituição da República, que, depois de situar, na esfera da competência da Justiça do Trabalho, os dissídios entre empregados e empregadores, o faz, também, na forma da lei, para outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

A correta interpretação desse segundo princípio nos leva à conclusão que visa o mesmo à previsão de possibilidade de competência da Justiça do Trabalho para controvérsias trabalhistas entre sujeitos que não se enquadrem na qualificação jurídica de "trabalhadores" e/ou "empregadores".

Observe-se, porém, que não estamos a afirmar que toda e qualquer controvérsia oriunda de relações de trabalho pode ser decidida pelo Judiciário Trabalhista.

O que inferimos da regra constitucional é que é possível a existência de competência da Justiça do Trabalho para apreciar lides de outros sujeitos distintos dos previstos na sua regra de competência material natural, desde que haja lei específica que preveja tal hipótese.

Já o Princípio da Competência Executória das próprias sentenças, é uma consequência natural da atuação estatal na jurisdição trabalhista.

Nas brilhantes palavras do mestre Amauri Mascaro Nascimento, abre-se, aqui:

"uma perspectiva larga, sabendo-se que, na execução de sentenças, a Justiça do Trabalho vê-se diante de questões que envolvem a aplicação do Direito Comercial, Civil, Administrativo, e outros setores do Direito positivo, porque da penhora de bens pode resultar inúmeras questões de natureza patrimonial. A penhora é o momento em que, diante da atuação da lei no mundo físico, surgem problemas sobre as condições em que se encontram os bens penhorados, alguns onerados com hipoteca, penhor, alienação fiduciária, responsabilidade dos sócios, sucessão, arrematação, adjudicação, remição etc., questões que o Juiz do Trabalho terá de

resolver, e para as quais é competente para executar as sentenças da Justiça do Trabalho."¹³

Assim, quando o art. 114 da CF./88 se refere à competência para julgar, "na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho", não está se referindo a controvérsias não previstas nas normas trabalhistas entre empregadores e empregados, mas sim a litígios em que figurem, em um ou nos dois polos da relação, sujeitos distintos das figuras citadas, mas que a controvérsia seja decorrente de uma relação de trabalho.

Isso porque, consoante já foi explicitado, a lide entre empregadores e trabalhadores, enquanto tal deve ser sempre da Justiça do Trabalho, o que não se pode afirmar em relação a litígios regulados pelo Direito do Trabalho, mas entre outros tipos de pessoas, sendo necessária, por isso, a promulgação de uma lei específica atribuidora de competência.

Um bom exemplo disso é a recente Lei 8.984/95, que, em seu art. 1º, declara: "Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicatos de trabalhadores e empregador."

Outra hipótese é o permissivo do art. 652, II, da Consolidação das Leis do Trabalho, que confere competência às Juntas de Conciliação e Julgamento para "os dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice". Nesses casos, não se vai, de forma alguma, conferir direitos trabalhistas aos sujeitos da lide, haja vista que não estão numa relação de emprego, mas sim tão somente vai se apurar o conteúdo civil da contratação, notadamente a remuneração acertada. Se não houvesse essa previsão, a competência fatalmente seria da Justiça comum estadual, tendo em vista que os litigantes não seriam empregadores e empregados.

3.2. A posição do Supremo Tribunal Federal sobre a competência material da justiça do trabalho.

O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, interpretou o art. 114 da Constituição Federal de 1988 no sentido que ora defendemos, sustentando que ainda que o mérito da questão envolva normas de Direito Civil, a competência deve ser da Justiça do Trabalho, caso a controvérsia seja decorrente da relação de emprego.

¹³ NASCIMENTO, Amauri, Curso de Direito Processual do Trabalho. 16ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1996, p. 100/101).

A ementa da decisão tem por teor:

"EMENTA - Justiça do Trabalho: Competência: Const., artigo 114: ação de empregado contra o empregador visando à observação das condições negociais da promessa de contratar formulada pela empresa em decorrência da relação de trabalho.

1 - Compete à Justiça do Trabalho julgar demanda de servidores do Banco do Brasil para compelir a empresa ao cumprimento da promessa de vender-lhes, em dadas condições de preço e modo de pagamento, apartamentos que, assentindo em transferir-se para Brasília, aqui viessem a ocupar, por mais de cinco anos, permanecendo a seu serviço exclusivo e direto.

2 - À determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho." (Ac. STF - Pleno - MV - Conflito de Jurisdição nº. 6.959-6 - Rel. (designado): Min. Sepúlveda Pertence - J. 23.5.90 - Suscte. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Brasília; Suscdo. Tribunal Superior do Trabalho - DJU 22.2.91, p. 1259).

Comentando tal decisão, observa Valdir Florindo:

que não há, nem deve haver "dúvidas que o presente Acórdão representa a posição daquela Corte quanto a real competência da Justiça Laboral, não permitindo que as questões que advêm da relação de emprego sejam entregues à outra justiça, senão à Trabalhista.

Absurdo seria imaginar que no decorrer do conflito trabalhista, uma questão de ordem civil fosse destinada à Justiça Comum. Não nos parece correto do ponto de vista lógico-jurídico. Penso que o objetivo é concentrar todo o conflito trabalhista numa só esfera judiciária, permitindo a solução de forma única e mais completa do dissídio, no caso da Justiça do Trabalho."¹⁴

Temos então que a competência material da Justiça do Trabalho é a qualidade jurídica ostentada pelos sujeitos do conflito intersubjetivo de interesses: empregado e empregador.

Consequentemente a circunstância de o pedido alicerçar-se em norma do Direito Civil, em si e por si, não tem o condão de afastar a competência da Justiça do Trabalho se a lide assenta na relação de emprego, ou dela decorre.

3.3. Competência da justiça do trabalho para julgar o dano moral.

Inicialmente, quando se fala em competência da justiça do trabalho para julgar o dano moral não se pode esquecer que o direito contratual do trabalho se destaca com o direito civil, existe, assim, uma zona cinzenta que dificulta o reconhecimento da própria

¹⁴ FLORINDO, Valdir, Dano Moral e o Direito do Trabalho, 2ª ed., LTr Editora, São Paulo, 1996, p. 94/95.

competência entre a Justiça Comum e a do Trabalho, nos casos em que se discute dano moral praticado por trabalhador ou pelo tomador dos seus serviços.

Sendo assim, o que necessita ser feito é a análise do dano moral ocorrido para constatar se a competência é ou não da Justiça do Trabalho.

Se a lesão é intentada contra a pessoa, enquanto cidadão, a competência será, inquestionavelmente, da Justiça Comum. Se, de outra forma, o dano é praticado contra a pessoa, enquanto empregado ou empregador, sendo, portanto, decorrente do contrato de trabalho, a competência será da Justiça laboral.

Dessa forma, para o dano moral ser da competência da Justiça do Trabalho, não é necessário a promulgação de uma lei específica aferidora de competência. Pois a expressão "na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho" diz respeito não à matéria, mas sim aos sujeitos da relação, que, obviamente, também deve ser oriunda de relações de trabalho.

Na acertadíssima opinião de Jorge Pinheiro Castelo, o

"direito civil e a Justiça Comum não têm condições de apreciar o dano moral trabalhista, visto que inadequados a dar conta e compreender a estrutura da relação jurídica trabalhista, bem como um dano moral que é agravado pelo estado de subordinação de uma das partes, já que estruturados na concepção da igualdade das partes na relação jurídica. O dano moral trabalhista tem como característica uma situação que o distingue absolutamente do dano moral civil, e que inclusive o agrava, qual seja, uma das partes encontra-se em estado de subordinação. Só o direito do trabalho e a Justiça do Trabalho se mostram adequados a dar conta e compreender as razões específicas da tutela do direito moral atribuídas ao trabalhador subordinado."¹⁵

Temos, então que a afinidade finalística do Direito do Trabalho – manter a honra, a harmonia e o respeito entre as partes contratantes – é um dos elementos justificadores para a atração do Dano Moral à sua esfera, uma vez que a proteção do trabalhador faz parte do conteúdo necessário ao contrato de trabalho e se integra como as outras múltiplas restrições do exercício da autonomia contratual.

Assim, o dano moral trabalhista se distingue absolutamente do dano moral civil, por que uma das partes encontra-se em estado de subordinação. Só o direito do trabalho e a Justiça do Trabalho se mostram adequados a dar conta e compreender as razões específicas da tutela do direito moral atribuídas ao trabalhador subordinado.

¹⁵ Castelo, Jorge Pinheiro, "Dano Moral Trabalhista. Competência" in "Trabalho & Doutrina", nº 10, São Paulo, Editora Saraiva, setembro/1996, p. 39.

Ainda nos valendo da "communis opinio doctorum", registra Carlos Alberto Bittar, uma das maiores autoridade brasileiras em responsabilidade civil, que

"realiza-se, assim, em sua plenitude, a satisfação dos interesses lesados em um só processo, como o manda um sistema coerente de distribuição de justiça."¹⁶

Conclui-se que os princípios sobre a responsabilidade, são de aplicação a todo o campo do direito, donde resulta que se estendem ao Direito do Trabalho. A proteção da personalidade do trabalhador é um dos deveres do empregador, compreendido no de previsão e, conseqüentemente, cabe a reparação do dano moral trabalhista, já consagrada pela jurisprudência. Assim, não há como não deixar de reconhecer que as disposições constitucionais sobre a reparação do Dano Moral têm aplicação no Direito do Trabalho, não se excetuando.

Vale mencionar, que as normas do Código Civil acerca da responsabilidade civil, são aplicáveis subsidiariamente no referido Direito Especial, pelo fato e não serem incompatíveis e, no caso de existir uma lacuna da Legislação Trabalhista.

3.4. Hipóteses que configuraram a ocorrência de dano moral trabalhista.

Com relação à constituição sistemática da relação de trabalho, entende-se que esta pode ser dividida em 3 fases distintas: Fase Pré Contratual, Fase da Execução do Contrato e Fase Rescisória ou Pós Contratual.

Vamos a elas:

3.4.1 Fase pré – contratual.

Nesta fase, o empregador busca obter o maior número de informações sobre os possíveis candidatos a um posto de trabalho na empresa. O empregador procura selecionar seus empregados, verificando suas aptidões profissionais.

Entretanto, há limites nesta investigação, não podendo ser invasiva, sob pena de violação da lei e/ou da intimidade do trabalhador. Deve ocorrer um procedimento onde se colete somente informações, necessárias, com razoabilidade e pertinência. Não são permitidos nesta fase os seguintes atos:

a) Atos Discriminatórios:

Com relação às transgressões, deve ser levantada a hipótese violada pela Lei 9.029/95, a qual proíbe “a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para

¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto, *Reparação Civil por Danos Morais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 231.

efeito de acesso à relação de emprego”, principalmente aquela que diz respeito à “exigência de atestado de esterilização ou de teste de gravidez, para quaisquer fins”, estando susceptível à pena de responsabilidade pelo Dano Moral advindo, de acordo com a Lei 9.263/96.

Tal medida adotada pelas empresas contratantes resulta em desrespeito à intimidade ou vida privada, quando, por alguma hipótese da candidata se encontrar em estado gestacional (ou então, pela possibilidade da existência de tal condição, por haver esta última circunstância, a simples solicitação de atestado médico, para a verificação ou não, de tal condição).

Há também casos em que se é exigida exames para a verificação se o candidato à vaga é consumidor de álcool ou drogas. Este procedimento não é semelhante às realizações de exames no curso da relação trabalhista que prima pelo combate interno às drogas e alcoolismo, visando à recuperação dos funcionários que possam estar envolvidos neste tipo de situação.

A lei 9.029/95 proíbe tais procedimentos: exigência de atestado de gravidez e esterilização. Estes não só visando a admissão do candidato, como também para efeito de sua permanência na relação laboral.

O art. 1º da sugerida lei dispõe:

“Art. 1º: Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor, previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 2º: Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I – a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou estado de gravidez;

II – a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem:

a) indução ou instigamento à esterilização genérica;

b) promoção de controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços de aconselhamento ou planejamento familiar realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde.

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Deste modo, por se tratar de ato reconhecidamente ilícito, nada impede que seja pleiteado reparação por dano moral.

b) Exames Grafológicos.

Este também é outro caso que se verifica a ocorrência de Dano Moral. Nele o empregador elege a aplicação de prova grafológica, com o escopo de desvendar o caráter e a personalidade do candidato ao emprego, praticando, assim, transgressão à tutela da intimidade, pois, utilizando-se da escrita, procura desvendar o caráter e personalidade de uma pessoa.

A grafologia implica em intromissão ilegítima, não podendo ser utilizado, como critério de seleção, nem mesmo com o consentimento do candidato.

c) Vida pessoal e opiniões pessoais

Da mesma maneira, as indagações e verificações sobre opiniões políticas, filosóficas ou religiosas do futuro candidato, da mesma forma sobre sua vida afetiva familiar, pois estas irão interferir em suas aptidões profissionais.

Para que, durante a entrevista, o empregador não invada a intimidade do candidato, devem-se formular questões diretamente vinculadas à sua aptidão profissional, essencial para realização das funções relacionadas ao cargo, tais como: experiências obtidas, certificados, diplomas, trabalhos anteriormente realizados e os motivos do desligamento da empresa, anteriormente contratante, bem como a capacidade profissional do requerente.

Todos os atos citados possuem reconhecidamente a possibilidade de existência de dano moral na fase pré-contratual, porém polêmica é a aceitação da competência da Justiça do Trabalho para apreciar esses pleitos referentes a este período.

Desta maneira entendemos que somente por exceção é que se deve reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para o dano moral pré-contratual.

O período das tratativas para a eventual formação de um contrato de trabalho, ainda que possa estar propenso à ocorrência de danos morais, não deve estar sob a competência da Justiça do Trabalho pelo argumento dogmático de que inexistem, neste momento, a qualificação jurídica necessária dos sujeitos, qual seja, a condição de empregadores e empregados.

Ou seja, ainda inexistem contratos preliminares, a competência desse modo deve ser, logicamente, da Justiça estadual comum, por não ter efetivamente uma relação de emprego após as tratativas.

Corroborando este posicionamento, veja-se o seguinte aresto jurisprudencial:

"Danos morais. Incompetência da Justiça do Trabalho. A recusa da admissão, mesmo repetida, por ex-empregador, não justifica a competência da Justiça do Trabalho, para apreciar o pedido de 'danos morais', sob o argumento de existência de um 'pré-

contrato'. Incorrendo a figura mencionada na doutrina e, por isso mesmo, qualquer relação de trabalho ou de emprego com as reclamadas, a matéria não se encontra dentro da competência da Justiça do Trabalho, senão da Justiça Comum, para o processo e julgamento da questão. Exceção de incompetência julgada improcedente em primeira instância e mantida no juízo ad quem. Recurso do reclamante a que se nega provimento." (TRT 9ª Reg., 2ª T., RO 5.193/90, Rel. Juiz José Montenegro Antero, j. 25-7-1991, DJPR 06/09/91, p. 148.)

É preciso salientar, entretanto, que se afasta da competência da Justiça do Trabalho somente o dano ocorrido numa fase de negociações para a eventual constituição de uma relação de emprego, que não chega, portanto, a se concretizar.

3.4.2 Fase Contratual.

Há de se destacar que é reconhecida a competência da Justiça do Trabalho para apreciação de pleito de reparação de dano moral decorrente da relação de emprego, inexistindo qualquer dúvida quanto às lesões ocorridas durante a execução do contrato de trabalho, ao contrário do que ocorre com as demais fases.

Conseqüentemente durante o período compreendido no desenvolvimento regular do contrato de trabalho, muitas hipóteses de danos causados ao patrimônio moral do empregado pelo empregador, podem ocorrer, notadamente em razão do constante estado de sujeição/subordinação do primeiro ao segundo, como também dos deveres de obediência e lealdade, que devem nortear a relação empregatícia. Podemos citar:

a) Rebaixamento funcional.

O artigo 468 da CLT deixa explícito que o rebaixamento funcional do empregado é inadmissível, havendo a possibilidade de rescisão indireta (art. 483, "e" da CLT).

Desta forma, durante a execução do contrato de trabalho, todos os tipos de benefícios existentes, tanto explícitos, quanto implícitos, sustentam-se no contrato de trabalho, passando a fazer parte do conjunto de direitos e deveres que obrigam as partes.

O rebaixamento de cargo é injustificável, sendo sempre tal prática abusiva e nula. Se este for de forma pacífica, reconhecido como ato ilegal por parte do empregador, será cabível Ação de Reparação por Danos Morais, ocorridos pela prática de ato ilícito, por colocar o empregador em situação vexatória, acabando por ridicularizá-lo perante seus colegas de trabalho.

b) Assédio sexual.

Este incidente se verifica devido ao fato da facilidade que o ambiente de trabalho propicia uma aproximação entre as pessoas, quer em função prolongada da jornada de trabalho, como também pelo contato frequente imposto pelo desenvolvimento das tarefas cotidianas, até mesmo pelo processo natural de aferição entre homem e mulher.

Nada impede que neste tipo de convívio, colegas de trabalho tenham um relacionamento amoroso, nascido pelo conhecimento do comportamento e da personalidade do companheiro de trabalho.

Porém, podem ocorrer casos em que a paixão despertada em um, pode não ser correspondida pelo outro, mesmo que o interessado insista.

Se esta circunstância se verificar entre trabalhadores de nível hierárquico diferente e/ ou entre empregador e empregado, tendo um deles a capacidade de poder decidir sobre a permanência ou não da outra pessoa na empresa, bem como influir nas promoções de sua carreira. Tal conduta será caracterizada como assédio sexual, se esta ultrapassar os limites da razoabilidade, ou seja, se ocorrerem pressões ou ameaças (implícitas ou explícitas) com o objetivo evidente de obter “favores sexuais” daquele que está sendo assediado.

São elementos configuradores do assédio sexual: a conduta que tenha conotação sexual, que não haja receptividade, que seja repetitiva em se tratando de assédio verbal, dispensando a necessidade quando o assédio for físico, resultando num ambiente desagradável no trabalho, colocando o próprio emprego, atentando também contra a integridade e dignidade da pessoa. Este tipo de situação, desconfortável, gera humilhação, insulto e intimidação do subordinado.

Assim, se ocorrer à adoção de algumas destas condutas descritas, importando na transgressão da esfera da intimidade do assediado, será vislumbrada a ocorrência do dano moral, passível de concessão da correspondente indenização compensatória.

c) Monitoramento de e-mail

Esta é uma questão recente, tendo em vista os grandes avanços tecnológicos, pois a utilização do computador somado aos benefícios da internet e constas de e-mail são responsáveis por um grande fluxo de informações que economizam tempo, trazendo uma maior agilidade.

Entretanto existe outro lado, em que facilita perda de tempo e a ociosidade com a navegação em site de bate papo, e-mails contendo piadas, bem como anexos, os quais não estão relacionados com os tipos de trabalhos exercidos.

Para manter o controle do rendimento da empresa, é utilizado programas que possibilitam ao dirigente ter conhecimento do tempo despendido em site que não guardam correspondência com as respectivas funções e com a atividade da empresa.

Já o controle de e-mails, para muitos entendedores, é semelhante à proteção que as cartas fechadas possuem – art. 5º, XII, da Constituição Federal, que declara que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (...)”.

Portanto, a interceptação de dados, mesmo que relativos à comunicação efetuada na rede interna da empresa, praticada pelo empregador, é ato criminoso. Isto se deve à segurança que o empregado sente ao se utilizar de uma “senha” de acesso, que garante somente a ele o acesso às mensagens a ele direcionadas.

Entretanto, outra corrente adotada na maioria das decisões pelo TST, preconiza que a fiscalização do empregador sobre as ferramentas de trabalho de seus funcionários não fere a garantia constitucional de sigilo de correspondências assegurada aos cidadãos.

O fundamento para tal posicionamento reside no fato de que o e-mail corporativo é de titularidade do empregador, e concedido ao empregado como uma ferramenta de trabalho, de forma que a fiscalização não viola a garantia do sigilo de correspondências.

Como já dito o posicionamento ora analisado vem se consolidando no TST, pois várias decisões se afigura no mesmo sentido e em situações semelhantes.

Vejamos:

ACÓRDÃO Nº: 20060929744

PROCESSO TRT/SP Nº: 01130200404702004

RECURSO ORDINÁRIO – 47 VT de São Paulo

RECORRENTE: 1. NESTLE BRASIL LTDA.

2. ROBERTO BICINERI PEREIRA

EMENTA: Correio eletrônico. Monitoramento. Legalidade. Não fere norma constitucional a quebra de sigilo de e-mail corporativo, sobretudo quando o empregador dá a seus empregados ciência prévia das normas de utilização do sistema e da possibilidade de rastreamento e monitoramento de seu correio eletrônico.

TRIBUNAL: 2ª Região

ACÓRDÃO NUM: 20060929744 DECISÃO: 09 11 2006

TIPO: RO01 NUM: 01130 ANO: 2005

NÚMERO ÚNICO PROC: RO01 - 01130-2004-047-02-00

EMENTA

Correio eletrônico. Monitoramento. Legalidade. Não fere norma constitucional a quebra de sigilo de e-mail corporativo, sobretudo quando o empregador dá a seus empregados ciência prévia das normas de utilização do sistema e da possibilidade de rastreamento e monitoramento de seu correio eletrônico.

DECISÃO - por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso da Reclamada, para excluir da condenação a indenização por dano moral e julgar a ação improcedente e negar provimento ao apelo do Reclamante. Custas em reversão, das quais fica o isento o autor, em face da declaração juntada a fls. 28.

d) Revistas Pessoais.

Conforme o art. 373-A, da CLT que dispõe:

“Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.”

Assim, é bem discutível tal questão visto que esta prática é o ponto máximo ante ao antagonismo existente entre o poder de controle e fiscalização do empregador e o direito do empregado à preservação de sua intimidade.

Grande parte da doutrina, somada às decisões dos Tribunais entende que a prática fere a dignidade do trabalhador, não devendo ser procedida.

Vejamos algumas decisões:

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: SEBASTIÃO ARNALDO MOREIRA

RECORRIDO: TRANSBANK SEGURANÇA E TRANSPORTE DE VALORES LTDA e DIGIPRO PROCESSAMENTO DE DOCUMENTOS DE VALORES LTDA

ORIGEM: 84ª VARA DO TRABALHO/SÃO PAULO.

Ementa: Revista Íntima prevista em regulamento empresarial. Dano Moral caracterizado. A obrigatoriedade de o obreiro despir-se perante os demais colegas conduz ao procedimento patronal comprometedor da dignidade e violador da intimidade do trabalhador. A inserção de regras de conduta estabelecidas em regulamento próprio não excluem os direitos de personalidade do trabalhador.

DANO MORAL – Realização de revista íntima. O eg. Tribunal Regional consignou que a reclamante era submetida a revistas cotidianas, nas quais lhe era demandado abaixar as calças até os joelhos e levantar a camisa até os ombros. O poder fiscalizatório do empregador de proceder a revistas encontra limitação na garantia de preservação da honra e intimidade da pessoa física do trabalhador, conforme preceitua o art. 5º, inciso X, da Constituição da República. A realização de revistas sem a observância dos limites impostos pela ordem jurídica acarreta ao empregador a obrigação de reparar, pecuniariamente, os danos morais causados. Precedentes do eg. TST. (TST – RR 1.565/2001-664-09-00.2 – 3ª T. – Relª Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – DJU 20.08.200408.20.2004)

Ficou entendido então, que a revista íntima configura uma agressão ao patrimônio moral do empregado, repercutindo em pleito da indenização respectiva.

3.4.3 Fase da extinção do contrato de trabalho.

Em se tratando fase pós-contratual, existem inúmeras situações em que é assegurado o direito à indenização por dano moral. Pode ocorrer no ato da rescisão contratual, como também logo após esta. Tanto o empregador, como o empregado podem transgredir a esfera de defesa do patrimônio moral da parte contrária, ensejando assim a correspondente indenização compensatória.

Tantas são as hipóteses para ocorrência deste incidente, serão somente abordadas as de maior incidência:

a) Informações desabonadas ou inverídicas

Havendo solicitação de carta de referência do futuro empregador, bem como informações sobre a conduta do ex-funcionário no ambiente laboral, estas deverão ser as mais verdadeiras possíveis, limitando-se às funções desempenhadas, período de trabalho. Isto, de maneira que não seja tecido nenhum comentário acerca de aspectos íntimos ou pessoais, notadamente no que se refere aos fatos desabonadores, sob pena de caracterizar eventual lesão de sua honra subjetiva.

b) Anotação do motivo da dispensa na CTPS.

É desnecessária a anotação na carteira do ex-empregado, o motivo de seu desligamento. O empregador deve atentar-se ao fato de não lançar informações inverídicas ou desabonadoras, sob pena de vir, também, a gerar dano à honra desse.

c) Comunicação de abandono de emprego em órgão de imprensa.

Os elementos caracterizadores do abandono de emprego são: o elemento material, correspondente à ausência injustificada no emprego, num lapso temporal fixado pela jurisprudência em 30 dias e o elemento psicológico, consubstanciado na intenção de não mais trabalhar (“animus abandonandi”).

Para que o abandono seja efetivamente comprovado não basta a ausência injustificada do empregado há pelo menos 30 dias, é necessário que faça sua convocação, para que se apresente à empresa e retome suas atividades, em prazo razoável (sob pena de caracterização da debatida justa causa para rescisão contratual). O procedimento deve ser feito por meio de carta registrada, telegrama de confirmação de entrega, notificação extrajudicial ou qualquer outro meio que demonstre a efetiva cientificação do abandono de seu posto.

A publicação do abandono de emprego em jornais periódicos não comprova efetivamente a cientificação do empregado, pois não há como provar seu acesso a tal veículo. Além disto, esta publicidade de afastamento injustificado provoca lesão de cunho moral, pois é dever da empresa possuir todos os dados de seus funcionários, principalmente, residência/domicílio, onde possa ser encontrado.

Capítulo IV

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO DANO MORAL DECORRENTE
DE ACIDENTE DE TRABALHO.

Um aspecto interessante, dentro do tema de reparação do dano moral trabalhista e a competência da justiça trabalhista é em relação ao dano moral decorrente de acidente de trabalho, causado dolosa ou culposamente pelo empregador.

Isso porque o art. 129 da Lei 8.213 dispõe, in verbis:

"Art. 129. Os litígios e medidas cautelares relativos a acidentes do trabalho serão apreciados:

I - na esfera administrativa, pelos órgãos da Previdência Social, segundo as regras e prazos aplicáveis às demais prestações, com prioridade para conclusão; e

II - na via judicial, pela Justiça dos Estados e do Distrito Federal, segundo o rito sumaríssimo, inclusive durante as férias forenses, mediante petição instruída pela prova de efetiva notificação do evento à Previdência Social, através de Comunicação de Acidente do Trabalho - CAT.

Parágrafo único. O procedimento judicial de que trata o inciso II deste artigo é isento do pagamento de quaisquer custas e de verbas relativas à sucumbência."

Embora entendamos, de lege ferenda, que a competência deveria ser da Justiça do Trabalho, que é muito melhor aparelhada para conhecer e julgar esta matéria, não há qualquer dúvida de que a competência para apreciar e julgar litígios diretamente relativos a acidentes do trabalho é da Justiça estadual.

Todavia, a hipótese ventilada neste tópico é bem distinta.

Com efeito, enquanto a ação de acidentes do trabalho, em que figura o INSS, numa típica hipótese de responsabilidade civil objetiva, é da competência da Justiça Comum, a ação de reparação de dano moral decorrente de acidente de trabalho, causado dolosa ou culposamente pelo empregador, somente pode ser da competência da Justiça do Trabalho, eis que os sujeitos da lide figuram em função da qualidade jurídica de empregador e empregado, numa discussão de controvérsia decorrente da relação de emprego, em que se vai discutir a responsabilidade subjetiva do empregador (hipótese do art. 159 do Código Civil).

Neste sentido é o posicionamento de Valdir Florindo, para quem:

"é da competência da Justiça do Trabalho, com base no artigo 114, da Constituição Federal, alinhada com os setores, doutrinário e jurisprudencial, o dano moral que seja decorrente do acidente de trabalho, posto que figura na ação, o empregado e seu empregador, discutindo um conflito originado na relação de emprego, consistente em indenização compensatória, a ser paga pelo empregador, caso tenha agido com dolo ou culpa, com fulcro nos artigos 159 do Código Civil Brasileiro e 5º, incisos V e X, da Constituição Federal."¹⁷

¹⁷ FLORINDO, Valdir, *Dano Moral e o Direito do Trabalho*, 2ª ed., LTr Editora, São Paulo, 1996, p. 124.

Capítulo V

FORMAS DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL TRABALHISTA.

FORMAS DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL TRABALHISTA.

Concedido o dano moral, se faz mister analisar quais são as formas e modos de reparação que pode ocorrer.

5.1. Pecuniária.

Conforme assevera João de Lima Teixeira Filho:

"Não há negar que a compensação pecuniária domina nas condenações judiciais, seja por influxos do cenário econômico, antes instável e agora em fase de estabilização, seja pela maior liberdade do juiz em fixar o quantum debeatur. Deve fazê-lo embanhado em prudência e norteado por algumas premissas, tais como: a extensão do fato inquinado (número de pessoas atingidas, de assistentes ou de conhecedoras por efeito de repercussão); permanência temporal (o sofrimento é efêmero, pode ser atenuado ou tende a se prolongar no tempo por razão plausível); intensidade (o ato ilícito foi venial ou grave, doloso ou culposos); antecedentes do agente (a reincidência do infrator deve agravar a reparação a ser prestada ao ofendido); situação econômica do ofensor e razoabilidade do valor."¹⁸

Dois são os sistemas que a dogmática jurídica oferece para a reparação pecuniária dos danos morais: o sistema tarifário e o sistema aberto.

No primeiro caso, há uma predeterminação, legal ou jurisprudencial, do valor da indenização, aplicando o juiz a regra a cada caso concreto, observando o limite do valor estabelecido em cada situação.

Já pelo sistema aberto, atribui-se ao juiz a competência para fixar o quantum subjetivamente correspondente à reparação/compensação da lesão, sendo este o sistema adotado no Brasil.

Assim, a compensação pecuniária, para Santos:

“ocorre mediante o pagamento da indenização, ou seja, pagamento em dinheiro, em quantia proporcional ao agravo, mas não equivalente”, pois, torna-se impossível tal equivalência”.¹⁹

Uma vez que a dor não tem preço, podendo somente o dinheiro atenuar a manifestação dolorosa e deprimente sofrida pela vítima, de modo que seja compensatória a esta, mas nunca equivalente.

Desta forma, o dinheiro na indenização por Danos Morais como já dito é meramente compensatório, isso porque não se pode restituir a dor ao estado anterior, como

18 Teixeira Filho, João de Lima, "O Dano Moral no Direito do Trabalho" in "Revista LTr", vol. 60, nº 09, Setembro de 1996, p. 1171.

19 SANTOS, Antônio Jeová. Dano moral indenizável. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

ocorre na reparação dos Danos Patrimoniais. Nesta, o juiz deve estabelecer o conteúdo do dano, considerando o dano emergente e o lucro cessante. Para fixar o valor da indenização, deve, portanto, o magistrado observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que ela se constitua em compensação ao lesado e sirva de desestímulo ao agente causador do dano.

5.1.1 Critérios de quantificação.

Vale mencionar que o critério de fixação do dano moral pode se dar pelo arbitramento e pelo sistema de dias-multa. Porém este trabalho vai se ater especificamente ao critério de arbitramento, sendo o mais utilizado no ordenamento jurídico.

a) Arbitramento.

A quantificação do dano moral se dá por meio do Juiz, investindo na condição de árbitro, deverá fixar a quantia que considere razoável para compensar o dano sofrido.

Para isso, pode o magistrado valer-se de quaisquer parâmetros sugeridos pelas partes ou, mesmo, adotados de acordo com sua consciência e noção de equidade, entendida esta na visão aristotélica de "justiça no caso concreto".

Nesse sentido, ensina Washington de Barros Monteiro que:

"inexiste, de fato, qualquer elemento que permita equacionar com rigorosa exatidão o dano moral, fixando-o numa soma em dinheiro. Mas será sempre possível arbitrar um quantum, maior ou menor, tendo em vista grau de culpa e a condição social do ofendido."²⁰

Assim, é facultado expressamente que o julgador possa valer-se de seus próprios critérios de justiça, quando vai decidir, não estando adstrito, às regras e até parâmetros ou métodos de interpretação pré-estabelecidos.

É preciso, sem sombra de dúvida, que o magistrado, enquanto órgão jurisdicional, não fique com seu raciocínio limitado à busca de um parâmetro objetivo definitivo (que não existe, nem nunca existirá) para todo e qualquer caso, como se as relações humanas pudessem ser solucionadas como simples contas matemáticas.

Dessa forma, propugnamos pela ampla liberdade do juiz para fixar o quantum condenatório já na decisão cognitiva que reconheceu o dano moral. Saliente-se, inclusive,

²⁰ MONTEIRO, Washington de Barros, Curso de Direito Civil - Direito das Obrigações, 26ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1993, p. 414

que se o valor arbitrado for considerado insatisfatório ou excessivo, as partes poderão expor sua irresignação a uma instância superior, revisora da decisão prolatada, por força do duplo (quicá triplo ou quádruplo, se contarmos a instância extraordinária) grau de jurisdição.

Temos então que para a fixação devem-se levar em conta duas finalidades: punir o infrator e compensar a vítima. Deve ser um valor alto e suficiente para garantir a punição, cujo caráter é educativo, mas não alto demais para justificar enriquecimento sem causa ou mesmo abuso no direito de (re)educar o infrator.

Desse modo entende-se que a reparação do dano moral, embora represente uma compensação à vítima, deve, sobretudo, constituir uma pena, ou seja, uma sanção ao ofensor, especialmente num País capitalista em que vivemos, onde cintilam interesses econômicos. Vários autores, do porte de Ripert, Demogue, Svatier e Llambías, citados por Wladimir Valler sustentam que a reparação do dano moral constitui uma pena, ou seja, um castigo ao ofensor.

Portanto, a imposição de indenização ao causador de danos é forma de manutenção da paz social, porque visa reparar o status quo ante do indivíduo e estabelecer uma reprimenda educativa, para evitar a repetição de atos lesivos que afrontam princípios e normas de convivência entre os particulares, resguardando a dignidade humana e a própria dignidade dos contratos, quer eminentemente privatistas, quer de cunho institucional, como é o caso do contrato de trabalho.

Vejamos algumas decisões do STJ:

Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 337771

Processo: 200101057940 UF: RJ Órgão Julgador: QUARTA TURMA Data da decisão: 16/04/2002 Ministro: CESAR ASFOR ROCHA

RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO EM VÔO INTERNACIONAL. AGÊNCIA DE TURISMO. FRETAMENTO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA AFRETADORA. DANO MORAL. CABIMENTO. QUANTUM. RAZOABILIDADE EM FACE DAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS DO CASO CONCRETO. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE ACOLHIDO. I – Nos termos da orientação das Turmas que compõem a Segunda Seção, a empresa afretadora responde pelo dano oriundo da deficiente prestação do serviço de transporte, incidindo o Código de Defesa do Consumidor. II – Ausente prova de caso fortuito, força maior ou que foram tomadas as medidas necessárias para que não ocorresse o dano decorrente do

atraso do vôo, cabível é o pedido de indenização por danos morais. III – A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o julgador pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 305566

Processo: 200100222374 UF: DF Órgão Julgador: QUARTA TURMA Data da decisão: 22/05/2001 Ministro: SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

PROCESSO CIVIL. DANO MORAL, ARBITRAMENTO. O arbitramento da indenização de dano moral é da exclusiva alçada do juiz, que nem deve cometê-la a peritos nem pode diferi-la para a liquidação de sentença. Recurso especial conhecido e provido.

5.2 In Natura.

Na reparação "in natura", é difícil obter uma satisfação dos interesses da pessoa ofendida, uma vez que se torna impossível reconstituir os efeitos indesejáveis do Dano Moral.

Preleciona Reis:

[...] na reparação natural o lesado recebe coisa nova da mesma espécie, qualidade e quantidade, em substituição àquela que foi danificada, ou, não sendo possível a sua reposição, o devedor deverá pagar o equivalente em dinheiro, que é uma forma subsidiária de cumprimento da obrigação de reparação das coisas destruídas.²¹

A indenização in natura pode ser cumulativa com a reparação em dinheiro. São conferidos amplos poderes ao juiz para a definição da forma e da extensão, possibilitando compensação e satisfação ao ofendido, em um só processo.

Dessa maneira, em razão dos objetivos visados pelo autor e à luz da análise das circunstâncias, pode o juiz fazer incidir da condenação sobre o patrimônio do lesante, sua pessoa, ou ambos, em consonância com os poderes de que se investe no processo civil.

5.3 Atestatória.

Há doutrinadores que asseguram se configurado e comprovado o Dano Moral

²¹ REIS, Clayton. Os novos rumos da indenização do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Trabalhista, não basta à indenização de forma in natura ou in pecúnia; faz-se necessária outra forma de reparação: a Atestatória.

Uma das formas de reparação, que pode ser cumulativa com a indenização pecuniária ou in natura, é o fornecimento pelo empregador de carta de referência ao empregado, de sorte que ele possa obter um novo emprego, bem como fazer publicar em jornal de grande tiragem, um aviso ou nota informando que o empregado não praticou qualquer ato ilícito por ocasião de sua dispensa.

Corroborando tal afirmação é o entendimento Florindo:

[...] mister se faz à entrega de carta de boa referência, posto que a pecúnia tem efeito meramente compensatório, haja vista que não é possível voltar ao status quo ante, sendo que os efeitos do dano continuarão a existir, ainda que de forma diminuída, acompanhando o trabalhador durante toda a sua existência, razão por que a concessão de referida carta terá como visão principal o futuro.²²

Ratifica-se que além da indenização em pecúnia, cabe também a indenização Atestatória, no sentido do empregador fornecer carta de boa referência ao empregado, bem como publicar em jornal de grande circulação nota, informando que o empregado não praticou nenhum ato ilícito, de maneira que este possa no futuro, obter novo emprego.

Torna-se constrangedor ao trabalhador, ao procurar uma recolocação no mercado de trabalho, apresentar uma cópia de sentença, em vez de uma carta de referência fornecida pelo empregador.

Porém, não há motivos para o empregador se recusar a emitir a carta de referência, uma vez que é expressa no artigo 8º da CLT, que assim dispõe: As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse se classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

22 FLORINDO, Valdir, Dano Moral e o Direito do Trabalho, 2ª ed., LTr Editora, São Paulo, 1996, p.94/95.

Capítulo VI

DA PRESCRIÇÃO

DA PRESCRIÇÃO

O prazo prescricional para o empregador ajuizar ação trabalhista, consoante prescreve o art. 7º, inciso XXXIX, alínea “a”, da Constituição Federal, é de 2 anos. Assim, trata-se de prazo prescricional para que o ajuizamento da ação, que não se confunde com prazo dos créditos trabalhistas, pois este é de 05 anos retroativos, a contar da extinção da relação de trabalho. O Min. Afonso Celso, entende que:

“Uma vez rescindido o contrato de trabalho, estão imprescritas todas as verbas compreendidas entre a data da extinção do contrato e os cinco anos anteriores, uma vez que não decorridos os dois anos após a rescisão”. (TST, Ac 1ª T. 000/94, Rel. Min Afonso Celso, DJU de 24.3.95, p. 6.934)

A interrogação está em saber que prazo prescricional o dano moral, oriundo da relação de trabalho está sujeito, uma vez que os direitos da personalidade são imprescritíveis.

A resposta para esta pergunta não é totalmente pacífica. Um primeiro entendimento preconiza que a resposta mais justa seria o prazo de 20 anos, por ser o prazo prescricional de índole de direito material e não processual e, também, pelo fato do art. 8º da CLT, estatuir que: “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”, então, nada mais óbvio que seja aplicado a prescrição prevista no Código Civil, uma vez que o dano moral é previsto no Direito Civil, não sendo, por conseguinte, inalienável, intransmissível, irrenunciável e imprescritível.

Mas para outra corrente, verifica-se que o Código de 2002 reduziu sobremaneira o prazo ordinário da prescrição anteriormente estabelecido (CCB/1916), passando de vinte para dez anos (art. 205). Redução ainda maior foi conferida ao prazo de prescrição referente à pretensão de reparação civil por dano material ou moral, que passou de vinte para três anos, nos termos do artigo 206, § 3º, V.

Entendem alguns doutrinadores que, se a ação versar sobre indenização por acidente ocorrido nas relações de trabalho, indene de dúvidas que se aplicam as regras de Direito Civil, incidindo, portanto, a prescrição prevista no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002, observada a regra de transição prevista no artigo 2.028, a despeito de remanescer competente a Justiça do Trabalho para apreciar a demanda (CF/88, art. 114, inc. I).

Impende destacar, no tocante à aplicação da prescrição civil, a incidência das regras de direito intertemporal quanto à redução do prazo de vinte para três anos, observando-se a

regra de transição prevista no artigo 2.028 do Novo Código, que estabelece: “Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

Essa vertente considera que a indenização por dano moral ou material decorrente de acidente do trabalho constitui direito de natureza eminentemente civil, não sendo possível, por isso, aplicar-se o prazo prescricional previsto no artigo 7º, XXIX, da CF/88.

Propugna tal corrente, que a reparação por acidente do trabalho, lato sensu, por decorrer da responsabilidade civil, não é crédito de natureza trabalhista, mas verba indenizatória com esteio em norma civil, porquanto resultante de ato ilícito praticado pelo empregador, ainda que no curso da relação de trabalho, devendo prevalecer à prescrição prevista no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002. Considera, assim, que o acidente do trabalho não é uma decorrência natural da execução do contrato de trabalho, mas um fato extraordinário, alheio à expectativa do empregado, sendo, o dano daí oriundo, tipicamente pessoal, não compensável como crédito trabalhista.

Sob tal entendimento, atestam seus adeptos que a indenização assim pleiteada decorre de regras do Direito Civil e que, sendo a prescrição instituto de direito material, somente é possível a aplicação do instituto com previsão em diplomas correlatos. Alegam, ainda nessa esteira, que o prazo prescricional constitucionalmente estatuído (CF/88, art. 7º, XXIX) apenas remete aos créditos trabalhistas típicos, como aviso prévio, férias, horas extras, etc., não alcançando créditos trabalhistas como as indenizações por danos morais e materiais.

Salientam, como amparo à argumentação, que prazos prescricionais diversos são aplicados ao direito de ação cujo objeto consista em direitos eminentemente trabalhistas, sendo de trinta anos a prescrição para se reclamar valores de FGTS (Lei nº 8.036/90) e de dez anos o prazo para a postulação referente ao PIS-PASEP (Decreto-lei nº 2.052/83), ilustrativamente.

Reforçam, ainda, a posição adotada, sustentando que não há vinculação entre os institutos da prescrição e o da competência, já que o primeiro é regido pelo direito material e o segundo pelo direito processual, não cabendo argumentar-se que, uma vez reconhecida à competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar ação de indenização por acidente do trabalho deva-se aplicar a prescrição trabalhista.

Rodrigo Dias explica que um dos fatores que implicaram resistência de alguns operadores do direito à aplicação da prescrição civil de três anos foi à influência do

princípio protecionista, visto que quando o prazo prescricional civil era mais longo (Código Civil de 1916), a resistência era menor.

Considerando a regra de transição relativa à alteração dos prazos, conforme o art. 2.028 do Código Civil de 2002, a conclusão é bastante simples: se já se decorreram mais de dez anos da violação do direito, prevalecerá a prescrição vintenária, prevista no código revogado. Caso contrário, se ainda não se atingiu a metade do prazo previsto no Código de 1916, isto é, dez anos, contados da violação do direito, então o prazo prescricional será o do novo Código, ou seja, três anos, tendo por 'dies a quo' a data de entrada em vigência do CC de 2002, dia 10.1.2003, conforme art. 2.044 do mesmo diploma legal.

CONCLUSÃO.

Como se verifica no todo exposto neste trabalho e cotejando a Constituição Federal, legislações ordinárias, jurisprudência e doutrina, apresentou-se de forma clara um conjunto de fundamentos essenciais para se traçar os relevantes aspectos da nova competência da Justiça do Trabalho.

Tudo isso para que não haja um desvirtuamento de sua essência e função, uma vez que não se pode extrair diretamente da Emenda Constitucional nº 45/04 tal certeza, pois esta não prescreveu claramente sobre a competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar as ações relativas a fato ocorrido fora da relação de trabalho, mas que, com ele, guarde relação; mas tão somente como nas ações propostas por sujeitos que, por via reflexa, sofrera alguma lesão ensejadora de reparação.

Entretanto o ora trabalho se atentou mais a explicar sobre a competência entendida no art. 114, VI, da Constituição Federal, que é aquela proposta pela vítima direta do evento danoso – trabalhador ou empregador.

Assim, levando em conta todos os argumentos tecidos e entendimentos colacionados, conclui-se que a atribuição da competência à Justiça Comum para apreciar ações indenizatórias por dano decorrente de relação trabalhista não pode ser admitida; pois não se coaduna com o atual estágio em que se encontra o Judiciário Trabalhista.

Temos então que a atual competência da justiça do trabalho veio fortalecer esta enquanto instituição imbuída de apreciar todos os conflitos decorrentes do trabalho humano, de modo a preservar os valores sociais do trabalho conferindo dignidade e cidadania ao trabalhador.

Essa mesma alteração enfatiza a relevância social da Justiça do Trabalho como uma das mais importantes instituições de distribuição de renda no País, por facilitar o acesso do trabalhador à Justiça e impor maior respeito a todas as modalidades de trabalho prestado por pessoa física.

Sendo assim, a Justiça do Trabalho não serve para impedir um trabalhador que, sofreu alguma afetação ou dano em razão da relação laboral, de pleitear seus direitos na Justiça do Trabalho, a nova competência desta Justiça deve ser analisada em harmonia com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e do acesso do cidadão à Justiça do Trabalho, de modo a alcançar todas as modalidades de prestação de trabalho humano exercido de maneira pessoal em face de um tomador ou empregador.

Não se pode e nem deve descartar assim a clara competência da justiça trabalhista na apreciação do dano moral. Afinal o trabalhador deve ter seu bem maior bem – qual seja

– a honra assegurada e processada pela justiça trabalhista, cabendo ao juiz a tarefa difícil de aproximar o valor justo de reparação, e ninguém melhor do que os tribunais trabalhistas, impregnados de sentimento de Justiça social, para saber usar da medida adequada ao ressarcimento devido.

Portanto o dano moral deve ser um instrumento de coibição de abusos descabidos e muitas vezes exacerbados.

Em um ordenamento jurídico moderno e com forte apelo social e democrático o que se deve ter mais em conta é a dignidade da pessoa humana, como forma de valoração de uma nação justa e desenvolvida.

REFERÊNCIAS.

ASSIS, Araken de. Indenização do Dano Moral. Palestra proferida, em 11.4.1997, no Simpósio "Direito Civil: Responsabilidade Civil e Família", realizado em Canela - RS, pela Editora Síntese. RJ no 236 - JUN/97.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei No 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.

BITTAR, Carlos Alberto. Danos Morais: Critérios para a sua Fixação. Boletim IOB no 15/93.

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003

FERRARI, Irandy. Dano moral: múltiplos aspectos nas relações de trabalho. 3.ed. São Paulo: LTr, 2008.

FLORINDO, Valdir. O Dano Moral e O Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 1995

FRANÇA, Rubens Limongi. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Vol. 33.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodrigo. Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009. LOMBREGART, Marcus Vinícius. Dano Moral nas Relações Individuais do Trabalho. São Paulo: Ltr: 2001

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 8a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Eduardo V. Oliveira. O Dano Pessoal no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O dano moral na Relação de Emprego. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

REIS, Clayton. Avaliação do Dano Moral. São Paulo: Forense, 1999.

SAAD, Eduardo Gabriel. Curso de direito processual do trabalho. 5.ed. São Paulo: LTr, 2007.

SARAIVA, Renato. Processo do Trabalho - Série Concursos Públicos. 3ª ed. São Paulo: Método, 2007.

SANCHES, Gislene A. Dano Moral e suas Implicações no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1997

SANTOS, Antonio Jeová. Dano Moral Indenizável. 2a. ed. São Paulo: Lejus, 1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1999.