

Prospectiva (Frutal-MG).

O dano moral e suas implicações no direito do trabalho.

Ítalo Borges Florêncio de Paula.

Cita:

Ítalo Borges Florêncio de Paula (2015). *O dano moral e suas implicações no direito do trabalho*. Frutal-MG: Prospectiva.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/editora.prospectiva.oficial/4>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/pVe9/PYD>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

Ítalo Borges Florêncio de Paula



**O dano moral e suas implicações
no direito do trabalho**

COLEÇÃO
Produzir Cidadania

EDITORA
PROSPECTIVA

Ítalo Borges Florêncio de Paula

**O dano moral e suas implicações no
direito do trabalho**

**Frutal-MG
Editora Prospectiva
2015**

Copyright 2015 by Ítalo Borges Florêncio de Paula

Capa: Editora Prospectiva

Foto de capa: <http://www.trt14.jus.br>

Revisão: o autor

Edição: Editora Prospectiva

Editor: Otávio Luiz Machado

Assistente de edição: Jéssica Caetano

Conselho Editorial: Antenor Rodrigues Barbosa Jr, Flávio Ribeiro da Costa, Leandro de Souza Pinheiro, Otávio Luiz Machado e Rodrigo Portari.

Contato da editora: editorapropectiva@gmail.com

Página: <https://www.facebook.com/editorapropectiva/>

Telefone: (34) 99777-3102

Correspondência: Caixa Postal 25 – 38200-000 Frutal-MG

P324d Paula, Ítalo Borges Florêncio de.

O dano moral e suas implicações no direito do trabalho /
Ítalo Borges Florêncio de Paula – Frutal: Prospectiva, 2015.

128 f.

ISBN: 978-85-67463-94-0

1. Direito. 2. Dano moral. 3. Reparação de danos. 4. Direito do trabalho. I. Paula, Ítalo Borges Florêncio de. II. Universidade do Estado de Minas Gerais. III. Título.

CDU 347.513

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, familiares, namorada e amigos que muito me incentivaram e apoiaram durante esses inesquecíveis quase 5 anos de curso de Direito que é essencialmente a formação que escolhi para a vida.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais por colaborarem em tudo neste trabalho. E, também, por todo apoio e auxílio acadêmico, emocional e financeiro que permitiram a realização desse sonho.

Ao meu orientador, o Prof. Me. Márcio Martins Marano, por ler a minha proposta e abraçá-la, orientando-me por meio da busca das soluções mais viáveis para este desenvolvimento, se dispondo a estudar e aprender comigo. Também por sua dedicação em auxiliar-me, além da inspiração acadêmica em suas aulas.

Aos meus familiares que de alguma forma participaram dos momentos de construção deste trabalho com palavras de ânimo e atitudes de apoio.

À minha namorada Mayara, pelo companheirismo, apoio na carreira, no amor e na vida.

Aos meus amigos que além de compartilharem os percalços e alegrias da graduação foram também companheiros do mesmo sonho de crescimento e de esforço mútuo para alcançar um só objetivo.

A todos os professores que contribuíram para a minha formação acadêmica, os quais cumprimento

na pessoa do Prof. Me. Ronaldo Fenelon Santos Filho, por sua disposição em ajudar-me, pelo seu incentivo e disponibilidade ao atender-me.

A todas essas pessoas elementares, com carinho e admiração, agradeço.

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA	04
AGRADECIMENTOS	05
INTRODUÇÃO	09
1. A HISTÓRIA DO DANO MORAL	11
1.1. Antecedentes históricos.....	11
1.2. A realidade legislativa atual da responsabilidade civil e do dano moral.....	21
2. DANO MORAL	35
2.1. Definição e aspectos gerais.....	35
2.2. Distinção entre o dano moral e dano matéria.....	39
2.3. A prova do dano moral trabalhista.....	47
2.4. A presunção do dano moral trabalhista.....	57
3. O DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO	61
3.1. Aspectos gerais.....	61
3.2. Fase pré-contratual.....	69
3.3. Fase contratual.....	80
3.3.1. Demissão por justa causa.....	83
3.3.2. Demissão sem justa causa.....	88
3.3.3. Revista pessoal na empresa.....	91
3.3.4. Assédio sexual no trabalho.....	95
3.3.5. Rebaixamento funcional e transferências abusivas.....	99
3.3.6. Assédio moral.....	102

3.3.7. Acidente de trabalho.....	105
3.4. Fase pós-contratual.....	111
3.5. A emenda constitucional nº 45 e a competência da justiça do trabalho.....	115
4. CONCLUSÃO.....	120
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	123

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende demonstrar como o dano moral tem se configurado na esfera do direito do trabalho, pois como se sabe, esse mal pode ocorrer em diversos locais da sociedade, inclusive no ambiente de trabalho.

A proteção do trabalhador não se restringe somente ao aspecto material e a mera garantia do emprego ou melhores condições físicas e econômicas de trabalho, mas, também, à proteção em vários aspectos, inclusive o moral.

O dano moral, apesar de não ser um fenômeno recente, apenas modernamente vem recebendo maiores estudos de suas ocorrências e consequências no âmbito da relação de trabalho.

Para melhor esclarecer o tema é necessário que seja feita uma breve abordagem de como se originou o instituto do “dano” nos primórdios da humanidade. Assim, foi exposto que mesmo na antiguidade já havia a ideia de dano, tanto moral como patrimonial, e a sua consequente reparação, com peculiaridades e características distintas em cada parte do mundo.

Na sequência é demonstrada a definição de dano moral, assim como a diferenciação entre este e o dano material. Demonstra-se, também, os aspectos

relativos à prova do dano moral, além da possibilidade de se presumir a sua ocorrência.

É abordado, ainda, quando e por que o dano moral ocorre, pois na relação trabalhista, seja pelo vínculo de subordinação entre empregador e empregado ou em razão do direito de organização e fiscalização da empresa, existem atitudes exageradas e abusivas que podem constranger o empregado, lesando sua honra e sua dignidade.

Assim, serão explanadas situações em que o dano moral mais comumente se configura, como, por exemplo, na demissão por justa causa, na revista pessoal, nos acidentes de trabalho e no assédio moral.

Posteriormente, é feita uma abordagem quanto a competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações de indenização por danos morais. Verificando-se que com a Emenda Constitucional nº 45 de dezembro de 2004, esse assunto, que gerava muita polêmica, principalmente antes de o Supremo Tribunal Federal se posicionar pela competência da justiça trabalhista, foi pacificado, pois a alteração do artigo 114 da Constituição Federal estabeleceu a competência da Justiça do Trabalho nesses casos.

1. A HISTÓRIA DO DANO MORAL

1.1. Antecedentes históricos

Para se falar em dano moral é indispensável que abordemos antes a responsabilidade civil, a qual, em poucas palavras, é a aplicação de medidas para obrigar uma pessoa a reparar o dano causado a terceiros em virtude de atitude, comissiva ou omissiva, por ela mesma praticada, por pessoa pela qual ela é responsável, por alguma coisa que a ela pertença ou pela imposição da lei, independentemente de ser moral ou patrimonial o dano causado.

A responsabilidade civil, de acordo com a teoria clássica, se firma em três pressupostos: um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano. Porém, atualmente existem algumas outras teorias que não são tão difundidas, como a teoria do resultado mais grave, que em determinadas situações é utilizada.

Entretanto, nos primórdios da humanidade, a culpa era um fator do qual não se cogitava. O dano causado era imediatamente retribuído sem qualquer

limitação ou regra. A vingança privada imperava, enquanto o direito ainda não dominava. A brutalidade humana era exercida em sua forma mais selvagem. O mal sofrido era devolvido ao seu causador através da reação mais natural e espontânea, talvez humana, do ofendido.

O famoso princípio da Lei de Talião, da retribuição do mal pelo mal, fora uma usual forma de reparação do dano. Tal princípio é da natureza humana, do sentimento de vingança, é reagir ao mal injusto praticado contra a pessoa, a família ou o grupo social. Nos primórdios, a sociedade reagia violentamente. Se não pudesse reagir desde logo, sobrevinha a vindita mediata, regulamentada pela Lei de Talião, do “olho por olho, dente por dente”.

Com o tempo, a Lei de Talião foi paulatinamente sucedida pela composição. Nesse período, ainda não havia a ideia de culpa. O ofendido passa a perceber vantagens e conveniências da substituição da vingança privada pela compensação econômica. Assim, conforme Alvino Lima, “a vingança é substituída pela composição a critério da vítima, subsistindo, portanto, como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido”. (LIMA, 1960, p.21).

Com o desenvolvimento humano a composição econômica, que era voluntária, passa a ser obrigatória. É quando a figura de uma soberana autoridade passa a existir com o legislador vedando a vingança. Este período é mais especificamente a época do Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas, onde, então, o ofensor paga tanto ou quanto pela lesão à um maltrapilho, pela morte de um homem livre ou de um escravo. Com esses pagamentos surgem as tarifações, que são antecedentes históricos das atuais indenizações por acidentes de trabalho.

Na Índia, no século XIII a.C., o Código de Manu previa, além do ressarcimento dos danos, multa e punição. Além disso, este código demonstrou grande evolução, pois tratava a reparabilidade do dano em pecúnia, muito diferentemente dos códigos anteriores, como por exemplo o de Hamurabi, que ainda trazia a reparação da lesão por outra de igual proporção.

O Estado, entretanto, somente tomou para si, com exclusividade, a função de punir o transgressor ao tempo dos romanos. Nesse período, começou os esboços da diferenciação entre a “pena” e a “reparação”, com a distinção entre os delitos públicos (ofensas consideradas mais graves, capazes

de perturbar a ordem social) e os delitos de caráter privado.

Quando o Estado tomou para si a função de punir e repreender, surgiu a ação de indenização. Assim, a responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal, sendo que nos delitos públicos a pena econômica imposta ao réu era recolhida em favor do Estado, enquanto nos delitos privados a pena pecuniária era revertida à vítima.

Os romanos que eram vítimas tinham ao seu dispor a ação pretoriana chamada *injuriarum aestimatoria*, pela qual pleiteavam a reparação do dano pela prestação em dinheiro, que era arbitrada pelo juiz, que deveria sopesar todas as circunstâncias dos fatos e fixar a indenização cabível. Esta ação era ativa e passivamente intransferível aos herdeiros e prescritível em um ano.

No entanto, é a *Lex Aquilia* que demarca o início de um princípio geral regulador da reparação do dano. É o verdadeiro divisor de águas quanto à responsabilidade civil. É o germe da jurisprudência clássica em relação à injúria, e fonte da moderna concepção da responsabilidade extracontratual, pois considera o ato ilícito uma figura autônoma. Além de ser fonte da moderna concepção da culpa aquiliana,

tendo seu nome característico advindo da Lei Aquília.

Esta lei foi um plebiscito aprovado por volta do fim do século III ou início do século II a.C., que permitiu que o titular dos bens pudesse obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro daquele que tivesse promovido a deterioração ou destruição de seus bens. Neste sentido, como os escravos eram considerados objetos, esta lei também era aplicada para punir condutas que viessem a produzir danos ou morte deles.

Injúria e culpa, longe de formarem um só conceito, traduziam dois conceitos distintos e aplicados sucessivamente. Qualquer pessoa que causasse um dano estava obrigada, independentemente de ter procedido com diligência e cautela. Desta forma, a culpa passou a ser considerada o elemento básico da responsabilidade. Entretanto, considerava-se ter havido injúria somente quando se houvesse morto por dolo ou culpa, não abrangendo aquilo que pudesse ser obrigado pela Lei Aquília.

Como se nota, a responsabilidade civil tem como origem histórica a causalidade material, a qual predominava mesmo em face da Lei das XII Tábuas. Esta situação não se modificou em razão da *Lex*

Aquilia, sob a qual continuou nitidamente objetiva. A noção moderna de culpa veio depois. Interpondo-se entre os dois termos da classificação clássica: *dolus-casus* – que fez surgir outra, o *dolus-culpa-casus*.

Posteriormente, na França, as ideias foram pouco a pouco sendo aperfeiçoadas pelo direito francês, o qual estabeleceu um princípio geral da responsabilidade civil, deixando de lado o critério de enumerar os casos de composição obrigatória.

Carlos Roberto Gonçalves nos ensina que no direito francês:

Aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou imprudência. Era a generalização do princípio aquiliano: *In lege Aquilia et levissima culpa venit*, ou seja, o de que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar (GONÇALVES, 2011, p. 38).

Assim, a noção abstrata de culpa e a diferenciação entre a culpa delitual e a contratual

foram introduzidas no Código de Napoleão, mais especificamente dando redação aos artigos 1.382 e 1.383. Desta forma, a definição de que a responsabilidade civil tem fundamento na culpa foi inserida na legislação de várias partes do mundo. Fazendo com que atualmente quase todas as legislações admitam a reparação do dano moral. Esta reparabilidade do dano moral, que até pouco tempo atrás era ferreamente combatida, está se tornando, na atualidade, uma realidade.

No Brasil, antes da consagração da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88), já existiam alguns dispositivos legais que consagravam a reparação do dano moral. No entanto, durante a vigência das Ordenações do Reino de Portugal, durante o Brasil Colonial, não havia nenhuma regra que dispunha sobre o ressarcimento do dano moral. Era muito questionada qualquer ideia que versasse sobre a possibilidade dessa reparação naquela época.

O Código Civil de 1916, ainda não trazia expressamente a reparação pelo dano moral, entretanto, também não a proibia. Ademais, no artigo 159 daquele dispositivo, havia expressa menção à possibilidade da reparação do dano.

Posteriormente, merece atenção a Lei n. 5.250 (Lei de Imprensa), promulgada em 1967, que

consagrou expressamente a reparação por danos morais. Porém, essa reparação estava restrita aos crimes contra a honra mencionados no texto da lei. Mas não deixa de ser um marco importante na história legislativa nacional em relação à possibilidade da reparação por danos morais.

Antes da Carta Magna de 1988 ainda existia uma grande resistência da doutrina e jurisprudência em aceitar e reconhecer o denominado “dano moral puro”, o qual existe por si só, autonomamente, e não tem reflexos pecuniários.

Em conformidade com esse posicionamento, temos o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF):

Nem sempre o dano moral é ressarcível, não somente por se não poder dar-lhe valor econômico, por se não poder apreciá-lo em dinheiro, como ainda porque essa insuficiência dos nossos recursos aporta a especulações desonestas pelo manto nobilíssimo de sentimentos afetivos; no entanto, no caso de ferimentos que provoquem aleijões, no caso de valor afetivo, coexistir com o moral, nos casos de ofensa à honra, à dignidade e à liberdade, se indeniza o valor moral pela forma estabelecida pelo Código Civil. No caso de morte de filho menor não se indeniza o dano moral se ele não contribuía em nada para o sustendo

da casa. (STF, 2ª. Turma, 6.8.1998, maioria, RT 244/629 apud CAHALI, 2005. p. 50).

Conforme se depreende da citação acima, a jurisprudência da Suprema Corte consolidou a impossibilidade da hipótese de indenização em razão do dano moral por si mesmo.

A Carta Magna de 1988 demarca o final dos últimos resquícios formais do regime ditatorial instalado com o golpe militar de 1964. Finalmente a democracia havia encontrado seu marco. Estabeleceu-se um direito constitucional novo.

O Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, no início, não previa tratamento específico quanto à obrigatoriedade de reparação dos danos morais. Apenas dispôs genericamente sobre o direito à integridade física e mental e à preservação da honra, reputação e imagem pública.

Somente com a sua promulgação a reparação do dano moral foi expressamente abordada, assim o fazendo em seu artigo 5º, incisos V e X, os quais possuem a seguinte redação:

Art. 5.º [...]

[...]

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, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Está expressamente instituída a reparação do dano moral, independentemente de relação com o dano material, sendo, portanto, consagrada a reparabilidade do dano moral puro, por si só.

Ao tratar do desse tema Theodoro Júnior esclarece que:

Mais uma vez a Carta Magna assegura o princípio da reparabilidade do dano moral, seja na defesa dos direitos da personalidade, seja na preservação dos direitos morais do autor da obra intelectual (artigo 5º, incisos V e X). Com isso, a indenizabilidade do dano moral, que ainda gerava alguma polêmica na jurisprudência, ganha foros de constitucionalidade. Elimina-se o materialismo exagerado de só se considerar objeto do direito das obrigações o dano patrimonial. Assegura-se uma sanção para melhor tutelar setores importantes do direito privado, onde a natureza patrimonial não se manifesta, como os direitos da personalidade, os direitos do autor, etc. (THEODORO JÚNIOR, 1990, p. 8).

Portanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, a reparação por dano moral foi consagrada no sistema jurídico brasileiro, sob a garantia da previsão constitucional.

1.2. A realidade legislativa atual da responsabilidade civil e do dano moral

O Brasil adotou à teoria subjetiva da responsabilidade, ou seja, para que haja responsabilidade é imprescindível que haja culpa. É nesse sentido que dispõe o artigo 186 do Código Civil de 2002 (CCB/02), assim, a reparação do dano tem como pressuposto a prática de um ato ilícito ou abuso de direito (artigo 187, CCB/02). Portanto, se não existe prova de culpa, não existirá a correspondente obrigação de reparar o dano.

Os artigos 186, 187 e 188 do Código Civil tratam do ato ilícito com as redações a seguir:

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tomarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Os atos ilícitos são aqueles que emanam direta ou indiretamente da vontade do agente, ocasionando efeitos jurídicos, porém contrários ao estabelecido pelo ordenamento.

No entanto, como Carlos Roberto Gonçalves nos informa, existem outros dispositivos que adotaram tanto a teoria da responsabilidade objetiva, como da culpa presumida e da responsabilidade independente de culpa:

[...] em outros dispositivos e mesmo em leis esparsas, adotaram-se os princípios da responsabilidade objetiva, da culpa presumida (arts. 936, 937 e 938, que tratam, respectivamente, da responsabilidade presumida do dono do animal, do dono do edifício e do habitante da casa) e da responsabilidade independentemente de culpa (arts. 927, parágrafo único, 933 e 1.299, que dizem respeito, respectivamente, à atividade potencialmente perigosa;

à responsabilidade dos pais, tutores, curadores e padrões; e à responsabilidade decorrente do direito de vizinhança). A par disso, temos o Código Brasileiro de Aeronáutica, a Lei de Acidentes do Trabalho e outras leis especiais, em que se mostra nítida a adoção, pelo legislador, da responsabilidade objetiva. (GONÇALVES, 2011, p. 40).

O artigo 927 do Código Civil dispõe a respeito da principal diretriz infraconstitucional relativa à responsabilidade civil do causador de um dano, que também se aplica na totalidade à responsabilidade civil por danos morais trabalhistas, determinando a obrigatoriedade de reparar o prejuízo:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O artigo 927, em seu *caput*, trata da responsabilidade do agente quando este causa o dano por dolo ou culpa, estabelecendo que a ele cabe a reparação do dano à vítima. Este artigo trata sobre a responsabilidade civil por ato ilícito de acordo com o

aspecto clássico, qual seja, da responsabilidade subjetiva, portanto, somente haverá responsabilidade quando o dano sofrido pela vítima houver sido causado por culpa ou dolo do ofensor.

Já o parágrafo único, do artigo 927, refletindo uma tendência mais moderna, dando novo enfoque à responsabilidade civil, adotou uma solução mais avançada e mais rigorosa, acolhendo, também, a teoria do risco do exercício da atividade perigosa, denominada responsabilidade objetiva, a qual independe da existência de culpa ou dolo do ofensor. Além disso, adotou também, o princípio da responsabilidade independentemente de culpa nos casos específicos em lei, juntamente com a responsabilidade subjetiva como regra geral, deixando de prever, entretanto, a possibilidade de o ofensor, através da inversão do ônus da prova, livrar-se da responsabilidade, desde que prove que tomou todas as medidas necessárias para evitar o dano.

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil estabelece um novo enfoque da responsabilidade civil. Assim, a responsabilidade civil objetiva é o fruto evolutivo do desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil em face das muitas ocorrências de acidentes causados pelo risco dos serviços e produtos colocados no mercado, sem

que houvesse a responsabilização das empresas fornecedoras. Notou-se que o aumento do risco das várias atividades empresariais na sociedade moderna, mesmo não sendo ilícitas, causaram diversos prejuízos a consumidores e também a trabalhadores sem que a responsabilidade fosse atribuída à empresa, pois é extremamente dificultosa a comprovação da culpa ou dolo desta.

Isto foi assim, quanto aos operários, em razão da crescente utilização de instrumentos mecânicos e a inexperiência inicial de muitos trabalhadores que ocasionou no aumento considerável do volume de acidentes. E a complexa organização do trabalho nas várias fábricas e a desproporcionalidade de poder econômico entre o empregador e os empregados impossibilitavam a indagação probatória concernente à fixação da culpa, pois o ônus probatório era do devedor faltoso, sendo assim, a teoria do risco foi adotada.

Desta forma, para superar esse problema, a responsabilidade objetiva estabelece que aquele que obtém lucro com a atividade de risco deve responder pelos danos que ela causar. Assim, a mera ocorrência do dano e o nexo causal entre a conduta do agente e o dano, são suficientes para atribuir àquele a responsabilidade pelos prejuízos, independentemente

da existência de culpa ou dolo do mesmo. A empresa, em sua defesa, não deve se preocupar em provar que não houve culpa ou dolo, mas sim em demonstrar a ocorrência de excludentes do nexo causal ou excludentes da responsabilidade, ou seja provar que o dano deriva de fato exclusivo da vítima ou de terceiros, caso fortuito ou força maior.

A adoção da responsabilidade objetiva tem crescido consideravelmente, sendo abordada pelos diplomas legais modernos, principalmente nas órbitas civil e trabalhista. Uma grande responsável por isso é a propagação das atividades que oferecem riscos às outras pessoas, principalmente acidentes, inclusive os acidentes de trabalho.

Sobre a responsabilidade objetiva, Maurício Godinho Delgado nos ajuda a compreender que:

Essa tendência de objetivação da responsabilidade por danos materiais, morais e estéticos de origem acidentária recebeu importante reforço por meio do novo Código Civil. Esse diploma, é bem verdade, mantém a regra geral responsabilizatória vinculativa do dever de reparar à verificação da culpa do agente causador do dano, na linha tradicionalmente assentada pelo velho Código Civil (art. 159, CCB/1916). Em seu art. 186 dispõe o novo CCB: ‘Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar

dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito'. Entretanto, o novo diploma civil fixa também em seu artigo 927 e parágrafo único preceito de responsabilidade objetiva independente de culpa 'quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem'. Ora, tratando-se de atividade empresarial, ou de dinâmica laborativa (independentemente da atividade da empresa), fixadoras de risco para os trabalhadores envolvidos, desponta a exceção ressaltada pelo parágrafo único do art. 927 do CCB/2002, tornando objetiva a responsabilidade empresarial por danos acidentários (responsabilidade em face do risco). (DELGADO, 2005, p. 619).

Quanto a aplicabilidade da segunda parte do supracitado parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, o Enunciado n. 38 do Conselho de Justiça Federal (aprovado nas Jornadas de Direito Civil de 2002) assim esclarece:

A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade. (DINIZ, 2011, p. 22).

Ademais, sobre a responsabilidade civil, nota-se que o artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal estabelece a responsabilidade subjetiva do empregador em caso de acidente de trabalho, pois, este diz em seu texto que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais a indenização, a cargo do empregador, pelo acidente de trabalho, quando incorrer em dolo ou culpa.

Porém, em face do advento da responsabilidade objetiva pelo Código Civil em seu artigo 927, parágrafo único, temos que nas ocasiões em que o dano decorrer do risco da atividade empresarial, e levando em consideração o princípio do direito do trabalho da norma mais favorável ao trabalhador, a responsabilidade objetiva do empregador deve prevalecer em casos de acidentes de trabalho.

Gisela Andréia Silvestrin expõe seu posicionamento que coaduna com esse entendimento:

A responsabilidade do INSS é objetiva, direta (teoria do risco), deve conceder o auxílio doença acidentário quando preenchidos os requisitos da lei, pois a natureza é alimentar e visa à compensação. Conquanto alguns ainda defendam que a responsabilidade civil do empregador se dê na via subjetiva, por dolo ou culpa sua ou de seus prepostos, a jurisprudência vêm evoluindo para conferir a indenização civil pela

responsabilidade objetiva do empregador, especialmente quando a atividade do trabalhador se dá inserida em empreendimento econômico que, por sua natureza, é de riscos inerentes e naturais, como alude o parágrafo único do art. 927 do novo CCB: ‘quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.’ Ora, em sendo, o empreendimento econômico, uma dinâmica laborativa que produz risco, independentemente da atividade da empresa, o empregador responde objetivamente.

Portanto, é viável a pretensão de indenização por dano material, moral ou estético, mesmo que o empregador tenha agido diligentemente para ‘encostar’ o trabalhador. Tanto a compensação dada pelo INSS como a indenização do empregador são cumuláveis e, portanto, não se compensam, muito menos se excluem. (SILVESTRIN, 2005).

Ainda quanto a algum possível impedimento constitucional em relação ao parágrafo único do artigo 927, o Enunciado n. 377 (aprovado pelo Conselho da Justiça Federal na IV Jornada de Direito Civil), nos demonstra que: “O art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco.” (DINIZ, 2011, p. 22).

Carlos Roberto Gonçalves nos adverte do importante papel deste dispositivo, nos informando que antes do Código Civil de 2002, as atividades perigosas eram apenas aquelas dispostas em lei especial, as demais, que não estavam previstas legalmente, eram enquadradas na responsabilidade subjetiva do código civil:

No regime do Código Civil de 1916, as atividades perigosas eram somente aquelas assim definidas em lei especial. As que não o fossem, enquadravam-se na norma geral do Código Civil, que consagrava a responsabilidade subjetiva. O referido parágrafo único do art. 927 do novo diploma, além de não revogar as leis especiais existentes, e de ressaltar as que vierem a ser promulgadas, permite que a jurisprudência considere determinadas atividades já existentes, ou que vierem a existir, como perigosas ou de risco. Esta é, sem dúvida, a principal inovação do novo Código Civil no campo da responsabilidade civil. (GONÇALVES, 2011, p. 41).

O Código Civil de 2002 também traz outro importante dispositivo em matéria da reparação do dano moral, qual seja, o artigo 953 deste código, o qual veio para pacificar e resolver o problema da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, apesar

de não apresentar uma técnica para a fixação da indenização.

O artigo 953 do Código Civil apresenta a seguinte redação:

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

Este dispositivo é inovador em relação a uma situação que já estava garantida pela Constituição de 1988, na doutrina e na jurisprudência pátria, mesmo não trazendo técnicas para a fixação do *quantum* indenizatório.

Atualmente, não é mais admissível a interpretação de que o *caput* do artigo 953 trata apenas do patrimônio material. Pois, os parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, pelo Código de Defesa do Consumidor, pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça e pelo artigo 186 do Código Civil brasileiro de 2002, consagram que o dano material e o dano moral são duas modalidades patrimoniais independentes.

Assim, no *caput* do artigo 953, está a se tratar tanto do dano moral quanto do material, pois essas duas espécies de prejuízo são possíveis de se verificar por ocasião da calúnia, injúria ou difamação, mesmo que separadamente. Já o seu parágrafo único, determina que o dano material, nas situações em que não puder ser comprovado, deverá ser fixado por meio da equidade, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto.

Entretanto José de Aguiar Dias nos faz um importante ponderamento quanto ao ressarcimento pelos prejuízos:

O direito seria demasiadamente severo se exigisse ao prejudicado a prova matemática irrefutável de que essa outra possível circunstância se não teria produzido, nem o lucro previsto deparado com qualquer obstáculo. Mas, por outro lado, a experiência constante ensina-nos que os mais exagerados, menos fundados pedidos de indenização, tem precisamente seu fundamento neste conceito imaginário dos lucros frustrados. Ao direito compete distinguir nitidamente estas ‘miragens de lucro’, como lhes chama DERNBURG, da verdadeira ideia de lucro. (DIAS, 1987, p. 801).

Assim, atentando-se ao fato do necessário cuidado ao se fixar o *quantum* indenizatório, para

que não haja injustiças, é inquestionável a atual prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais com total acesso aos órgãos judiciários e administrativos. Isto não poderia ser diferente, haja vista o dano moral decorrente de ofensa à integridade física, estética, a saúde em geral, a liberdade, a honra, a manifestação de pensamento é indenizável e reparável, pois todo indivíduo é titular de direitos de personalidade os quais não podem ser atingidos sem a conseqüente punição.

Na própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), temos dois dispositivos que tratam do dano moral. Cabe transcrevê-los aqui, pois é a matéria objeto deste trabalho:

Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

[...]

j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

k) ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem.

E, temos também o artigo 483 da CLT, com a seguinte redação:

Art. 483. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;

[...]

e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama.

É imprescindível saber que não há diferença essencial entre o dano moral civil e o dano moral oriundo da relação trabalhista. Haja vista que nos dois casos o bem jurídico tutelado é o mesmo, qual seja, a honra, o caráter, a dignidade e a boa fama dos indivíduos. Existe apenas uma diferença circunstancial, pois enquanto o dano moral civil se verifica nas relações humanas na sociedade de um modo geral, o dano moral trabalhista origina-se de uma relação de trabalho. Podendo ocorrer tanto durante a vigência do contrato de trabalho, quanto antes ou após a sua celebração.

2. DANO MORAL

2.1. Definição e aspectos gerais

O dano moral é a dor e sofrimento humano resultante de ato ilícito de terceiro que viole um bem juridicamente tutelado sem repercussão patrimonial. Afeta, portanto, bens imateriais, causando dor física ou moral.

Porém, tratar sobre “moral” é uma tarefa árdua, pois os valores morais estão em constante evolução, acompanhando a sociedade. Em cada período histórico o significado dos valores morais se modifica, tendo diferente impacto sobre a sociedade.

Wilson Melo da Silva conceitua o dano moral como sendo o resultado de “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico” (SILVA, 1999, p. 1).

Em aspecto geral, o dano moral é aquele que atinge o patrimônio ideal das pessoas, sendo capaz de gerar um sentimento negativo na vítima, lhe trazendo consequências desagradáveis.

O dano moral, assim, é aquele que lesa aquilo que, por ser extrapatrimonial, em tese, não tem valor econômico. Pois, fere o que todo ser humano constrói como conjunto de valores formadores de sua personalidade.

Eduardo A. Zannoni, em seu livro “El daño en la responsabilidad civil”, divide o dano moral em dois, quais sejam, dano moral direto e dano moral indireto.

Carlos Roberto Gonçalves, em alusão à distinção feita por Eduardo A. Zannoni, diz:

Aduz Zannoni que o dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). O dano moral indireto consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial. (GONÇALVES, 2011, p. 651).

Quanto a reparabilidade do dano moral não existia consenso entre a doutrina e a jurisprudência, pois, em tese, ao dano moral não se poderia dar valor econômico. A doutrina em sua maioria absoluta defendia a reparabilidade do dano moral. Com o que ia de encontro a jurisprudência nacional que sempre foi cautelosa quanto ao assunto.

Porém, o constituinte, em 1988, elegeu o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como direito fundamental, fazendo com o que os valores morais que formam cada ser humano fossem protegidos sob a égide que de o dano moral ofende os modernos direitos da personalidade.

Nesse sentido o Ministro José Francisco Rezek disse:

Penso que o constituinte brasileiro qualifica como dano moral aquele dano que se pode depois neutralizar com uma indenização de índole civil, traduzida em dinheiro, embora a sua própria configuração não seja material. Não é como incendiar-se um objeto ou tomar-se um bem da pessoa. È causar a ela um mal evidente [...]. (STF – RE 172.720 – 2ª Turma – Rel. Marco Aurélio – j. em 06.02.1996 – DOU de 21.02.1997).

Em princípio, o dano moral não se estende à pessoa jurídica. No entanto, em relação a pessoa

jurídica, o dano moral de que é vítima recai sobre seu nome e tradição de mercado, o que terá sempre repercussão econômica, mesmo que indiretamente. Assim, existia grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência quanto a reparabilidade do dano moral infringido à pessoa jurídica, porém, atualmente, os tribunais pátrios já pacificaram o entendimento de que é reparável o dano moral causado à pessoa jurídica. No entanto, o maior obstáculo para essa reparação vem, principalmente, por parte daqueles que defendem que o direito à personalidade é bem personalíssimo exclusivo da pessoa natural. Pois, para essa posição, a pessoa jurídica não é passível de dor e sofrimento que traduzem o dano moral.

No entanto, existem julgados no país que sustentam a proteção da reputação, o renome e a imagem social da pessoa jurídica, demonstrando que a pessoa jurídica é passível de ser vítima de dano moral.

Nesse diapasão, Sérgio Cavalieri Filho, demonstra seu entendimento, conforme aduz:

[...] deixar o causador do dano moral sem punição, a pretexto de não ser a pessoa jurídica passível de reparação, parece, data vênica, equívoco tão grave quanto aquele que se cometia ao tempo em que não se admitia a reparação do dano moral nem mesmo em

relação à pessoa física. Isso só estimula a irresponsabilidade e a impunidade. Induidoso, portanto, que a pessoa jurídica é titular de honra objetiva, fazendo jus à indenização por dano moral sempre que o seu bom nome, credibilidade ou imagem forem atingidos por algum ato ilícito. (CAVALIERI FILHO, 2000, p. 85).

Neste sentido, qualquer dano que se cause, tenha ou não consequências patrimoniais, não pode deixar de ser adequadamente reparado.

2.2. Distinção entre o dano moral e dano material

Mesmo que o do dano material não seja o tema do presente trabalho, é imprescindível, para melhor compreender o atual estudo, que seja feita a distinção do dano material do moral. O dano material é de grande importância para a análise do dano moral, pois, a distinção entre essas duas espécies de dano é importante para a prevenção, avaliação, estimativa, caracterização e ressarcimento do dano moral em si. Nota-se que em várias oportunidades um ato ilícito pode causar dano material e dano moral ao mesmo tempo, tendo como resultado a obrigação do ofensor de ressarcir a vítima quanto aos dois prejuízos.

Ainda quanto a relevância da distinção entre o dano moral e o material temos a importante argumentação de Osmir Antonio Globekner:

Já a distinção entre dano patrimonial e não patrimonial é de todo relevante; senão pelo mais, pelo simples fato de implicar em diferentes formas de determinação do *quantum* indenizatório. Avaliável o dano patrimonial, deve sua reparação pautar-se precisamente na restauração ao *status quo ante*, natural ou pecuniariamente falando. Por força de lógica, se impossível a avaliação patrimonial da lesão provocada, cumpre estabelecer critério diverso para o dano moral. Surge então a questão da reparabilidade do dano moral (GLOBEKNER, 1999).

Conforme se depreende do tópico anterior, o dano moral é aquele que afeta o patrimônio ideal da vítima, gerando-lhe um sentimento negativo capaz de lhe prejudicar psicologicamente. Ou ainda, quanto a pessoa jurídica, é o dano que lhe lesa o nome e sua reputação comercial, com conseqüente prejuízo econômico.

É importante salientar que não é qualquer aborrecimento, tristeza ou mera contrariedade que gera o dano moral, uma vez que é habitual nas relações interpessoais e, também, nas relações trabalhistas, a existência de contrariedades,

aborrecimentos, frustrações, advindos das diferenças, sejam de interesses, de hierarquia, de desigualdade no nível educacional, cultural e ideológica, além de motivações distintas. Assim, o aborrecimento, a tristeza ou a contrariedade gerará o dano moral quando extrapolarem a normalidade e a razoabilidade, ou seja, quando cominarem em agressão à dignidade da pessoa humana.

Sílvio de Salvo Venosa expõe seu entendimento para esclarecer essa problemática:

Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma insensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal (VENOSA, 2004, p. 39).

O dano material, ou patrimonial, é aquele que lesa exclusivamente os bens concretos que compõem o patrimônio do lesado. Se conceitua, ainda, como

todo e qualquer ato que, lesando a vítima em seu trabalho, reputação ou vida profissional, cause prejuízos sobre seu patrimônio físico.

Com ressalva a esta característica de suma importância, expomos a conceituação do dano patrimonial feita por De Plácido e Silva:

Assim se diz da perda ou prejuízo que fere diretamente um bem patrimonial diminuindo o valor dele, restringindo a sua utilidade, ou mesmo a anulando.

Revela-se na deterioração, inutilização da própria coisa corpórea, que se mostra, pelo ato danoso, efetivamente desfalcada em seu justo valor, seja porque se tornou inútil em parte ou em todo, seja porque já não se mostra no mesmo preço anterior, necessitando de uma reparação para que retorne à posição tida, com seu custo originário.

É, pois, o prejuízo ou a perda efetiva ocorrida à coisa. E, por isso, opõe-se ao dano moral. Chamam-no, também, de dano patrimonial [...] (SILVA, 2004, p. 410).

Como já dito, para a maioria da doutrina o dano moral não tem repercussão patrimonial para a vítima. No entanto, a honra, a moral e a dignidade também são patrimônios, ainda que imateriais, pois possuem valores para a vítima. Entretanto, mesmo sendo patrimônios imateriais, estes possuem, para

muitas pessoas, mais valor que seu patrimônio material.

Nesse diapasão, é importante transcrever o que Aguiar Dias aponta:

A distinção entre dano material e dano moral não decorre da natureza do direito, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado [...]. O dano moral deve ser compreendido em relação ao seu conteúdo, que não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida à dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o seu mais largo significado (DIAS, 1987, p. 226).

Entretanto, é necessário observar que existem posicionamentos contrários na doutrina, os quais defendem que o dano, quando atinge a moral e repercute no patrimônio material da vítima, deixa de ser extrapatrimonial.

Orlando Gomes, através de sua doutrina, nos ensina que “a expressão dano moral deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial” (GOMES, 1976, p. 332).

Outra forma de distinção a ser analisada é a maneira de ressarcimento do dano moral e do material.

Clayton Reis, sobre esse aspecto de distinção entre o dano moral e dano material, nos ensina que:

A diferença entre essas lesões reside, substancialmente, na forma em que se opera a sua reparação. Enquanto no caso dos danos materiais a reparação tem como finalidade repor os bens lesionados ao seu *status quo ante*, ou possibilitar à vítima a aquisição de outro bem semelhante ao destruído, o mesmo não ocorre, no entanto, com relação aos danos extrapatrimoniais. Neste é impossível repor as coisas ao seu estado original. A reparação, em tais casos, reside no pagamento de uma soma pecuniária, fixada em face do *arbitrium boni iuris* do magistrado, de forma a possibilitar à vítima uma compensação em decorrência da dor íntima vivenciada (REIS, 2010, p. 7).

Assim, a característica do dano material que mais se destaca é o fato de poder ser reparado diretamente, através da restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior ao dano, sendo assim, há o restabelecimento da situação anterior ou o ressarcimento por meio do pagamento de quantia equivalente ao prejuízo ou indenização pecuniária.

Entretanto, em relação ao dano moral o que há é uma compensação pelos transtornos e sofrimento infringidos à vítima, resultantes da ação lesionadora do direito produzida pelo ofensor. Portanto, no dano moral, a indenização pecuniária, por maior que seja, não tem o condão de propiciar a exata reparabilidade, pois é impossível que o lesionado retorne ao *status quo ante*. Uma pessoa que teve sua intimidade e dignidade atingidas, por exemplo, não conseguirá, mesmo com uma imensurável quantia, retornar ao fato a fim de fazê-lo desaparecer. Assim, nesta situação, o objetivo da indenização é de apenas amenizar o sofrimento da vítima.

Além do intuito de minimizar o sofrimento moral e angústias da vítima, a indenização também possui a finalidade de penalizar o lesionador, reprimindo-o para que não cometa outras violações morais. Ou seja, punindo-o pelos resultados negativos de sua atitude nociva. Demonstrando, também, à sociedade que não é cabível comportamentos como este, os quais resultarão em punição.

Desta forma, o dano moral e o material se diferenciam tanto pelas suas causas quanto por seus efeitos. Estes não se confundem, pois no primeiro, atinge-se um bem imaterial, compensando-o por

meio de uma quantia em dinheiro que propicie à vítima uma certa compensação pelos dissabores que lhe foram impostos. Já no segundo, fere-se o bem físico, reparando-se o seu prejuízo. É importante ressaltar que deve haver uma proporção entre o dano e a indenização a fim de que esta não seja para a vítima uma forma de enriquecimento ilícito.

Quanto à possibilidade de se conciliar ambas as indenizações, atualmente está pacificada a discussão no sentido de que ambos os danos e suas respectivas reparações podem coexistir harmoniosamente. É o que Álvaro Villaça de Azevedo nos ensina:

Pode o montante indenizatório acumular prejuízos decorrentes do dano material e moral? Não temos dúvidas em afirmar que sim, pois as situações danosas e seus efeitos são completamente diferentes: uma agride a matéria, outra, o espírito. Os patrimônios são distintos e se vêem individualmente violados (AZEVEDO apud SANCHES, 1997, p. 38).

Ainda, é importante ressaltar que também é admissível pela jurisprudência, a cumulação de pedidos por danos morais e patrimoniais na mesma ação, o que significa dizer que um não exclui o outro.

É nesse sentido que nos direciona a Súmula 37 do STJ.

2.3 A prova do dano moral trabalhista

Num primeiro momento é primordial fazer uma pequena conceituação do que se tem por prova. Prova é, costumeiramente, dividida em dois sentidos: objetivo e subjetivo. No sentido objetivo, temos os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos. Já no sentido subjetivo, almeja-se que as provas produzidas no processo sejam capazes de gerar convicção na consciência do juiz quanto a existência ou inexistência dos fatos relatados.

Provar é conseguir estabelecer um estado de certeza na mente do juiz para gerar convicção em sua consciência em relação a existência ou não de um fato. Ou, então, da verdade ou falsidade de determinada afirmação sobre alguma situação de fato, a qual é de interesse para solucionar um processo, dando-lhe a devida tutela judicial.

A caracterização do dano moral no Direito do Trabalho se dá com a prática de ato ilícito imputada a empregado ou empregador na constância da relação de emprego. Assim, temos que a competência para

tais casos é da Justiça do Trabalho, pois está intimamente ligado à relação de emprego. Ademais, se não houvesse essa relação, não existiria o dano e, portanto, também não haveria a obrigação de indenizar.

Como já dito em tópico anterior, a ação lesante praticada pelo agente é a ação, comissiva ou omissiva, qualificada no mundo jurídico. Esta origina-se do ato ilícito ou abuso de direito praticado pelo lesante da relação jurídica. Quanto à conduta lícita, existem situações em que, mesmo se procedendo dentro da legalidade, deve-se reparar/indenizar o dano quando a reparação desse não está vinculada a ideia de culpa, fundando-se a responsabilidade, nesse caso, na teoria da responsabilidade objetiva.

O nexos de causalidade (ou nexos causal) se funda na ligação existente entre o ato lesivo e o dano infringido a vítima. Tem-se que o nexos de causalidade é o fato gerador da responsabilidade, uma vez que a obrigação de reparar não existiria sem que houvesse vínculo entre a ação e o dano.

O nexos causal representa o liame necessário entre a atividade danosa e a ação que a produziu, de maneira que essa seja tida como sua causa. Salienta-se que o dano não carece, necessariamente, de ter

resultado no mesmo momento do fato que o produziu. Nesse caso, é necessária somente a prova de que não haveria dano se o fato não tivesse ocorrido. Assim, dano é o resultado de uma prática abusiva.

Desta forma, a responsabilidade civil abrange o indivíduo que infringiu a norma, a pessoa vitimada pela infração, o nexu causal entre o infrator e a infração, bem como o prejuízo causado, a penalidade aplicável e a reparação.

É preciso destacar que o dolo ou culpa do infrator merece atenção especial, uma vez que a regra geral da responsabilidade civil no Direito Brasileiro é da responsabilidade subjetiva, não permitindo, sem previsão legal específica, uma condenação por um ato cujo demandado não era responsável.

A responsabilidade civil pelo dano moral trabalhista possui pressupostos básicos que auxiliam na sua caracterização e compreensão. São estes:

- a) que a controvérsia tenha origem de uma relação trabalhista;
- b) que o fato tenha lesado direito da personalidade do empregado;
- c) a possibilidade de imputabilidade ao empregador;
- d) o nexu causal;
- e) o dano moral;

f) a competência material da justiça do trabalho para processar e julgar a responsabilidade civil do dano moral trabalhista. A qual se determina pela qualidade das partes no processo, que devem comparecer em juízo na posição de empregado e empregador, situando a controvérsia do dano moral na esfera da relação de trabalho.

A prova da existência de cada um desses pressupostos é muito importante para a resolução da controvérsia quanto a existência do dano moral e a consequente obrigação de indenizar o lesado.

O fato lesivo é aquele que promove a agressão a direitos da personalidade da vítima, estes, como já descritos em tópicos anteriores, são aqueles que formam o patrimônio moral do agente passivo. É importante salientar que o fato lesivo não precisa ser contrário a lei. Como exemplo temos o rebaixamento funcional, a exposição de lista de funcionários indesejados por possuírem ou terem promovido ações trabalhistas, além de outros fatos não considerados antijurídicos.

Podemos dizer que a imputabilidade é a aptidão para figurar como responsável pela restituição ou reparação do dano, sendo, portanto, o paciente da sanção jurisdicional. No âmbito do

Direito do Trabalho essa imputação é feita ao empregador.

O nexu causal consiste na relação de causa e efeito entre a conduta do empregador e o dano moral suportado pelo ofendido, sendo imprescindível a demonstração de que o dano não teria ocorrido se o empregador não tivesse praticado o ato lesivo.

Quanto ao dano moral, temos que é aquele que produz efeitos lesivos ao direito da personalidade do ofendido. Ou seja, aquele que produza efeitos negativos a sua psique e moral.

Quanto ao dano à integridade moral da pessoa e caracterização da responsabilidade civil podemos nos ater aos ensinamentos do mestre Pietro Perlingieri: “a qualificação da situação subjetiva, a sua titularidade, exclusiva ou não, tem notável relevância no problema da responsabilidade civil, em particular no *an* e no *quantum* da indenização e do ressarcimento” (PERLINGIERI, 1997, p. 173).

É importante ressaltar que para a responsabilização civil do empregador é irrelevante o fato de ele ter agido de má-fé, bastando apenas comprovar que houve temeridade e imprudência por sua parte.

O ônus da prova, ou seja, de demonstrar os fatos, a existência do dano e os pressupostos da

responsabilização civil incumbe àquele que alega ou afirma em juízo, e não a quem nega. Assim, a prova é ônus do autor. Porém, se o réu não nega os fatos, mas aborda situação jurídica distinta, se responsabiliza por produzir a prova. Este entendimento é fruto da teoria clássica do ônus da prova a qual, em suma, preceitua que: o ônus da prova incumbe à parte que alega a existência ou inexistência de determinado fato sobre o qual se sustenta a relação de direito que se pretenda induzir.

Tendo em mente a quem incumbe a produção de provas em cada situação, devemos salientar que o ônus da prova e o dever legal de veracidade dos fatos não são a mesma coisa.

O Código de Processo Civil (CPC), dispõe de forma clara em seus artigos 14, 339, 340 e 341, sobre o dever legal de apresentar à Justiça a veracidade dos fatos. O mencionado artigo 339, determina que nenhuma pessoa está isenta do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Esta obrigação se estende, ainda, aos artigos 14, 340 e 341 do Código de Processo Civil, que possuem as seguintes redações:

Art. 14. Compete às partes e aos seus procuradores:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

Art. 340. Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte:

I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;

II - submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária;

III - praticar o ato que lhe for determinado.

Art. 341. Compete ao terceiro, em relação a qualquer pleito:

I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento;

II - exhibir coisa ou documento, que esteja em seu poder.

Quanto ao ônus da prova, a Consolidação das Leis do Trabalho faz apenas mera disposição sobre essa questão, a qual está em seu artigo 818, que assim dispõe: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Podemos aferir que a diferença entre o ônus e o dever de veracidade é que o ônus não possui a característica da obrigação, em sentido jurídico, a qual existe no dever de veracidade dos fatos.

Quando o dever legal de apresentar à Justiça a veracidade dos fatos é desrespeitado há a aplicação das sanções dispostas nos artigos 16, 17, 18 e 22 do Código de Processo Civil:

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

Art. 18 - O juiz, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a indenizar à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e as despesas que efetuou.

§ 1º - Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º - O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

Art. 22 - O réu que, por não arguir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios.

Como se depreende dos dispositivos transcritos a inobservância do dever legal da veracidade dos fatos acarreta uma sanção externa positivada, com a aplicação de uma pena. No entanto, o ônus da prova corresponde a um encargo, desvinculado a alguma ideia de sanção, pois àquele que tem o ônus de provar não é aplicada nenhuma punição caso não consiga provar as alegações jurídicas feitas por ele.

O artigo 333 do Código de Processo Civil estabelece à quem cabe o *onus probandi*:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

- I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
- II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

- I - recair sobre direito indisponível da parte;
- II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Como observado neste artigo, a norma jurídica fixa encargos diferentes entre as partes. O autor, na ação trabalhista de dano moral, possui o ônus da prova do fato constitutivo da obrigação de indenizar. Caso não consiga prová-lo, perderá o pleito. Já ao réu incumbe produzir prova de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, para que não sucumba diante da prova produzida pelo autor.

Existem fatos que não necessitam de prova, portanto, não oneram as partes quanto a sua produção. Estes fatos estão previstos no artigo 334 do Código de Processo Civil, que assim estabelece:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Portanto, na ação trabalhista de dano moral o autor tem o encargo de demonstrar o fato constitutivo de seu direito, ou seja, da obrigação de indenizar. Enquanto que ao réu incumbe produzir a prova de fatos que impeçam o exercício desse direito, extinguindo a obrigação de indenizar. Cabendo ao

juiz avaliar os fatos alegados e as provas do processo para que, motivadamente, profira a sentença com prudência, certificando-se que o autor não esteja litigando de má-fé.

2.4. A presunção do dano moral trabalhista

Pode-se dizer que presunção é a dedução, a conclusão ou a consequência que se tira de um fato conhecido, para se admitir como certa, verdadeira e provada a existência de um fato desconhecido ou duvidoso.

O já mencionado artigo 333, *caput*, do Código de Processo Civil, estabelece a regra geral da distribuição do ônus da prova. Entretanto, o legislador concedeu logo em sequência, no artigo 335, do CPC, a permissão ao juiz, para que, valendo-se de seu prudente arbítrio e com observância aos parâmetros ali estabelecidos, possa formar seu livre convencimento com base na presunção. Esse artigo, assim como todos os outros do CPC, possui aplicação subsidiária nas ações trabalhistas.

O Código Civil pátrio, em seu artigo 136, inciso V, também admite a presunção como meio de prova, desde que não haja disposição estabelecendo forma especial àquele ato jurídico.

O próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) definiu algumas situações em que o dano moral é presumido, portanto, não é necessária nenhuma prova para se configurar. Como anteriormente visto, de forma geral o dano moral somente se configura quando a parte faz prova da extensão do dano sofrido. Entretanto, a jurisprudência em determinadas situações afasta esse requisito, configurando, desta forma, o dano moral presumido, o qual independe da apresentação de qualquer prova que demonstre o dano causado.

A presunção do dano moral tem sua existência respaldada na extrema dificuldade, existente na maioria dos casos, de obtenção de prova objetiva do dano moral. Em casos mais graves, exames médicos podem demonstrar a existência e a extensão de abalo psicológico e traumas, porém não são imprescindíveis para que o juiz se convença de sua ocorrência, servindo apenas para reforçar o entendimento sobre eles.

Uma técnica bastante utilizada pelos magistrados é a denominada “homem médio” ou “homem comum”, a qual se baseia em se imaginar no lugar da vítima, ou pelo menos tentar, e interpretar todos os fatos importantes e demonstrados no processo, fazendo a comparação dos direitos da

personalidade que segundo a vítima foram lesados e as consequências decorrentes do ato injurídico em sua vida.

Rodolfo Pamplona Filho esclarece que essa atividade não deixa de ser uma atividade processual instrutória:

Dessa forma, para que o juiz se convença da existência do dano moral, o autor deverá indicar os indícios que possibilitem a configuração da presunção de que se trata de algo que ordinariamente acontece o que não deixa de ser uma atividade processual instrutória concreta. (FILHO, 1998, p. 118).

O indício é um dos elementos formadores da presunção. É a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

Existem situações que não necessitam de prova objetiva para demonstrar que acarretam sofrimento, como por exemplo, o rebaixamento funcional, a falta de local apropriado, conforme a legislação, para que o trabalhador possa se alimentar, a não disponibilização de sanitários, quando o trabalhador sofre algum dano estético no ambiente de trabalho ou em decorrência de sua atividade laboral

ou dispensa injuriosa, pois, o prejuízo moral é consequência natural dessas coisas.

Nos dizeres de Paulo Luiz Netto Lôbo:

É desnecessário provar a dor provocada pelo dano moral, que é sempre presumida, pela própria natureza das coisas (presunção hominis) como no caso da perda de um filho ou da deformidade física, conforme tem decidido o Superior Tribunal de Justiça (R. Esp. nº. 50.481-1-RJ). Em outro julgado, o mesmo Tribunal (R. Esp. nº. 17.0730-MG) entendeu ser desnecessária a demonstração de que a perda de um membro inferior acarreta graves sofrimentos, além de eventuais prejuízos econômicos; essa consequência seria da natureza das coisas, de ciência comum. No mesmo sentido (R. Esp. nº. 64.6995-RO) em caso de ofensa à honra decorrente de reportagem na imprensa para a indenização por dano moral, não é de exigir-se a repercussão, o reflexo patrimonial, com o que, a rigor, se repararia o dano econômico indireto (LÔBO, 1999, pp. 141-142).

É importante deixar claro que essa presunção de dano moral é uma presunção relativa, portanto, se existirem provas contrárias às alegações do autor e o juiz se convencer da inexistência do dano moral, ele poderá negar a indenização. A presunção não pode admitir conclusões opostas à ela.

3. O DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

3.1. Aspectos gerais

Como já disposto, o dano moral é uma espécie de agravo caracterizada pela lesão a alguns direitos da personalidade.

Ainda quando havia discussão no direito comum quanto a possibilidade de reparar economicamente o dano exclusivamente moral, a CLT, em seus artigos 482, alíneas *j* e *k*, e 483, alínea *e*, já abordava o dano moral e a possibilidade de sua reparação, seja pelo empregado ou pelo empregador, em virtude da rescisão do pacto laboral pelo cometimento de ato lesivo à honra ou da boa fama, por meio do pagamento ou desoneração do pagamento de indenizações decorrentes da quebra do contrato de trabalho com motivação nessa justa causa.

O direito do trabalho por ser um direito social com assinalado caráter protetivo da dignidade do trabalhador, faz com que reconheçamos que as disposições constitucionais a respeito da reparação do dano moral são aplicáveis no direito do trabalho.

Entretanto, a ligação da expressão dano moral com o direito do trabalho passou a ter maior relevância após o registro feito nos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal.

O inciso V do artigo 5º da Carta Magna garante ao lesado, indenização por dano material, moral ou à imagem. Esta garantia se estende às relações de trabalho, assim, aquele que sofrer dano moral poderá ajuizar ação pleiteando o ressarcimento mediante uma indenização, cujo valor, conforme o caso concreto, será arbitrado pelo magistrado. Como exemplo, podemos usar a dispensa do empregado fundada na prática do crime de furto que não fica provado no processo.

Do mesmo modo, o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem de qualquer pessoa, portanto, estão inclusos aqueles que forem lesados moralmente em uma relação trabalhista. Estes possuem o direito de pleitear judicialmente uma indenização pelo dano moral decorrente da violação dessas garantias.

Antes, quando se falava em ato lesivo da honra e da boa fama, logo fazia-se a vinculação do ato lesivo da honra e da boa fama ao disposto no Código Penal de 1940 (CP), que tipifica como crimes a

calúnia, a difamação e a injúria, nos artigos 138, 139 e 140 respectivamente.

Atualmente, faz-se a associação com a Constituição Federal, pois a expressão Direitos da Personalidade é mais atual, desta forma é possível que se conheça de processos relativos a indenização por dano moral de competência da Justiça do Trabalho.

Com esse mesmo entendimento Ramanauskas nos explica que:

A Constituição Federal de 1988 erigiu a direito constitucional o direito à indenização moral, e me parece não haver campo mais fértil para aplicação de tal direito do que o do direito do trabalho, nem haver outra justiça mais competente para dirimir os conflitos derivados dessa indenização moral que a própria Justiça Trabalhista (RAMANAUSKAS, 2001).

A redação do texto constitucional permite a indenização moral em virtude das relações trabalhistas a qualquer pessoa, sendo direito do trabalhador reclamá-la, independentemente da indenização material.

Como já mencionado, o dano moral trabalhista se assenta em uma via de mão dupla, portanto, pode ocorrer em ambas as direções, isto é, a

responsabilidade pelo dano pode ser originada tanto pelo empregador quanto pelo empregado. Porém, na grande maioria dos casos o empregador é quem a origina, lesando moralmente seus empregados.

No mesmo sentido do que foi dito no parágrafo anterior, Arnaldo Lopes Sussekind, argumenta que:

O cotidiano da execução do contrato de trabalho, com relacionamento pessoal entre o empregado e o empregador, ou aqueles a quem este delegou poder de comando, possibilita, sem dúvida, o desrespeito dos direitos da personalidade por parte dos contratantes. De ambas as partes – convém enfatizar – embora o mais comum seja a violação da intimidade, da vida privada, da honra ou da imagem do trabalhador (SUSSEKIND, 2010, pp. 377-378).

Sabemos que o empregador possui certos encargos, como o poder de direção da empresa, ao qual seus empregados estão subordinados. Esse poder advém do próprio conceito de empregador feito no artigo 2º da CLT que determina a este a prestação pessoal do serviço.

Cabe ao empregado subordinar-se a esse poder do empregador, abrindo mão, desta forma, de parte de suas liberdades, pois se colocou a serviço daquele. Do mesmo modo que o poder de direção atribuído ao

empregador, a subordinação do trabalhador aos comandos da empresa também possui amparo legal, pois o artigo 3º da CLT, aduz que o empregado está sob a dependência do empregador.

Nesse aspecto, é importante saber que não existe subordinação da pessoa do trabalhador à do empregador, há tão somente a subordinação de sua força de trabalho para com aquele.

Mistrongue e Kersten se expressam nesse sentido, dizendo:

Outrossim, é pertinente lembrar que o contrato de emprego, sendo ou não *intuitu personae* quanto ao empregado, a base da relação contratual está no caráter fiduciário que lhe é próprio. Sendo assim, não significa que se estabelecendo um vínculo de natureza pessoal com o empregado acarretar-se-á, ainda que como presunção, um estado de poder do empregador sobre a pessoa do empregado, o poder do empregador é dirigido sobre a força de trabalho. Juridicamente, as partes devem estar em igualdade de condições, embora na prática, isso quase nunca se concretize (MISTRONGUE; KERSTEN, 2004, pp. 315 e 316).

Ademais, o próprio artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, estabelece o princípio da igualdade, que juridicamente impede a subordinação de uma pessoa a outra, entretanto, pode existir a

subordinação de algo em uma relação jurídica específica, como salientaram os nobres juristas supracitados.

O poder de direção, portanto, é o poder de organização, de controle e o poder disciplinar que cabe ao empregador exercer. O poder de organização é, dentre outras coisas, o encargo que o empregador tem de organizar seu empreendimento, estabelecendo seu objeto, modo de andamento das atividades, quantidade de funcionários, funções, cargos, ambiente de trabalho, assim como organizar o trabalho e criar o regulamento da empresa. O poder de controle faz referência ao poder de controlar e fiscalizar as atividades desempenhadas por todos os funcionários. Já o poder disciplinar é a atribuição que o empregador tem de impor penalidades ao empregado, caso ele não cumpra alguma de suas atribuições laborais, ou quando ele infringir ordens e o regulamento da empresa.

Nota-se que o poder de direção decorre do direito de propriedade do empregador, desta forma, é sabida a existência da possibilidade de conflito direto à vida privada, à honra, à intimidade e à imagem do empregado. Neste caso, deve haver uma ponderação entre estes direitos garantidos pela Carta Magna, para

que não haja supressão de um em detrimento do outro.

Nesta trilha, é oportuno escrever o que diz Valdir Florindo:

O trabalhador e o empregador devem se pautar pela respeitabilidade mútua, sobretudo nas relações de trabalho, face ao caráter sinalagmático da contratação, gerando direitos e obrigações para ambos, ainda mais quando se sabe que o trabalho é o maior de todos os fatores de produção da sociedade, tendo inclusive seu reconhecimento elevado à altitude constitucional, artigo 170, quando estabelece que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano (FLORINDO apud SANCHES, 1997, p. 41).

O contrato de trabalho deve ser executado, por empregador e empregado, com base na boa fé. Com observância e respeito ao princípio da boa-fé estaria a “moral” do empregado protegida. Porém, nem sempre é assim que ocorre.

O poder de direção muitas vezes é desempenhado pelo empregador com inquestionável autoritarismo e com unilateralidade desenfreada. No Brasil, diferentemente de países mais desenvolvidos, ainda existe um sistema de relações trabalhistas muito favorável aos desmandos patronais. Desta forma, não são raras situações de conflito em que o

empregador se utiliza das prerrogativas que a legislação trabalhista lhe atribui e persegue meticulosamente o empregado, ao invés de resolvê-las através do diálogo. É por essa razão que surgem as transferências desnecessárias e abusivas, por exemplo, que são motivadas exclusivamente para depreciar o trabalhador, transferindo-o para onde ficará exposto a todo tipo de humilhações e desagradados.

No entanto, quando o exercício do poder de direção é desviado, seja através de uma ação ou omissão do empregador, ultrapassando os limites do aceitável, do ético, daquilo que é necessário ao pleno desempenho das atividades empresariais, nasce a pretensão do trabalhador em buscar a reparação de seus direitos fundamentais.

Aferimos que nas relações trabalhistas deve prevalecer o direito fundamental à intimidade, à honra, à imagem, à vida privada do trabalhador, pois há a proteção do Direito em face da ocorrência de danos morais trabalhistas, tendo respaldo na dignidade da pessoa humana.

Ademais, uma característica muito marcante do direito do trabalho, principalmente na atualidade, é a hipossuficiência do empregado e sua maior

proteção em face da problemática existente entre o capital e o trabalho.

3.2. Fase pré-contratual

Em âmbito do Direito do Trabalho a doutrina clássica considera que a fase pré-contratual não faz parte da relação trabalhista e, portanto, não é objeto de regulamentação por parte do Direito do Trabalho. Deste modo, todos os problemas que surgirem nesse momento devem ser discutidos na Justiça Comum. Porém, o desenvolvimento cultural e das relações sociais forçaram os operadores do Direito a acompanharem esse ritmo e a aumentarem o alcance de suas visões dos casos concretos. Assim, os doutrinadores do Direito do Trabalho passaram a enxergar que existe uma fase pré-contratual nas relações trabalhistas, que foi abarcada pela Constituição Federal de 1988 e pela legislação trabalhista, especialmente no que se refere à proteção do candidato contra lesões em seus direitos fundamentais e da personalidade.

Nesta fase há, por parte do empregador, uma busca para conseguir a maior quantidade de informações relativas ao candidato a uma vaga de trabalho em sua empresa. O empregador analisa as

aptidões profissionais de cada candidato para selecionar seus empregados. Assim, os candidatos são submetidos a entrevistas, exames, questionários, testes para que o empregador selecione aquele que melhor se destacar.

Permite-se que o empresário, antes de contratar o candidato, busque e consiga informações sobre ambiente de trabalho e suas expectativas anteriores, análise de currículo, diplomas e certificados, ou seja, documentos que avalie a capacidade profissional do futuro empregado.

Quanto a essa busca por informações referentes ao candidato, Marcus Vinícius Lobregart preceitua que:

Pode-se perquirir sobre a experiência profissional e condições para desempenhar o cargo, dados pessoais comuns (filiação, naturalidade, data de nascimento, estado civil, filhos, etc...) comprovação de regularidade da inscrição perante o órgão fiscalizador da profissão, quando for o caso dentre outras com este escopo (LOBREGART, 2001, p. 90).

A partir do mencionado acima, pode-se aferir que há limites para que essa busca por informações seja realizada. Estes limites não podem ser transpostos, sob pena de se violar a lei e/ou a intimidade do candidato. Deste modo, esse processo

de investigação deve restringir-se às informações necessárias, razoáveis e pertinentes à sua finalidade.

Quanto as violações desses limites, deve ser levado em consideração a Lei 9.029/95, que proíbe a adoção, por parte do empregador, de qualquer prática discriminatória para limitar o acesso à vaga de emprego. As principais transgressões que são vedadas por essa lei são a exigência de atestado de esterilização ou de teste de gravidez, seja para qualquer fim, ficando propenso a ser responsabilizado pelo dano moral advindo, pois estas transgressões resultam em desrespeito à intimidade e a vida privada do candidato.

Existem também situações em que são exigidos do candidato exames para verificar se ele é ou não consumidor de álcool ou outras drogas. Entretanto, não se pode fazer uma correlação deste procedimento com aquele que é realizado durante o curso da relação de trabalho, pois, estes procedimentos não se equivalem, uma vez que a realização de exames durante o contrato de trabalho prima pelo combate interno ao alcoolismo e às drogas, almejando a recuperação do funcionário que esteja sob a dependência de alguma droga.

A lei 9.029/95, proíbe a exigência de atestado de gravidez e esterilização antes da admissão do

candidato, como também para efeito de sua permanência na relação trabalhista.

Os três primeiros artigos desta lei possuem destacada relevância:

Art. 1º. Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a 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 a estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar,

realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I - a pessoa física empregadora;

II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 3º. Sem prejuízo do prescrito no art. 2º e nos dispositivos legais que tipificam os crimes resultantes de preconceito de etnia, raça ou cor, as infrações do disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações:

I - multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência;

II - proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

Esta norma, no artigo 2º, prevê certas condutas como atos ilícitos criminais, e comina as penas correspondentes. Da mesma maneira, prevê, no artigo 3º, atos ilícitos, cominando sanções de cunho administrativo contra o autor.

Desta forma, por se tratar de ato notadamente ilícito, o lesado pode pleitear a reparação por dano moral. Pois, mesmo que ainda a jurisprudência não esteja pacificada nesse sentido, encontra-se bastante respaldo no sentido de garantir, ante a Justiça do Trabalho, o direito à reparação do dano moral àqueles que passaram por processos seletivos vexatórios ou que afrontaram sua dignidade e intimidade, ou seja, que tiveram algum de seus direitos fundamentais lesados.

Não há dúvidas, portanto, que é cabível a indenização por dano moral na fase pré-contratual, ainda mais quando acontece concomitantemente alguma das situações discriminatórias já mencionadas. É importante demonstrar esse entendimento através desta ementa do Tribunal Superior do Trabalho (TST) referente à um caso de exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais:

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. EXIGÊNCIA DE EXIBIÇÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA. A Corte Regional concluiu que a exigência de certidão de antecedentes criminais à empregada, na fase pré-contratual, que foi admitida e prestou serviços regulares, configura conduta lícita e não enseja indenização por danos morais. A jurisprudência desta Corte Superior considera que o procedimento da empresa em exigir a apresentação de certidão de antecedentes criminais revela conduta discriminatória, destituída de legitimidade jurídica, e que enseja indenização por danos morais, porquanto se trata de prática que invade a esfera da vida privada e da intimidade do indivíduo. Precedentes. Recurso de revista conhecido por violação do artigo 5º, X, da Constituição Federal e provido. (TST - RR: 2233004420135130008, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 29/10/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/10/2014).

No caso acima ficou evidenciado que o empresário discriminou a reclamante ao exigir que ela apresentasse a sua certidão de antecedentes criminais. Pois, conforme o entendimento da Corte, essa situação invadiu a esfera privada da vida da vítima e de sua intimidade, gerando, portanto, a obrigação de indenizar por danos morais, com fulcro

na violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Aqui temos outro caso de responsabilidade na fase pré-contratual, no qual o Ministério Público interviu por meio de uma Ação Civil Pública contra os métodos utilizados pela empresa em seu processo de seleção de empregados, os quais eram discriminatórios e atentatórios ao princípio da dignidade da pessoa humana. Mais um caso de responsabilidade civil na fase pré-contratual, combinada com prática discriminatória:

PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES PELO RECLAMADO. O demandado incorre em lamentável confusão acerca da questão, porquanto pretende conferir eficácia, para fins recursais, ao ato de subscrição do acórdão recorrido pelo órgão do Ministério Público, providência essa que decorre de lei e de normas regimentais. Assim, a intimação do MP ocorreu no dia 11/11/03, conforme Termo de Ciência Pessoal, sendo tempestivo o recurso protocolizado no dia 17/11/03. Preliminar que se rejeita. RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. INCOMPETÊNCIA RATIONE MATERIAE - INTERESSE COLETIVO - FASE PRÉ-CONTRATUAL - DISCRIMINAÇÃO EM PROCESSO SELETIVO DE EMPRESA PRIVADA. A ação civil pública destina-se à proteção

e à defesa de categorias, grupos ou classes de pessoas. Em uma perspectiva social, os critérios de seleção de empregados da reclamada resultaram em flagrante discriminação, atentatória ao princípio da dignidade da pessoa humana, preconizada no texto constitucional em vigor. Ao Ministério Público compete coibir a atuação ilegal da empresa e o instrumento que elegeu para pleitear a defesa do interesse coletivo deve ser processado na Justiça do Trabalho, uma vez que consiste na proteção dos interesses difusos e coletivos de um grupo de pessoas indeterminadas, conforme preconizam os arts. 127 c/c 129, II, da Constituição Federal e Lei Complementar nº 75/93. Atos de restrição e supressão desse direito atentam contra os arts. 114 da Constituição Federal e 83, II, da LC nº 75/93. Recurso de revista a que se dá provimento. (Processo: RR - 116200-39.2002.5.20.0002 Data de Julgamento: 24/04/2009, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/04/2009).

Outra situação que também pode gerar a obrigação de indenizar por dano moral é quando a empresa, no processo anterior à admissão, lesa a honra do candidato, divulgando, por exemplo, que este não fora contratado pois é homossexual, cleptomaniaco, prostituta ou portador do vírus HIV. Outrossim, essa obrigação de indenizar moralmente o pretendente também pode ocorrer quando a empresa

promete contratá-lo, realizando um pré-ajuste de contratação com salário, exames médicos e envio da CTPS para anotação, e essa promessa não se concretiza. Sendo assim, o candidato que pediu demissão em seu trabalho atual, que se mudou de residência, trocou o colégio dos filhos, e foi surpreendido pela negativa da promessa de contratação, tem direito à indenização pelos danos materiais, assim como pelos morais.

Para melhor esclarecer essa situação cabe aqui citar o entendimento do TST quanto a quebra da promessa de contratação:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. QUEBRA DE PROMESSA DE CONTRATAÇÃO. DANO MORAL PRÉ-CONTRATUAL. INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DO ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL. EXISTÊNCIA. PROVIMENTO. Deve ter seguimento o recurso de revista interposto contra acórdão regional que reconhece a quebra da promessa de contratação já aceita pelo trabalhador e entende que dessa quebra resulta frustração da expectativa de contratação, mas ainda assim julga improcedente o pedido de indenização compensatória por dano moral, incorrendo em aparente violação literal do art. 927 do Código Civil, conforme o qual aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a

repará-lo. Precedentes. Agravo de instrumento provido. II - RECURSO DE REVISTA. QUEBRA DE PROMESSA DE CONTRATAÇÃO. DANO MORAL PRÉ-CONTRATUAL. INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DO ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL. EXISTÊNCIA. CONHECIMENTO. PROVIMENTO. Deve ser conhecido e provido o recurso de revista interposto contra acórdão regional que reconhece a quebra da promessa de contratação já aceita pelo trabalhador e entende que dessa quebra resulta frustração da expectativa de contratação, mas ainda assim julga improcedente o pedido de indenização compensatória por dano moral, incorrendo em violação literal do art. 927 do Código Civil, conforme o qual aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, ensejando a revisão do acórdão regional e a condenação da reclamada no pagamento de indenização compensatória por danos morais arbitrada em R\$5.000,00 (cinco mil reais), considerando a intensidade do sofrimento da vítima, a gravidade da lesão, o grau de culpa do ofensor e a sua condição econômica, o não enriquecimento indevido do ofendido e o caráter pedagógico da medida, limitado ao valor estabelecido na sentença. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 13881420125020461, Data de Julgamento: 18/03/2015, Data de Publicação: DEJT 20/03/2015).

Como demonstrado, a evolução da jurisprudência e da doutrina tem gerado modificações jurídicas que permitem que ações ilícitas praticadas por empregadores em processos anteriores à admissão sejam devidamente punidas. Conclui-se que as indenizações arbitradas pelos magistrados constituem um considerável avanço na tentativa de coibir práticas discriminatórias e arbitrariedades ilícitas praticadas pelo empregador durante o processo de admissão. Compensando, também, o candidato pelo dano moral sofrido.

3.3. Fase contratual

Esta fase corresponde ao curso da relação empregatícia, onde pode ocorrer o descumprimento de certas obrigações advindas desta relação, como as de higiene e segurança do trabalho, de respeito à personalidade e dignidade do empregado e especialmente o dever de boa-fé, no qual se funda o contrato de trabalho. No transcorrer deste período, diversas hipóteses de danos morais causados ao trabalhador ou empregador podem ocorrer, pois o estado de sujeição ou subordinação na qual se encontra o empregado contribui para isto. Além

disso, a relação de emprego se norteia pelos deveres de obediência e lealdade entre os envolvidos.

As condições estabelecidas no contrato de trabalho, bem como as circunstâncias que se acrescem aos direitos do trabalhador, seja pelo uso ou por tolerância, se incorporam à relação trabalhista e, deste modo, são presumidas como definitivas. Caso sejam modificadas, ainda que com o consentimento do empregado, e produzirem prejuízos, econômicos ou não, o acordo será inválido e existirá direito à indenização.

A própria CLT em seu artigo 468, como regra geral, não permite alterações nos contratos individuais de trabalho. No entanto, apenas por mútuo consentimento, e desde que não resulte em prejuízos ao empregado, poderá haver alteração neste contrato. Porém, a regra é no sentido de sua imutabilidade, conforme podemos aferir:

Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Parágrafo único: Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício da função de confiança.

Como se nota, se devido a alguma alteração das condições contratuais, mesmo que com o consentimento do trabalhador, forem produzidos prejuízos a ele, o acordo será inválido, e o trabalhador poderá requerer que se volte ao estado anterior e o ressarcimento dos prejuízos decorrentes desta mudança. Ainda, poderá dar-se por rescindido o contrato laboral por culpa do empregador, cabendo-lhe as verbas decorrentes.

Saliente-se que o supracitado dispositivo não especifica o tipo de prejuízo, assim, pode ser material ou moral.

Outra questão, é que o empregador, conforme o critério da conveniência e oportunidade pode demitir o empregado, mas não pode despedi-lo por justa causa ou sem justa causa para esconder algum ato discriminatório.

Conforme o entendimento dos tribunais os atos preconceituosos que acarretam o direito do empregado de ver seu dano devidamente ressarcido

são aqueles que o colocam em situações vexatórias, humilhantes ou degradantes e, que ofendem a honra e a dignidade.

Como veremos o dano moral, ainda, pode ocorrer em várias situações no decorrer do contrato, como nas hipóteses de revistas pessoais, assédio sexual e moral, acidentes de trabalho, transferências abusivas, rebaixamento funcional e dispensa do empregado com ou sem justa causa.

3.3.1. Demissão por justa causa

A dispensa do empregado pode ocorrer por justa causa ou sem justa causa. A demissão por justa causa não gera, por si só, o direito do empregado dispensado de pleitear uma indenização por danos morais, haja vista que se assim fosse, o artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, que prevê as possibilidades de dispensa por justa causa, seria letra morta no ordenamento.

Esse dispositivo garante esse dever/direito ao empregador, porém somente se a conduta do empregado estiver nele prevista, conforme podemos ver:

Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima-defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único. Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado, a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

Portanto, não é apenas a forma de dispensa que gera a obrigação de indenizar o empregado, pois, o

exercício regular de um direito que lhe é atribuído não pode, simultaneamente, ser o gerador de uma obrigação como a indenização por dano moral.

Para isso, é preciso averiguar no caso concreto de uma demissão por justa causa se existiu ou não o abuso de direito pelo empregador. E isto pode se configurar na situação em que um funcionário é demitido por justa causa sem que o empregador tenha apurado se o fato que a permitiu realmente aconteceu. Como exemplo, podemos citar o caso de o empregado X ser demitido por engano, sendo que quem cometeu a falta grave foi o funcionário Y.

Como podemos notar pelo exemplo acima, diversas vezes o empregador não toma a cautela necessária para a demissão de um empregado, principalmente quando a demissão, por si só, já é bastante vexatória.

Por não ser prudente ao demitir um empregado, e causando-lhe sérios prejuízos a responsabilidade se torna inquestionável, pois o empregado se sentirá humilhado ao sofrer um mal que atinge a sua honra e sua boa fama, com seu nome profissional ameaçado por ato de desleixo do empregador. Assim, o dano moral sofrido pelo trabalhador deverá ser reparado pelo empregador desidioso.

É importante entender que a dispensa por justa causa não é a responsável por gerar a obrigação de indenizar. Aliás, em vários casos o trabalhador é demitido sem justa causa, e mesmo assim tem o direito de ser indenizado por danos morais. A real causa geradora dessa obrigação são os abusos e a desídia do próprio empregador.

Para melhor elucidar o exposto acima, apresentam-se excelentes excertos de monografia de Mariana Wolfenson Coutinho Brandão:

Destarte, não basta apenas a mera procedência da lide que visa afastar a justa causa para que se condene o empregador ao pagamento de Danos Morais, pois o simples fato de não ter conseguido demonstrar a falta grave imputada, não traz ao obreiro dano à sua imagem, mas apenas o direito às verbas rescisórias não recebidas.

O ato ilícito praticado pelo empregador com conseqüente dano à honra do obreiro apenas vai ocorrer, no nosso entender, quando aquele não tomar a cautela de limitar a publicidade dos fatos geradores da despedida por justa causa e/ou quando ficar provado que agiu de má-fé apenas para não pagar as verbas rescisórias. É o que veremos a seguir.

[...]

A litigância de má-fé, no caso em epígrafe, fica comprovada quando o empregador alega falsamente que o obreiro cometeu uma justificante com exclusivo

propósito de não pagar as verbas rescisórias. É demonstrada, por exemplo, quando se constata que o laborista não praticou nenhum ato enquadrável no art. 482, ou seja, o empregador age com dolo demitindo seu empregado por justa causa apenas para não arcar com o ônus da despedida sem justa causa. Contudo, não é litigante de má-fé o empregador que, diante das atitudes do obreiro, age pensando encontrar-se amparado no art. 482 da CLT. (BRANDÃO, 2005).

Saliente-se que o empregado também pode rescindir seu contrato de trabalho por justa causa do empregador.

Esse direito do trabalhador está garantido no artigo 483 da CLT, conforme se vê:

Art. 483. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrário aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;

- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

Desta forma, se o empregador incorrer em falta grave, o empregado tem o direito de rescindir seu contrato de trabalho e, se for o caso, requerer indenização por dano moral.

O empregador sofre limitações em seu poder de comando em decorrência dos direitos individuais fundamentais dos empregados garantidos pela Carta Magna de 1988. Portanto, ao aplicar determinada punição a um subordinado seu, deverá fazê-la de forma que eduque e repreenda, respeitando a sua dignidade e não o expondo ao ridículo. Ademais, o poder que o empregador possui de demitir seu empregado não pode exceder a obrigação de respeitá-lo como ser humano que está munido e respaldado por seus direitos.

3.3.2. Demissão sem justa causa

A demissão do empregado pode ser por justa causa, como visto, ou sem justa causa, entretanto,

algumas vezes o empregador demite seu empregado sem justa causa no intuito de não ter que justificar seu ato, podendo esconder, desta forma, um ato discriminatório.

Nesse sentido temos o exemplo dado por Mauro Paroski:

Há uma completa dissimulação do verdadeiro motivo do rompimento do contrato. Uma prática bastante comum é rescindir o contrato de trabalho do empregado soropositivo (portador do vírus HIV), movido unicamente pelo preconceito. Mostra-se necessário que esse comportamento discriminatório seja combatido com rigor pela lei e pelo Judiciário, quando provocado a decidir questões envolvendo essa situação. (PAROSKI, 2008, p. 109).

Não está em discussão o poder que o empregador tem de realizar a dispensa do empregado sem motivação, já que própria CLT lhe atribui esse direito, desde que cumpra com as indenizações previstas em lei. O problema nesse caso não é a dispensa sem motivação, mas o fato de ser uma dispensa não aceitável juridicamente, que, inquestionavelmente, configura o dano moral, podendo, ainda, gerar a reintegração do trabalhador no emprego, além do recebimento de todas as

remunerações do período de afastamento, acrescidas de juros e correção monetária.

É o que preceitua a Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, em seu artigo 4º:

Art. 4.º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Além disso, quando o empregador realiza a dispensa sem justa causa e esta vem acompanhada do vazamento de informações, no ambiente de trabalho, que gerem dúvidas a respeito da conduta do empregado, este pode pleitear a indenização por dano moral, uma vez que a demissão sem justa causa serviu apenas de cortina de fumaça para impossibilitar a verificação da deslealdade.

3.3.3. Revista pessoal na empresa

O direito de revista do empregador ainda é um assunto sem regulamentação específica no direito pátrio. No entanto, existe o Projeto de Lei 583/2007 que pretende proibir a revista íntima de funcionários nos locais de trabalho, porém ainda não foi a votação. Sendo assim, existe uma corrente doutrinária que entende que a execução da revista pessoal pode ser lícita, desde que realizada de forma razoável, com a contínua preocupação de não violar a esfera patrimonial de interesses dos funcionários.

O inciso III do artigo 5º da Constituição Federal se faz muito importante para melhor entendermos a necessidade dessa preocupação com a esfera extrapatrimonial do empregado:

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

Como já mencionado anteriormente, a dignidade da pessoa humana é um bem tutelado pelo

ordenamento jurídico, desta forma, a revista pessoal que é realizada por alguns empregadores é permitida como ferramenta de proteção dos seus patrimônios, contudo, deve ocorrer limitadamente, ou seja, respeitando a honra e a dignidade do empregado revistado.

Esta pratica é um ponto antagônico entre o poder de controle e fiscalização do empregador e o direito do empregado à preservação de sua intimidade.

A revista pessoal, incluindo também os objetos pessoais do empregado, como sacolas, bolsas e outros pertences, deve ser realizada em todos os funcionários ou aleatoriamente, sem que haja perseguição a algum funcionário, e desde que seja moderada e sem contato físico.

Para não constituir ato ilícito do empregador, e consequente dano moral, é importante que ele se atente a certos pontos:

- a) todos os trabalhadores devem ser pré-avisados para que tenham conhecimento que é de praxe da empresa a realização de revista pessoal de seus funcionários no local de trabalho;
- b) que a revista tenha caráter impessoal, ou seja, é realizada em todos os funcionários ou

aleatoriamente, evitando-se a perseguição pessoal de algum empregado;

c) que na empresa tenha uma comissão paritária de representantes de empregados e empregadores para organizar a revista dos empregados;

d) que o empregado tenha prévio conhecimento de que estará sob vigilância de aparelhos audiovisuais e mecânicos durante o desempenho de suas atividades laborais;

e) que a fiscalização dos empregados esteja regulamentada por normas coletivas.

No entanto, existe outra corrente de doutrinadores que defende que a revista pessoal, por si só, constitui abuso de direito, sendo ilícito diante do regramento constitucional.

Essa corrente entende que o dano moral se configura na revista pessoal, pois há o vilipêndio da intimidade do empregado, com clara agressão a sua dignidade. Ademais, o poder de controle e fiscalização não teria aplicação aqui, haja vista que cabe ao empregador arcar com os riscos da atividade empresarial que desenvolve (artigo 2º da CLT), sendo ilícita a transferência de tais ônus aos empregados, submetendo-os a revistas pessoais.

Ademais, a Lei nº 9.799/1999, acrescentou o inciso VI ao artigo 373-A, da CLT, determinando

que é proibida a realização de revista íntima em empregadas ou funcionárias. Mas a regulamentação da matéria não deixa claro quanto ao alcance da expressão “íntima”.

Assim, interpretando esse dispositivo e levando em consideração que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, como preceitua o inciso I, do artigo 5º da Constituição Federal, chegam a conclusão que é proibido o procedimento de revista íntima em empregados. Restando configurado o dano moral quando houver a realização de revista pessoal nos trabalhadores.

O TST em recente acórdão decidiu que:

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISTA EM BOLSAS E SACOLAS SEM CONTATO FÍSICO OU REVISTA ÍNTIMA. A E. Subseção de Dissídios Individuais pacificou o entendimento no sentido de que a revista do conteúdo de bolsas, mochilas e sacolas dos empregados de modo indiscriminado e sem contato físico ou revista íntima, por si só não caracteriza ofensa à honra ou à intimidade da pessoa, capaz de gerar dano moral passível de reparação. Ressalva de entendimento do Relator. O e. TRT registrou que a hipótese dos autos não se refere à revista íntima, aquela realizada diretamente no corpo do empregado, em suas partes íntimas, a qual é expressamente vedada, consoante art. 373-A, inciso VI, da CLT.

Consignou que se trata, no caso, de revista que se limitava às bolsas e pertences pessoais. Nesse contexto, a decisão regional, ao reconhecer o dano moral, incorreu em ofensa direta e literal ao artigo 5º, X, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido por violação do art. 5º, X, da Constituição Federal e provido. (TST, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 12/08/2015, 3ª Turma).

Como visto está pacificado que a mera revista de bolsas, sacolas e mochilas dos empregados, desde que não haja contato físico ou revista íntima, não caracteriza, por si só, ofensa à honra ou à intimidade da pessoa, capaz de gerar a obrigação de reparar o dano moral.

3.3.4. Assédio sexual no trabalho

O assédio sexual é outra questão que enseja o dano moral na relação laboral, além de ser tipificado como crime pelo artigo 216-A do Código Penal.

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes a exercício de emprego, cargo ou função.

Pena: Detenção de 1 (um) ano a 2 (dois) anos.

O assédio sexual acontece quando um superior hierárquico se utiliza de sua posição para exigir favores sexuais, ou também, do próprio patrão, que em muitas situações ameaça dispensar ou prejudicar a vítima em sua carreira, para conseguir esse favorecimento. É importante saber que o assédio sexual pode acontecer entre colegas que estão no mesmo nível hierárquico, quando o assédio humilha a vítima e causa prejuízos ao seu rendimento profissional.

Com o advento do artigo 216-A que foi introduzido no Código Penal pela Lei 10.224/01, o que no Brasil era um sério problema, ou seja, a punibilidade de tal conduta, ficou resolvido. Assim, aquele que constranger alguma pessoa com intuito de conseguir vantagem ou favorecimento sexual, seja superior ou de mesmo nível hierárquico, sofrerá a sua punição.

Salienta-se que a vítima pode pleitear judicialmente a devida indenização por dano moral, independentemente se ela foi assediada por um superior hierárquico ou por um colega de mesmo nível hierárquico. Porém, se o assediador for seu

superior, ela poderá cumular os pedidos de rescisão indireta e indenização por dano moral. Lembrando que cabe à vítima pleitear essa indenização contra o responsável pelo ato ilícito, ou seja, contra quem a assediou.

Se o assédio sexual for cometido por um colega de trabalho, hierarquicamente superior ou não, estará autorizada a sua demissão por justa causa, com fundamento no artigo 482, b, da CLT, ou seja, “incontinência de conduta ou mal procedimento”.

É nesse sentido que Alice Monteiro de Barros reflete sobre o tema:

Sob o prisma do Direito do Trabalho, se o assédio é de iniciativa de um empregado em relação a outro colega ou ao empregador, poderá o autor ser dispensado, pela prática de incontinência de conduta ou mau procedimento. Se o autor do assédio é o empregador ou outro superior hierárquico, o empregado poderá postular a rescisão indireta do contrato de trabalho. Em ambas as situações, o pleito versará também sobre indenização por dano material ou moral, dada a violação do direito à intimidade, assegurado no art. 5º, X, da Constituição federal (BARROS apud PAMPLONA FILHO, 1999, p. 89).

Esse assédio pode se dar tanto por atos, quanto por palavras, mas é necessário que venha a ferir a

honra e o decoro da vítima, gerando-lhe perturbação e mal-estar que sejam suficientes para que ela se sinta abusada e humilhada. Ademais, tem que haver uma agressão à sua liberdade, e que o assediado não se demonstre tendente a aceitar a proposta de índole sexual. O assédio sexual não se caracteriza em qualquer comportamento.

O assédio sexual possui certos elementos que o configura, como: a conduta que possua conotação sexual, a sua não receptividade, que, em se tratando de assédio verbal, deve ser repetitiva, dispensando essa necessidade quando o assédio for físico, resultando num ambiente de trabalho desagradável, pondo o próprio emprego em risco, atentando também contra a integridade e dignidade da pessoa.

Desta forma, quando houver a ocorrência de algumas das condutas descritas acima, que importem no desrespeito a intimidade e honra da vítima, vislumbrado estará o dano moral que é passível de indenização.

É relevante destacar que a paquera não pode ser confundida com o assédio sexual, haja vista que em ambientes onde convivem homens e mulheres é comum que exista atrações recíprocas, com o surgimento, diversas vezes, de relacionamentos amorosos.

Portanto, para se configurar o assédio sexual é necessária a existência de dano à honra e à imagem do assediado, sendo que este rejeite a insinuação e, mesmo assim, o agressor continue a constrange-lo e humilhá-lo.

3.3.5. Rebaixamento funcional e transferências abusivas

O artigo 468 da CLT prevê mais um caso em que pode ocorrer o dano moral, que é o rebaixamento funcional:

Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringindo desta garantia.

Parágrafo único. Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

Esse dispositivo determina claramente que se, no caso de modificações no contrato de trabalho, forem produzidos prejuízos ao empregado, ou se

deixá-lo em uma situação vexatória, essas modificações serão inválidas.

Durante o cumprimento do contrato de trabalho, as condições e benefícios existentes, sejam explicitamente ou implicitamente, sustentam-se no contrato de trabalho, portanto, constituem o conjunto de direitos e deveres que vinculam as partes.

Assim, na hipótese de rebaixamento funcional é completamente cabível a ação de reparação por danos morais, pois é reconhecidamente um ato ilegal, pois coloca o empregado em uma situação vexatória, de inferioridade e de ridicularização perante seus colegas de trabalho.

Frisa-se que a reversão do empregado de confiança ao cargo efetivo anterior é permitida, conforme o artigo 468, parágrafo único, da CLT.

Diferentemente do que ocorre em países desenvolvidos, no Brasil ainda é comum, em razão do sistema de relações de trabalho, os desmandos do patrão. Muitas vezes o patrão, para não resolver determinado conflito por meio do diálogo, faz uso de suas prerrogativas atribuídas pelo ordenamento trabalhista e, desta forma, passa a perseguir discretamente o empregado. E por possuir um certo *jus variandi* no comando da empresa o empregador diversas vezes faz uso desse poder arbitrariamente,

para, além de perseguir o seu desafeto, efetuar transferências desnecessárias e abusivas, com o único propósito de importunar, degradar e humilhar o empregado.

Dessa forma, são inaceitáveis essas transferências efetuadas por mero capricho ou perseguições, sendo garantido ao empregado ofendido o direito à reparação por dano moral, em defesa de sua honra e dignidade.

Em relação ao rebaixamento funcional e a transferência abusiva, João de Lima Teixeira Filho afirma que:

[...] Em ambos os casos, o propósito de diminuir o empregado, colocá-la em situação vexatória, revela o ilícito deflagrador da rescisão por via oblíqua do contrato de trabalho (dano material) e a lesão à honra do trabalhador, desencadeadora da compensação pelo dano moral (TEIXEIRA FILHO, 1996, pp.1177-1178).

Como podemos ver, tanto o rebaixamento funcional quanto a transferência abusiva garantem ao empregado o direito de rescindir o contrato de trabalho e de pleitear a compensação pelo dano moral sofrido.

3.3.6. Assédio moral

Inicialmente cabe a nós conceituar o assédio moral, deste modo podemos dizer que é o sentimento de menosprezo, ultraje, vexame, ofensa, inferioridade, humilhação etc., causado a alguma pessoa. Aqui iremos tratar do assédio moral que ocorre no ambiente de trabalho, mas que trazem os mesmos sentimentos acima expostos. Deste modo, o assédio moral no ambiente de trabalho corresponde a exposição do empregado a situações humilhantes e constrangedoras, que são feitas repetidamente e prolongadas durante o desempenho de suas atividades durante a jornada de trabalho.

Na relação de trabalho, o assédio moral pode ocorrer em virtude de procedimentos adotados pelo empregador, como: rigor excessivo, atribuição de tarefas inúteis ou degradantes, críticas feitas em público, inatividade forçada, ameaças, desqualificação, divulgações públicas de doenças do empregado, exposição ao ridículo, dentre outros. Esses atos abusivos praticados pelo empregador geram, ao empregado, o direito de ser ressarcido pelo dano moral sofrido.

Atualmente a doutrina e a jurisprudência entendem que o assédio moral não precisa,

necessariamente, ocorrer entre empregador e empregado, pois, assim como no assédio sexual, também pode ocorrer entre empregados de mesmo nível hierárquico na empresa, com o objetivo de forçar a vítima a se demitir, a se aposentar, a pedir transferência, etc.

Também pode ocorrer o assédio moral em situações em que o superior hierárquico é assediado por um ou mais empregados, sejam seus subordinados ou não. Mesmo que isso aconteça com certa raridade, pode ser configurado o dano moral, por exemplo, no caso de um grupo de empregados que se reúnem contra um superior hierárquico, almejando “derrubá-lo”.

Apesar dos vários métodos de assédio moral é preciso deixar claro que para a sua ocorrência é preciso que as atitudes hostis, ou qualquer outro método, ocorra de forma reiterada. Assim, a hostilização ou qualquer outra forma de violência, precisa acontecer regularmente, seja diariamente ou semanalmente, sendo imprescindível para a sua caracterização a reiteração sistemática, atentando contra a dignidade do empregado e causando-lhe danos psicológicos ou físicos.

A configuração do assédio moral gera o direito da vítima em exigir judicialmente uma prestação

pecuniária por parte do ofensor, a título de indenização pelo dano moral. Além disso, a vítima pode rescindir indiretamente o seu contrato de trabalho, com base no artigo 483 da CLT.

O TST reforçou esse entendimento em recentes julgados, como no caso abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ASSÉDIO MORAL - RESCISÃO INDIRETA Registra a Corte Regional: "Evidente o tratamento desrespeitoso e discriminatório reservado à reclamante, ofensivo à dignidade da pessoa humana da trabalhadora, revelando um desvalor pelo trabalho prestado pela obreira e ofendendo a honra e a imagem da Autora, bens tutelados pela Constituição Federal. Tal fato constitui falta grave que autoriza a rescisão oblíqua do vínculo empregatício. Descabe falar em falta de imediatidade, pois as irregularidades foram praticadas ao longo de todo o contrato de trabalho. Dessa forma, impõe-se o reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho e da mesma forma o dano moral experimentado.". Entendimento diverso encontra óbice na Súmula nº 126 do TST. DANO MORAL - QUANTUM INDENIZATÓRIO A instância ordinária, ao fixar o quantum indenizatório, pautou-se pelo princípio da razoabilidade, obedecendo aos critérios de justiça e equidade, não se justificando a excepcional intervenção desta Corte Superior. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (TST - AIRR:

111806020135030030, Data de Julgamento: 29/04/2015, Data de Publicação: DEJT 04/05/2015).

Cumprе ressaltar que quando verificado o assédio moral no ambiente de trabalho, a fixação do valor da indenização pelo dano moral deve levar em consideração não apenas os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, constitucionalmente previstos, mas também o fato de que a indenização cumpre relevante papel pedagógico, ou seja, serve para desencorajar a prática reiterada do mesmo ato ilícito, como por exemplo, o desrespeito sistemático à honra e a dignidade da pessoa humana.

3.3.7. Acidente de trabalho

A Lei nº 8.213/91 regulamenta o acidente de trabalho. Esta lei, em seu artigo 19, conceitua o acidente de trabalho como aquele que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pela execução do trabalho dos segurados, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que resulte morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Além disso, o artigo 20 desta lei prevê o que se considera acidente de trabalho:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

a) a doença degenerativa;

b) a inerente a grupo etário;

c) a que não produza incapacidade laborativa;

d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

§ 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho.

Contudo, o artigo 21 da respectiva lei, elenca um rol de casos que, para todo efeito, se equiparam ao acidente de trabalho.

O acidente de trabalho, entre as suas consequências, pode gerar a responsabilidade civil do empregador, podendo ocasionar uma reparação por danos materiais ou morais. As lesões advindas do acidente de trabalho podem causar dano moral ao empregado, e a intensidade das dores físicas ou psicológicas que lhe foram injustamente provocadas, de maneira imediata ou permanente, são passíveis de compensação indenizatória. Assim como no caso de doenças ocupacionais ou doenças profissionais, dependendo de seus efeitos e intensidade.

O artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal garante a todos os trabalhadores o direito ao seguro contra acidentes de trabalho, e também, a uma indenização ao encargo do empregador quando o acidente acontecer por sua culpa ou dolo. Desta forma, se das atividades laborais decorrer algum acidente de trabalho ou doença ocupacional, e for comprovada a culpa ou dolo do empregador, a empresa será responsabilizada pelo dano moral, caso exista.

O Código Civil, em seu artigo 932, inciso III, também determina a reponsabilidade do empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele. Ademais, o artigo 927, parágrafo único, do CC, estabelece a responsabilidade civil objetiva, que poderá ser aplicada ao dano moral e material trabalhista, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo empregador implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A jurisprudência atual do TST também entende pela aplicação da responsabilidade civil do empregador quando evidenciado que a atividade desempenhada era de risco:

RECURSOS DE REVISTA - TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO - ACIDENTE DE TRABALHO - DANOS MORAIS - ATIVIDADE DE RISCO - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

1. A atual jurisprudência do TST é no sentido de admitir a responsabilidade objetiva do empregador quando demonstrado que a atividade desempenhada implica risco à integridade física e psíquica do trabalhador. Nessa esteira, esta Corte tem entendido que a atividade do trabalhador portuário avulso é atividade de risco, ensejando a responsabilidade civil objetiva. 2. Contudo, a existência de culpa exclusiva

da vítima pelo acidente teria o condão de romper o nexu causal e, portanto, afastaria a responsabilização da Empregadora. Recursos de Revista conhecidos e providos. (TST - RR: 6843020115010019, Relator: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 19/08/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/08/2015).

Existem muitas consequências de ordem moral que decorrem do acidente de trabalho, como, por exemplo, a amputação de um membro, uma lesão deformante ou a supressão de um órgão. Em decorrência de alguma dessas tragédias, várias vezes o trabalhador acaba sendo alvo de comentários maldosos e discriminações, além de outros problemas que contribuem para a denegrir sua imagem. Em virtude disso, os alicerces psicológicos do trabalhador são, inquestionavelmente, abalados, ferindo assim os seus direitos fundamentais à dignidade e à honra.

Desta forma, o acidente de trabalho que cause algum dano estético, deformação, amputação de um membro, supressão de um órgão, a incapacidade para o trabalho, ou seja, alguma lesão ou mesmo a morte do empregado, asseguram a ele ou a sua família o direito de que os danos materiais e morais sejam

reparados, sem causar, entretanto, prejuízo do seguro de ordem previdenciária.

A indenização paga pela Previdência Social ao empregado que sofreu o acidente de trabalho não se confunde com a responsabilidade de indenizar do empregador. Pois, a indenização paga pela Previdência Social tem qualidade de seguro obrigatório do INSS, sendo que a quantia paga em virtude desse seguro é, além de tudo, insuficiente em razão da redução das verbas previstas na Lei Acidentária.

Em relação as ações por acidente de trabalho, é muito importante esclarecer a competência para cada uma delas. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, o julgamento das ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes do acidente de trabalho competem à Justiça do Trabalho. Entretanto, essa regra não se aplica em relação às ações acidentárias do segurado contra o INSS, pois a discussão do benefício previdenciário continua sendo de competência da Justiça Comum, nos moldes do artigo 109, inciso I da CF/88.

Em conclusão, no caso de ocorrência de acidente de trabalho que produza consequências de ordem moral ao trabalhador, pela atividade de risco

ou por culpa do empregador, caberá a este encarar os ônus correspondentes, através de uma indenização compensatória, com fundamento nos artigos 186 e 927 do Código Civil, assim como no artigo 5º, incisos V e X da CF/88. Essa indenização, além de seu caráter compensatório pela dor e sofrimento do empregado pelo acidente, também tem o intuito de servir como um alerta de que o empregador precisa investir em melhorias nos locais de trabalho na prevenção de acidentes.

3.4. Fase pós-contratual

Em relação à fase pós-contratual, existem diversas situações que podem assegurar o direito à indenização por dano moral. O dano moral pode ocorrer tanto no ato da rescisão contratual como após esta. E a transgressão ao patrimônio moral da outra parte pode acontecer tanto pelo empregador quanto pelo empregado, ensejando, desta forma, a correspondente indenização.

Para melhor elucidar essa questão, podemos citar algumas situações que podem ensejar o dano moral.

A mais comum é a prestação de informações inverídicas ou desabonadoras por parte do

empregador sobre algum ex-empregado para empresas em que ele esteja procurando emprego. Estas informações dizem respeito a conduta do ex-funcionário no ambiente de trabalho. Ao ser solicitada carta de referência do futuro empregador, estas informações deverão ser verdadeiras e restritas às funções desempenhadas pelo ex-empregado e durante o período de trabalho. Se forem prestadas informações inverídicas, com o objetivo de prejudicar o ex-empregado, denegrindo sua imagem e ofendendo-lhe a honra, poderá se caracterizar o dano moral e o direito à indenização.

Assim, a atribuição de algum fato que importe em injúria, calúnia ou difamação ao ex-empregado, do mesmo modo, por exemplo, do que acontece na vigência do contrato de trabalho no momento da rescisão, também após a dispensa pode gerar o direito a reparação por dano moral.

Outra situação é aquela em que o empregador anota na CTPS do ex-empregado o motivo de sua dispensa, pois isso é desnecessário. Ademais, o empregador deve sempre lembrar de não anotar informações inverídicas ou desabonadoras na CTPS do ex-empregado, também sob pena de caracterizar dano à honra desse e gerar a consequente indenização por dano moral.

Também ocorrem as chamadas “listas negras”, que correspondem ao fato de as empresas terem alguma lista de restrição contendo os nomes de empregados que são considerados “indesejados” para o serviço, ou daqueles que ingressaram com ações trabalhistas contra seus ex-empregadores. Estas listas são elaboradas com o intuito de obstar a contratação dessas pessoas ou para criar empecilhos para que isto ocorra.

Desta forma, se o empregado, comprovadamente, tiver sofrido prejuízos ou dificuldades de contratação em virtude dessa lista negra, ou for atingida a sua honra ou boa fama, inquestionavelmente estará caracterizada a lesão ao trabalhador, tanto na sua esfera patrimonial, quanto moral.

Dessa forma entende Rodolfo Pamplona Filho:

Conseguindo-se a prova efetiva da ocorrência de tal fato, inquestionavelmente estará caracterizada a lesão ao trabalhador, tanto na sua esfera patrimonial, quanto moral, vez que foi “expurgado” do mercado de trabalho, sem ter direito sequer à defesa do que lhe foi imputado. (PAMPLONA FILHO, 1999, p. 100).

Há, ainda, a questão da comunicação de abandono de emprego. Para que se caracterize o abandono de emprego são necessários dois elementos, que são: a ausência injustificada no emprego pelo período de 30 dias, que é o lapso temporal firmado pela jurisprudência, e a intenção do empregado de não mais trabalhar.

Para que seja efetivamente comprovado o abandono do emprego não basta a ausência injustificada do empregado há pelo menos 30 dias, é imprescindível que ele tenha sido convocado a se apresentar à empresa e a retomar suas atividades em certo prazo, sob pena de ser demitido por justa causa. Este procedimento deve ser feito através de carta registrada, telegrama com confirmação de entrega, notificação extrajudicial ou outro meio que evidencie a efetiva certificação do abandono de seu emprego.

A mera publicação do abandono do emprego em jornais periódicos não é suficiente para efetivar a certificação do empregado, uma vez que não há como provar seu acesso a este veículo. Ademais, essa divulgação do afastamento injustificado, enseja a lesão de cunho moral, haja vista que é obrigação da empresa possuir todos os dados relativos a seus empregados, principalmente seu endereço residencial para ser encontrado.

Destarte, em relação à fase pós-contratual, a ocorrência do fato após o término da relação empregatícia não descaracteriza a natureza trabalhista da lide, pois está intimamente vinculada à reclamatória que pleiteará os direitos oriundos da relação de trabalho, evidenciando-se, portanto, o nexu causal entre o fato e a lesão sofrida pelo trabalhador.

3.5. A emenda constitucional nº 45 e a competência da justiça do trabalho

Antes da Emenda Constitucional nº 45 era grande a discussão a respeito da competência da Justiça do Trabalho no que tange ao dano moral decorrente das relações trabalhistas, pois o artigo 114 da CF/88 não demonstrava exatidão.

A maioria dos juristas defendia que não havia dúvidas, pois, uma mera interpretação gramatical consagrava a competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações por dano moral em decorrência das relações de trabalho ou emprego.

A própria doutrina e a jurisprudência também comungavam desse mesmo entendimento. O STF, chamado para dirimir sobre a questão, dispôs a seguinte Ementa:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. A ação de reparação de danos decorrente de imputação caluniosa irrogada ao empregado pelo empregador a pretexto de justa causa para despedida, e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil. (STF, RE 238.737-4, Rel. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE. 17.11.98).

Entretanto, esse entendimento fazia com que o artigo 114 da CF/88 se conflitasse com a natureza da ação. Assim, ainda pairou no mundo jurídico grandes discussões sobre esse tema, sendo que a grande maioria defendia que a Justiça do Trabalho era a competente. Mas o assunto foi pacificado com o advento da Emenda Constitucional nº 45, publicada no Diário Oficial da União no dia 31 de dezembro de 2004, que tratou de alterar o artigo 114 da CF/88, dando a seguinte redação:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (grifo nosso)

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a , e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

Essa emenda constitucional ampliou bastante a competência da Justiça do Trabalho, além de destacar a sua nova competência para apreciar as ações oriundas das “relações de trabalho”, e não apenas os “dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores”, que contemplava somente as relações entre empregados e patrões.

Essa reforma entrou em vigor para dirimir o conflito sobre a competência em todos os seus aspectos, ou seja, mesmo que se trate de dano moral decorrente das relações laborais.

Para pôr fim a qualquer discussão remanescente a respeito deste tema, o STF redigiu a Súmula Vinculante nº 22:

A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04.

Portanto, está clara que é possível a indenização por dano moral decorrente da relação laboral, e que a competência para julgar esse tipo de ação, como acima exposto, está pacificada que é da Justiça do Trabalho, até mesmo nos casos oriundos de acidentes do trabalho.

4. CONCLUSÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o contrato de trabalho adquiriu *status* constitucional, pois os artigos 5º e 7º constituem grandes conquistas constitucionais, vez que impuseram novas responsabilidades aos empregadores, que, além do salário, devem agora garantir ao trabalhador um local de trabalho seguro, onde haja respeito à sua honra, dignidade e personalidade. E que, ao tempo de sua dispensa, o trabalhador goze de seu perfeito estado de saúde, tanto física quanto mental, para que possa retornar ao mercado de trabalho. Tudo isso sob pena de o empregador responder por indenizações decorrentes ou não de acidentes laborais ou mesmo de dano moral.

Pelo o que já foi demonstrado e pela abordagem dos aspectos mais importantes do dano moral trabalhista, pode-se concluir que o dano moral é muito comum no meio profissional. Entretanto, sem dúvida alguma, é necessário avaliar cada caso específico para que, constatada sua ocorrência, possa a vítima ajuizar a competente ação de indenização pelo dano moral.

Nota-se que muitas vezes os empregadores ao exercerem seus direitos de organizar, dirigir e fiscalizar seus empreendimentos ultrapassam os limites e invadem os direitos dos trabalhadores, dando origem ao dano moral, pois esses excessos podem violar os direitos não patrimoniais destes, a exemplo da imagem, da honra, da privacidade, da autoestima, da integridade psíquica, dentre outros.

Assim, constata-se que os trabalhadores podem ser colocados em situações humilhantes e degradantes como no caso de assédio sexual, ou quando são obrigados a passarem por revista íntima, submetendo-os a situações constrangedoras, ou quando são demitidos por justa causa inventada ou distorcida ou, ainda, quando o empregador nem mesmo tinha certeza da acusação. E, na pior das hipóteses, quando há um acidente de trabalho. Situação em que o empregador deveria tomar todos os cuidados e agir com cautela com o funcionário acidentado, no entanto, o demite pelo simples fato de não poder mais exercer aquela atividade.

O trabalhador que for humilhado e tiver sua dignidade e reputação ofendidas deve buscar que seus direitos sejam respeitados para que se veja justificado pelos atos ofensivos que lhe lesaram a honra.

A indenização pecuniária é importante tanto para amenizar e compensar as más consequências do dano moral, como, também, para que seja instituído o respeito recíproco entre trabalhadores, patrões e outros, a fim de impedir a prática de novos atentados e contribuir para a evolução da Justiça. Ademais, coopera para que seja estabelecida uma forma de respeito ao acervo moral do ser humano.

É necessário destacar que se o dano moral decorre de uma relação trabalhista, não há dúvida que a Justiça do Trabalho é que possui competência material para tratar da lide.

Por fim, a presente monografia buscou demonstrar os principais aspectos relativos ao dano moral em âmbito trabalhista. E por isso chega-se à conclusão da necessidade que a sociedade evolua em relação ao respeito à dignidade humana, principalmente da classe de trabalhadores, na qual se inclui a grande maioria das pessoas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDÃO, Mariana Wolfenson Coutinho. Os limites do dano moral. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 650, 19 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6594>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

CAHALI, Youssef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito de trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 7.

FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. **Dano moral**: múltiplos aspectos nas relações de trabalho. 4. ed. São Paulo: LTR, 2011.

FILHO, Rodolfo Pamplona. **O dano moral na relação de emprego**. São Paulo: LTR, 1998.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. **Dano moral e o direito do trabalho**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 29, 1 mar. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1206>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUSMÃO, Xerxes. **Reparação do dano moral nas relações de trabalho**. 1.ed. São Paulo: LTR, 2008.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito das obrigações**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

LOMBREGART, Marcus Vinícius. **Dano moral nas relações individuais do trabalho**. São Paulo: LTR, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Dano moral decorrente do contrato de trabalho**. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral trabalhista: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MISTRONGUE, Alessandra Loyola; KERSTEN, Felipe de Oliveira. **Invasão de privacidade: a violação de e-mails nas relações de trabalho à luz da ordem jurídico-constitucional**. Revista LTr, São Paulo: LTr, n. 68, p. 310-322, mar. 2004.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio moral e dano moral no trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2015

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Dano moral na relação de emprego**. 2.ed. São Paulo: LTR, 1999.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Dano moral na justiça do trabalho e a polêmica sobre a prova**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n.2002, 24 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12107>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Dano moral e sua reparação no direito do trabalho**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RAMANAUSKAS, Flavio Augusto. **Dano moral no direito do trabalho**. Disponível em: <<http://advogado.adv.br/artigos/2001/edsonramanauskas/danomoraltrabalho.htm>>. Acesso em: 17.Agosto.2015.

RAMOS, Luis Leandro Gomes; GALIA, Rodrigo Wasem. **Assédio moral no trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SANCHES, Gislene A. **Dano moral e suas implicações no direito do trabalho**. São Paulo: Editora LTR, 1997.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVESTRIN, Gisela Andréia. **O dano moral no direito do trabalho**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 664, 1 maio 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6658>>. Acesso em: 9 jul. 2015.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **O Dano moral no direito do trabalho.** Revista LTR 60, n.09, setembro, 1996, p.1177-1178.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil.** In Revista dos Tribunais. Ano 79. Dezembro de 1990. V. 662.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.