

RESPONSABILIDADE POR DANOS MORAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Alexandre Agra Belmonte*

1 – A AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA TRABALHISTA E OS REFLEXOS NA RESPONSABILIDADE

Por força da Emenda Constitucional nº 45, publicada em 31 de dezembro de 2004, a competência da Justiça do Trabalho foi ampliada para abranger o julgamento das ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes das relações de trabalho (art. 114, VI, da Constituição da República).

Ao estender às relações de trabalho em geral a competência trabalhista, o reformador constitucional atribuiu à apreciação da Justiça do Trabalho também os conflitos decorrentes do trabalho pessoal prestado nos contratos de atividade, ou seja, nas relações autônomas, temporárias, avulsas e eventuais.

Anteriormente à Emenda, somente nos casos expressamente previstos em lei, a exemplo do trabalho temporário da Lei nº 6.019/74, da pequena empreitada (art. 652, III, da CLT) e do trabalho avulso era possível o exame dos conflitos decorrentes.

Conforme previsão contida na redação dada pela Emenda ao art. 114 da CRFB (inciso IX), além da competência já definida nos incisos I a VIII, outras questões oriundas de relações que envolvam trabalho (crimes contra a

* Juiz do TRT da 1ª Região. Doutor em Direito, membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Professor universitário.

organização do trabalho e servidores públicos) poderão vir a ser processadas e julgadas pela Especializada.

Assim, passa a ser objeto de apreciação pela Justiça do Trabalho os danos morais e patrimoniais decorrentes do relacionamento entre empregado e empregador, incluindo-se os acidentes de trabalho, como também a responsabilidade derivada do relacionamento entre o representante comercial, os profissionais liberais, os agenciadores, os empreiteiros e respectivos tomadores de serviços, desde que o trabalho seja executado pessoalmente e de modo não empresarial.

Nesta breve abordagem sobre o tema, nos limitaremos à distinção entre danos patrimoniais e danos morais e à apreciação dos principais aspectos relacionados aos danos morais decorrentes das relações de emprego: definição, classificação, hipóteses, avaliação e regime prescricional.

2 – RESPONSABILIDADE CIVIL E TRABALHISTA

Responsabilidade civil é a relação jurídica consistente no dever garantido por lei, obrigação ou contrato, de reparar, no campo civil, o dano moral ou patrimonial causado por ato próprio do agente ou por pessoa, animal, coisa ou atividade sob a sua tutela.

Responsabilidade trabalhista é o dever de reparar o dano moral ou patrimonial causado a um dos sujeitos da relação de trabalho, em decorrência do vínculo.

O descumprimento das obrigações trabalhistas, o risco inerente à exploração da atividade econômica (art. 2º, *caput*, da CLT) e a proteção do crédito do trabalhador geram a responsabilidade do empregador ou de terceiro garantidor e, conseqüentemente, o dever de compor o dano causado, quer o moral, quer o patrimonial.

A responsabilidade trabalhista pode derivar do contrato, como a de indenização consistente na incorporação da gratificação de função, pela reversão do cargo de confiança; de fato pré-contratual ou antecedente ao contrato, como a indenização por danos morais decorrente de discriminação na seleção de candidato a emprego; de fato pós-contratual, como a indenização por danos morais decorrente de informações inverídicas e depreciadoras das qualidades de ex-empregado e de fato extracontratual ou aquiliano, como a obrigação do sindicato de indenizar o empregador pelos prejuízos causados em decorrência de greve abusiva em atividade essencial.

3 – RESPONSABILIDADE TRABALHISTA POR DANOS PATRIMONIAIS

Responsabilidade patrimonial é o dever de reparar prejuízo financeiro causado a bem jurídico constante do patrimônio do lesado. Pode ser do próprio empregador, de garante da dívida ou do Estado.

Exemplo desse tipo de responsabilidade está na reversão do empregado ao cargo de origem após dez anos de exercício de função de confiança. Nos termos do Enunciado nº 372, a percepção de adicional de função por 10 anos faz com que o empregador não possa suprimi-la em caso de reversão ao cargo de origem, muito menos reduzi-la (princípio da estabilidade econômica).

Assim, independentemente do retorno à função de origem, permitida por força do art. 469 da CLT (*jus variandi*), deve ser respeitado o princípio da estabilidade econômica, importando assim na composição do prejuízo patrimonial através da incorporação da diferença entre os ganhos numa e noutra função, com os reflexos pertinentes.

Outros exemplos podem ser citados: indenização pela dispensa nos 30 dias antecedentes ao reajuste da data-base, indenização pelo não fornecimento de guias do seguro-desemprego, indenização por falta de cadastramento no PIS, indenização pelo aviso prévio não concedido, indenização pela mora ou inadimplemento das parcelas rescisórias e indenização pela diminuição da zona de trabalho do vendedor comissionista.

4 – RESPONSABILIDADE TRABALHISTA POR DANOS MORAIS

Responsabilidade por dano moral consiste no dever de composição do dano físico ou psicológico imposto à pessoa humana, ao bom nome da pessoa jurídica ou ainda aos valores culturais de certa comunidade.

5 – CLASSIFICAÇÃO DO DANO MORAL TRABALHISTA

Os danos morais trabalhistas podem ocorrer por ofensas:

1) De natureza individual:

1.1) Por ofensas aos atributos valorativos da personalidade (à integridade moral da pessoa humana e ao bom nome da pessoa jurídica). São as violações à honra, à imagem;

- 1.2) Por ofensas aos atributos físicos ou “materiais” da personalidade (à integridade física da pessoa humana). São as violações à vida, saúde, subsistência, liberdade pessoal ou de locomoção;
- 1.3) Por ofensas aos atributos espirituais da personalidade (à integridade psicológica da pessoa humana). São as violações à intimidade, vida privada, igualdade, liberdade sexual, autoria científica e artística.

Os danos morais de natureza individual podem ser subjetivos ou interiores, quando avaliados em relação à sua repercussão no próprio ofendido (dores d’alma), e objetivos ou exteriores, quando pertinentes à projeção social das ofensas, ou seja, a sua repercussão em relação ao meio social.

2) De natureza coletiva:

- 2.1) Aos direitos fundamentais metaindividuais trabalhistas.

6 – DANOS MORAIS EM ESPÉCIE

6.1 Por ofensas ao direito à intimidade

Intimidade é a esfera secreta da vida do sujeito do direito, que deve ficar livre de intromissão alheia. Corresponde aos sentimentos, desejos, pensamentos, opções sexuais, políticas e religiosas, pelo que são proibidas quaisquer atividades tendentes a invadir essa zona espiritual.

São formas de ofensa à intimidade a revista íntima e o controle visual (vídeo) e auditivo (escuta) não autorizados ou invasivos.

Sobre a revista íntima, o art. 373-A, VI, da CLT, a proíbe em relação às mulheres. Por interpretação extensiva, também é vedada aos trabalhadores do sexo masculino.

Assim, se o empregador resolve revistar de forma íntima os trabalhadores do sexo feminino ou masculino, quer desnudando-os, total ou parcialmente, quer servindo-se de cabines ou de aparatos eletrônicos como câmeras em vestiários, em princípio tais procedimentos são suscetíveis de provocar responsabilidade pelos danos que vierem a ser causados pela invasão da intimidade e humilhação impostas ao trabalhador.

Ocorre que, em determinadas atividades, a revista é defendida como meio de coibir furtos, pelo que a adoção da revista aleatória (não generalizada)

e responsável (feita respeitosa e reservadamente por pessoa do mesmo sexo), defendida por muitos como meio imprescindível de coibir furtos em certas atividades empresariais, pode justificar o procedimento.

A verificação empresarial de perfil de trabalhador no Orkut constitui invasão de intimidade. Cabe ao empregador, querendo, obter do trabalhador as informações cabíveis.

6.1.1 O uso do e-mail no trabalho

Relativamente ao uso da correspondência eletrônica no ambiente de trabalho, tem-se que o direito à intimidade do empregado não retira do empregador o poder diretivo destinado à viabilização do contrato e do desenvolvimento normal da atividade empresarial. Se o equipamento colocado à disposição do empregado, verdadeira ferramenta de trabalho de uso corporativo, é destinado à realização do serviço que o contrato tem por objeto, não se justifica a sua utilização com abuso ou desvio de finalidade, por exemplo, para a disseminação de vírus de computador, divulgação de informações sigilosas, distribuição de fotos pornográficas e congestionamento da rede ou uso do computador para assuntos particulares, como *downloads* de piadas, de papéis de parede/protetores de tela e de animações, trocas de arquivos de interesse particular e acompanhamento de atividades do programa de televisivo *Big Brother*.

Com base na confiança recíproca que deve nortear a relação de emprego, é recomendável, contudo, que o empregador exerça a vigilância com prévio aviso e de forma generalizada e impessoal, passando à verificação material somente em caso de urgência (necessidade de acesso a determinada informação institucional na ausência do empregado) ou de fundadas suspeitas de má utilização.

Quanto ao *e-mail* pessoal do trabalhador e outras ferramentas de comunicação particular (MSN, Orkut, ICQ, Skype), acaso por ele utilizados no trabalho através de recursos institucionais do empregador, *por se tratar de correspondência de cunho pessoal, que não é aberta à comunidade*, somente por razões circunstanciais e mediante prévia autorização judicial pode ser aberta, respondendo o empregador, contudo, pelos eventuais prejuízos causados ao trabalhador.

O fato de a Constituição da República autorizar para a obtenção de prova em processo penal não significa, no nosso entendimento, que outro deva

ser o procedimento em relação ao processo civil ou ao processo do trabalho, ou que não caiba sequer a obtenção da prova mediante prévia permissão judicial.

6.2 Por ofensa ao direito ao recato ou vida privada

Vida privada é a vida interior, referente à pessoa, aos componentes de sua família e amigos, que caracterizam o modo do indivíduo viver a própria vida. O resguardo à indiscrição alheia quanto ao modo de vida é um direito inviolável, nos termos do art. 21 do CC e 5º, XI, da CR.

O relacionamento familiar, o tipo de amizades e envolvimento que se mantém, os lugares que se frequenta e as preferências que o sujeito manifesta não podem ser desnudados.

O indivíduo pode agir para fazer cessar a invasão, ou preventivamente para impedi-la.

Inviolabilidade de domicílio, liberdade de associação e de exercício do trabalho são formas de proteção à vida privada.

A utilização de meios eletrônicos para perscrutar a privacidade alheia, o uso de binóculos, escutas ou máquinas fotográficas e outros meios de intromissão são ofensivos.

A invasão presencial ou virtual da vida privada da pessoa, o seu relacionamento familiar, o tipo de amizades que mantém e os lugares que frequenta, enseja a caracterização de dano moral, o mesmo ocorrendo proibir o seu relacionamento íntimo com pessoa que trabalhe na mesma empresa ou coibir as suas preferências sexuais.

Assim, quando o empregador, visando verificar a adequação de certo empregado para um cargo em promoção, resolve abusivamente investigar a vida privada do empregado, o seu relacionamento familiar, o tipo de amizades que mantém e os lugares que frequenta, enseja a caracterização de dano moral, o mesmo ocorrendo quando se intromete na vida particular do empregado, interferindo nos relacionamentos do empregado ou a frequência a certos lugares.

6.3 Por ofensa ao direito à liberdade sexual. Assédio sexual

O indivíduo tem o direito de viver a própria sexualidade, com liberdade de escolha de suas preferências, parceiros e oportunidade de se relacionar. A

liberdade de disposição do próprio corpo somente é vedada quando importar em diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes (art. 13 do Código Civil).

Caracterizam o assédio sexual os vários comportamentos do empregador ou de prepostos dele que, abusando da autoridade inerente à sua função ou condição, pressionam o empregado para a obtenção de favores sexuais. O valor atingido pelo assédio sexual é a liberdade.

O constrangimento imposto tolhe a liberdade de escolha do parceiro e do momento, causando humilhação e ofensa à dignidade. Pode ensejar o rompimento do contrato por culpa patronal com as reparações patrimoniais inerentes, sem prejuízo da composição pelo dano compensatório da dor sentimental.

Para que o assédio sexual se configure, é preciso: a) sujeitos (assediante empregador ou preposto, e assediado empregado ou empregada); b) posição de ascendência do assediante em relação ao assediado; c) conduta coativa, através de chantagem ou intimidação, implícita ou explícita, visando à inequívoca obtenção de favores sexuais.

Não ocorrerá assédio sem o exercício da subordinação hierárquica ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função, posto que, de modo contrário, qualquer eventual constrangimento ocorrerá por motivos circunstanciais, não ligados, diretamente, ao trabalho.

Não constituem assédio sexual o galanteio eventual, comentário ou olhar eventual de admiração, respeitosos e exercidos sem qualquer tipo de pressão. Em tais hipóteses, a conduta coativa não estará presente.

O abuso sexual, que é praticado com violência física, não é exercido através de pressão psicológica, um dos elementos de configuração do assédio. O abuso retira da vítima a resistência, mas por meio do emprego da força ou pressão física e dá ensejo a outro tipo de ofensa, igualmente repudiável e também compositiva via dano moral, sem prejuízo da possibilidade obreira de rompimento do contrato.

A ameaça, meramente circunstancial, com motivos não ligados diretamente ao emprego, por exemplo, quando o empregado chantageia a chefe ou o chefe chantageia a chefiada pretendendo prática de ato sexual sob pena de contar à mulher ou marido, conforme o caso, que o chantageado está saindo com outro, não é assédio sexual, embora, de igual sorte, possa vir a merecer composição por danos morais, sem prejuízo de outras reparações cabíveis.

A partir da Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001, que acrescentou ao Código Penal o art. 216-A, tornou-se crime, punível com detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, “constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”. Podem ser agente ou ofendido homem ou mulher, independentemente da orientação sexual que possuam. Pode a ofensa partir de pessoa do mesmo sexo, ou de pessoa de sexo oposto.

Não concordamos que a aceitação descaracterize a ofensa. A aceitação, quando se verifica, decorre da impossibilidade de escolha de conduta diversa, sob o temor de ocorrência do mal considerável acenado (perda do emprego, da promoção etc.). A vontade, no caso, fica viciada.

Para nós, o chamado assédio sexual ambiental, “caracterizado por incitações sexuais inoportunas, solicitações sexuais ou outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no ambiente em que é intentado” (Pamplona Filho, Rodolfo. *O Assédio Sexual na Relação de Emprego*, LTr, São Paulo, 2001, p. 47), não é assédio sexual e sim assédio moral. O assédio sexual tem por finalidade obter o favor sexual, o que não ocorre na conduta descrita, em que o sexo é apenas pretexto para criar uma situação de constrangimento moral, destinada a diminuir ou desestabilizar uma pessoa.

6.4 Por constrangimentos morais

Afetam a dignidade os constrangimentos impostos pelo empregador ao empregado, mormente perante os colegas de trabalho ou clientes. Tais constrangimentos são moralmente ressarcíveis, eis que ofendem a autoconsideração e/ou a consideração social, expondo a pessoa a situações humilhantes.

É direito da personalidade o respeito à condição pessoal e profissional do trabalhador, constituindo constrangimento moral o comportamento patronal indigno, decorrente do exercício abusivo do poder de comando no tratamento pessoal do empregado.

O constrangimento moral pode revelar-se em único ou em reiterados atos destinados ao exercício abusivo do poder diretivo, visando à desestabilização ou fragilização emocional momentânea ou continuada do empregado. A continuada recebe a denominação específica de assédio moral.

Rigor excessivo, zombarias, ironias, ameaças ao emprego, atitudes de desqualificação ou de exposição das fragilidades, broncas públicas desmedidas, atribuição de realização de tarefas em prazos impossíveis, são veículos de que costuma se servir o ofensor – o empregador ou um superior hierárquico – para simplesmente desrespeitar o empregado ou então para fragilizá-lo. O procedimento continuado desse comportamento, quando ocorre, tem por fim minar, gradativamente, a autoconfiança e auto-estima do trabalhador e, conseqüentemente, desestabilizar a sua integridade física e psíquica.

Ameaças explícitas ou veladas ao empregado para a conservação do emprego ou obtenção de melhorias das condições de trabalho são outros meios de constranger moralmente o empregado.

Também constrange moralmente o empregado o empregador que, servindo-se da idoneidade moral do trabalhador, o coage a usar o próprio nome para pedir empréstimo em favor da empresa, ou servir de avalista, fiador ou depositário de bens.

Caracteriza ainda assédio moral a transferência, para local longínquo ou a atribuição de tarefas incompatíveis com a sua qualificação, em relação ao empregado reintegrado por decisão judicial. A idéia, nesses casos, é dificultar a vida do empregado, provocando um pedido de demissão ou um ato de desatino visando justa causa.

Se o empregador humilha o vendedor diante de outros empregados, dizendo que ele está sendo transferido para local longínquo e onde as vendas são escassas, “para que se mate de trabalhar e morra de fome para aprender”, se lança contra a dignidade do obreiro, provocando-lhe dor, merecedora assim de reparação no campo moral e fazendo nascer um conflito também de natureza trabalhista.

Outras formas de constrangimento moral: expor os empregados ao ridículo, por meio de cartazes com o retrato do trabalhador, com ou sem orelha de burro, atrelado a dizeres como “Pior Vendedor do Mês”; submeter o empregado a vexames, como “dançar na boquinha da garrafa” ou fazer flexões em virtude de mau desempenho de vendas de bebidas ou usar o dia inteiro nariz de palhaço por não ter conseguido alcançar as metas estabelecidas pela empresa; impor a empregadas a obrigação de usar roupas indecentes em postos de gasolina altas horas da noite, por vezes até com exposição ao frio; impor aos empregados a obrigação de adquirir produtos ou mercadorias da empresa; discriminação do dirigente sindical, em razão de sua condição; tentar obter, sob chantagens, confissão.

Note-se que o diretor, gerente, supervisor ou chefe são prepostos da empresa e se submetem os empregados aos constrangimentos acima, responde pelos atos por ele praticados, embora, regressivamente, possa tomar as atitudes cabíveis, afastando o dirigente e buscando o ressarcimento.

6.5 Por ofensas ao direito de igualdade (ou de não-discriminação)

O direito à igualdade está caracterizado no princípio da isonomia, consubstanciado no art. 5º, *caput*, da CRFB. Daí resulta o direito que tem a pessoa de não ser discriminada por motivos de origem, sexo, raça, cor, religião, idade, deficiência física ou outro atributo que caracterize mero preconceito.

Assim, ofende o direito quem viola o art. 373-A da CLT, exigindo exame de esterilidade para admissão ou impondo como condição discriminações como cor, raça ou religião.

O empregador que trata o empregado de forma pejorativa por ter cor negra ou ser do sexo feminino, responde pelo dano moral causado.

O empregador que “persegue” determinado empregado, dispensando-lhe rigor excessivo, em comparação com a conduta observada em relação aos demais, independentemente do assédio moral, pratica ato discriminatório.

Chama-se a atenção para o fato de que nem sempre a composição da discriminação imposta resolve-se com compensação moral pecuniária. O dano verificado pode se limitar ao aspecto patrimonial, como ocorre nas equiparações salariais não implementadas e desvios funcionais destituídos da paga salarial correspondente à função que deveria ser remunerada com o salário maior previsto no quadro.

Obviamente, não constitui discriminação a recusa de candidato deficiente físico para o exercício de função não condizente com necessidades especiais ou para a qual a idade ou o sexo, masculino ou feminino, seja absolutamente relevante.

Aliás, há hipóteses em que o tratamento diferenciado é admitido pela própria lei, por exemplo, quando autoriza a diferença remuneratória em favor do obreiro que não serve de paradigma em virtude de readaptação (art. 461, § 4º, da CLT); quando dá proteção especial à mulher (art. 372, da CLT); quando permite que o mais antigo na função há mais de dois anos perceba salário superior ao mais moderno (art. 461, § 1º, da CLT).

6.6 Por ofensas a direito de imagem

Imagem é o retrato ou conjunto de atributos caracterizadores do perfil de uma pessoa, exteriorizadores de sua personalidade.

Existe a imagem-retrato (representação física da pessoa ou de partes separadas de seu corpo – art. 5º, XXVIII, *a*, da CRFB) e a imagem-atributo da personalidade (conjunto de caracteres ou qualidades cultivadas pela pessoa, reconhecidos socialmente – o conceito de que a pessoa goza perante os demais, art. 5º, X).

Dispõe a lei que a pessoa tem o direito de não ser, sem a sua autorização, divulgado o seu retrato, ou vê-lo comercializado, sem o seu consento (imagem-retrato). O problema da imagem diz assim respeito à sua utilização por outrem, não podendo ser feita sem autorização ou de forma deturpada. A conduta do ofensor pode ou não causar sofrimento ao ofendido, mas nas duas hipóteses estará caracterizada a ofensa moral.

No caso da falta de autorização para a divulgação ou comercialização da imagem-retrato, o valor atingido é a liberdade. A simples falta de autorização, por não ser dada à pessoa a liberdade de escolher se quer ou não ter o seu retrato divulgado ou mesmo comercializado, é que caracteriza a ofensa.

Têm direito a indenização por danos morais os empregados utilizados como veículo de propaganda *indoor* ou *outdoor* de marcas de terceiros, sem o consentimento obreiro ou participação financeira, não obstante o empregador receba patrocínio ou outro tipo de vantagem. Da mesma forma que a falta de liberdade na utilização do trabalho alheio caracteriza trabalho forçado, a falta de liberdade na escolha do parceiro e da prática do ato sexual pretendido por ameaças vindas do superior hierárquico caracteriza assédio sexual, a falta de liberdade na autorização também caracteriza a utilização indevida da imagem alheia.

Assim, além de eventual compensação financeira, o trabalhador faz jus a dano moral decorrente da falta de autorização para a exibição da marca de terceiro em bonés e uniformes de trabalho, destinada ao fomento do consumo, ou seja, como veículo de propaganda da marca alheia.

Já na hipótese de ofensa à imagem-atributo, o valor atingido é o conjunto de caracteres que formam a respeitabilidade do profissional, pelo que se certo empregador despede o seu empregado, sem declinar o motivo e mais tarde passa a dar informações que denigrem a consideração do obreiro perante os futuros interessados em dar-lhe emprego, estará atentando contra a imagem-atributo do empregado.

O acidente que descaracteriza o retrato ou efigie de uma modelo empregada faz com que responda o empregador, se causador do dano, além dos danos patrimoniais, também pelas seqüelas morais provocadas pelo dano estético, quer as relacionadas ao aspecto físico, quer as relacionadas ao aspecto psicológico.

6.6.1 Indenização patrimonial reflexa por danos à imagem

O empregador que retira do trabalhador o poder de auferir, ele próprio ou em participação com o empregador, as vantagens da exibição da marca alheia, deve responder pela ofensa à imagem e pelo dano patrimonial causado (indenização patrimonial pela utilização de imagem).

Em se tratando de uso deturpado da imagem de um ex-empregado, pelo fornecimento de informações irreais e desabonadoras da sua conduta, além da indenização pelo dano moral, é devida indenização por dano patrimonial correspondente a eventuais lucros cessantes, ou seja, ao que o empregado deixa de auferir, por exemplo, salários de emprego ao qual se candidatou com reais chances de admissão e deixou de ser selecionado em virtude das informações incorretas prestadas.

O acidente deformador do rosto de uma modelo empregada provoca dano à sua imagem, porque descaracteriza o retrato ou efigie com a qual se apresentava perante a sociedade e que lhe permitia auferir rendimentos, respondendo o empregador, se causador do dano, além dos danos morais, danos patrimoniais consistentes em despesas de hospital e medicamentos e em lucros cessantes correspondentes aos trabalhos futuros que deixará de auferir.

6.7 Por ofensas à honra

Honra é o conjunto de qualidades que caracterizam o apreço ou respeitabilidade que se tem de uma pessoa na sociedade. Reúne o caráter subjetivo, traduzido no conceito que o indivíduo faz de si próprio ou dignidade por ele experimentada, como o aspecto objetivo, assim considerada a reputação e fama desfrutadas no meio social.

O direito à honra é constitucionalmente protegido (art. 5º, IX, da CF). Sempre que o empregador age de forma a atentar contra a reputação de que o trabalhador desfruta no meio social, atinge a sua honra.

São crimes contra a honra a calúnia, a difamação e a injúria.

Calúnia é a falsa imputação de fato tipificado como crime, enquanto difamação é a imputação de fato determinado e não criminoso, mas dolosamente

utilizado de forma a ofender a reputação (art. 139 do Código Penal) e injúria é a imputação inespecífica de fato ofensivo da dignidade ou do decoro (art. 140 do Código Penal), sendo portanto desimportante, no último caso, a comunicação a terceiro, bastando a percepção pelo ofendido.

Se o empregado é despedido sob a pecha, infundada, de embriaguez habitual, estará caracterizada a difamação; se é acusado de subtração, igualmente infundada, de valores da empresa, estará configurada a calúnia; finalmente, se o empregado, casado, é injustamente acusado de práticas extraconjugais, será caso de injúria.

Assim, qualquer alegação infundada, que atinja a reputação do trabalhador, enseja a reparação por danos morais, sem prejuízo, como visto, da reparação patrimonial.

A reparação por danos morais pode, no caso, consistir em valor pecuniário, em publicações ou cartas de retratação ou nas duas providências, cumulativamente.

6.7.1 Indenização patrimonial reflexa por ofensa à honra

De acordo com a CLT, a ofensa à honra caracteriza grave descumprimento de obrigação contratual e enseja o rompimento do contrato (art. 482, *j*, e 483, *e*, da CLT), com os efeitos patrimoniais decorrentes (para o empregado, direito de haver as parcelas previstas em virtude do rompimento contratual e para o empregador, o direito de não indenizar o empregado).

Agora, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, fica claro que as partes têm o direito de postular perante a Justiça do Trabalho indenização pelos danos morais decorrentes, sem prejuízo de eventuais danos patrimoniais não previstos como parcelas inerentes ao rompimento contratual, por exemplo, quando em virtude da repercussão do dano causado à honra do trabalhador, ele fica impossibilitado de obter nova ocupação.

6.8 Dano moral coletivo

Dano moral coletivo, nas relações de trabalho, é a lesão aos direitos fundamentais de uma comunidade de trabalhadores, por exemplo, a ofensa generalizada do empregador, decorrente do vínculo de trabalho, a grupos de trabalhadores.

São inúmeras as hipóteses em que o empregador pode agredir esses direitos fundamentais de comunidades de trabalhadores: quando indiscrimina-

damente promove trabalho escravo, forçado ou ainda de menores de 16 anos; quando, deliberadamente, não cumpre as normas de segurança e medicina do trabalho, colocando em risco a saúde e a vida do trabalhador; quando promove atos discriminatórios às mulheres, por exemplo, imposição de intervenções para esterilização como condição de continuidade do vínculo; quando, de forma generalizada, promove causas simuladas para acordos de rescisão ou a obtenção, por ocasião e como condição da contratação, de assinaturas em branco de termos de quitação; quando discrimina por sexo, raça e religião nas admissões; quando atinge grupo de trabalhadores por racismo ou preconceitos; quando o empregador pratica atos atentatórios da liberdade sindical ou do direito de greve.

Essas ofensas podem ferir interesses puros, que retratam situações individuais, mas também, nos termos do art. 81, parágrafo único, do CDC: a) interesses ou direitos difusos, assim entendidos, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam *titulares pessoas indeterminadas* e ligadas por circunstâncias de fato (interesses de pessoas dispersas, como ocorre com a empresa pública que não realiza concurso para o preenchimento de quadro funcional, servindo-se de mão-de-obra terceirizada para o desenvolvimento de sua atividade-fim); b) interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais de natureza indivisível de que seja *titular grupo, categoria ou classe de pessoas* ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (interesses de pessoas determinadas, ligadas por laços associativos, como ocorre com o impedimento patronal ao exercício do direito de greve); e, c) interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os que, *embora individuais, são identificáveis com os de outros trabalhadores na mesma situação, por terem origem comum* (a partir de um só ato patronal, a lesão atinge um sem-número de trabalhadores, que podem agir coletivamente por lhes ser comum o interesse: um só interesse, o mesmo, os une, homogeneizando o direito, como ocorre no caso da alteração prejudicial de norma regulamentar de concessão de complementação de aposentadoria dos empregados de uma empresa).

Os direitos individuais podem ser puros e homogêneos. São puros os contidos em pleitos como reintegração em virtude de gravidez, promoção, equiparação salarial e punições disciplinares, que retratam situações individuais; são homogêneos como ocorre com as diferenças salariais decorrentes de planos econômicos, as diferenças de FGTS decorrentes de expurgos inflacionários, as decorrentes de descumprimento de norma coletiva e, como já observado, a alteração prejudicial de norma regulamentar de concessão de complementação de aposentadoria.

O dano moral coletivo – que atinge uma classe de trabalhadores – é merecedor de tutela, cabendo, na Justiça do Trabalho, ao Ministério Público, por meio da Ação Civil Pública, na tutela dos interesses sociais ou difusos, individuais de incapazes e homogêneos, a titularidade da ação visando o provimento inibitório e a compensação do prejuízo moral.

Também o Sindicato pode promover a Ação Civil Pública na defesa dos interesses coletivos da categoria, assim como associações profissionais (formalizadas) de trabalhadores nas empresas.

As ações pertinentes têm por fim inibir o ofensor, proteger a coletividade contra investidas do gênero e buscar compensação moral de natureza coletiva, sem prejuízo da responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, caso da imposição de indenização aos consumidores pela omissão de informações sobre a periculosidade do produto ou da inibição à prestação de trabalho escravo, forçado ou prestado em ambiente que não oferece condições mínimas de segurança ou de higiene.

No tocante aos interesses individuais homogêneos, como o acionamento coletivo não inibe a ação individual, a legitimação é extraordinária, atuando o legitimado coletivo em nome próprio, na defesa de interesse alheio e de forma concorrente. No concernente aos interesses difusos e coletivos, a legitimação não é extraordinária e sim autônoma, posto que falece aos integrantes da comunidade legitimação para agir (Melo, Raimundo Simão de. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2002).

No caso do dano moral coletivo, a indenização deve ser revertida em benefício da comunidade atingida, por exemplo, ao fundo de amparo ao trabalhador e o provimento inibitório deve ser proferido mediante o pagamento de astreintes.

A indenização fixada não impede a postulação de indenização de natureza individual, acaso cabível e acaso devida.

6.9 Por ofensas à vida, saúde, subsistência, integridade física (incluindo o dano estético) e liberdade pessoal

Direito à vida é o direito à existência, enquanto direito à integridade física é o direito à incolumidade do corpo humano. Ambos são protegidos pela Constituição (art. 1º, III e 5º, III), pelo Código Civil (arts. 13 e 15) e pelo Código Penal (arts. 121 a 124 e 129 a 136).

A indenização por ofensa à liberdade pessoal (cárcere privado, prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé e prisão ilegal) e de trabalho (trabalho

forçado, trabalho escravo) consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, fixará o juiz indenização que entender justa conforme as circunstâncias do caso (art. 954, *caput*, e parágrafo único).

O empregador que resolve confinar o empregado em ambiente cercado de seguranças, visando obter confissão de algum fato faz justiça com as próprias mãos e deve responder pelos danos morais causados em decorrência do cárcere privado a que submeteu o trabalhador.

6.10 A imposição de privações. Trabalho forçado, escravo ou qualquer outra condição degradante

Assim como para ter direito à existência o menor necessita de alimentos, o trabalhador, para subsistir, razão mesma do caráter alimentar do salário, precisa receber a contraprestação devida e em patamar ao menos igual ao mínimo legal, quando não ajustado outro, em valor superior.

O inadimplemento contratual, por si só, não configura dano moral, por exemplo, quando o empregador deixa de fazer os depósitos do FGTS em princípio, não agride a dignidade do trabalhador, mas se o submete a condições degradantes de trabalho, deixando propositadamente de pagar o salário do empregado ou subtraindo-lhe o direito ao recebimento das parcelas mínimas do rompimento contratual, como seguro-desemprego e FGTS, para lhe impor uma situação de penúria e humilhação pessoal e social, facilitadora de futuro acordo judicial, temos que é moralmente reparável o abalo sentimental.

De igual sorte, quando exige trabalho forçado (escravo) ou submete o trabalhador a qualquer outra situação subumana, desumana ou degradante de trabalho, obrigando o trabalhador a fazer uso de andaime sem fornecer-lhe qualquer proteção ou equipamento de segurança.

Aliás, o art. 5º, XIII, da CRFB estatui a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e o inciso XLVLL, alínea *c*, do mesmo diploma, veda a fixação de pena de trabalhos forçados, sendo que o art. 149 do Código Penal criminaliza o trabalho escravo.

6.11 Acidente do trabalho

A Constituição da República assegura aos trabalhadores o direito ao seguro contra acidentes de trabalho, além da indenização, a cargo do empregador, quando incorrer em dolo ou culpa (art. 7º, XXVIII).

A reparação infortunistica a cargo da previdência, proveniente do seguro obrigatório, decorre da teoria do risco integral, de natureza objetiva, sendo devida mesmo nos casos de culpa da vítima, mas tal reparação independe da responsabilidade do empregador pelos danos, na interpretação literal da lei, causados por dolo ou culpa; portanto, de natureza aquiliana ou subjetiva (art. 7º, XXVIII, da Constituição da República). Independe, porque o seguro é pago em virtude dos riscos normais do trabalho, enquanto a indenização patronal decorre de riscos provocados pelo empregador.

Assim, em caso de soterramento de operário por culpa do empregador, é devida a indenização a quem sofreu a perda, independentemente do benefício previdenciário. Já em caso de atropelamento ocorrido no trajeto do trabalho para a casa, indevida é indenização por danos morais e materiais, por ausência de culpa da empregadora, embora devido o benefício previdenciário.

A indenização de seguro acidentário deve ser postulada na Justiça Comum, mas a reparação decorrente do complexo e da exclusão social advindos da perda, deformação ou paralisia de membro, quando decorrentes da relação de emprego, deve ser buscada na Justiça do Trabalho, assim também os danos patrimoniais decorrentes de eventuais lucros cessantes (por exemplo, a diferença entre eventual benefício previdenciário e o numerário que o empregado auferiria ou concretamente poderia auferir se trabalhando estivesse).

Responde o empregador pelos acidentes típicos; pelas doenças ou enfermidades ocupacionais, assim entendidas as provocadas pelo exercício da profissão (doenças profissionais) ou das circunstâncias da realização do serviço ou do ambiente de trabalho (doença do trabalho); e, pelas concausas, que são, por força de lei, consideradas como acidente do trabalho (arts. 20 e 21, da Lei nº 8.213/1991).

O empregador que resolve, em local de extrema insegurança, contratar um vigia desarmado para trabalhar sozinho à noite e este vem a falecer em virtude de assalto ao negócio, responde pelos danos decorrentes do acidente de trabalho causado pela negligência ou imprudência de não contratar pessoal especializado (vigilância armada).

Embora abrangido o tempo de deslocamento *in itinere* para efeito de caracterização de acidente de trabalho, de ordinário não responde o empregador, exceto quando for, direta ou indiretamente, responsável pelo acidente de trajeto.

A lei exclui do conceito de doença do trabalho e, conseqüentemente, da caracterização de acidente do trabalho: a doença degenerativa; a inerente a grupo etário; a não produtora de incapacidade laborativa (a que provoca o

afastamento do trabalho); e a doença endêmica, não relacionada à natureza do trabalho (§ 1º do art. 20 da Lei nº 8.213/1991).

São concausas, equiparáveis ao acidente de trabalho, outras causas que, juntando-se à principal, contribuam diretamente para a morte do segurado, para a redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação (art. 21, I, Lei nº 8.213/91), como um erro médico, a superveniência de infecção hospitalar ou a preexistência de diabetes complicadora do quadro geral da vítima. O empregador responde pelo resultado, independentemente de não ter sido o causador das concausas.

Cabe ao empregador emitir a CAT (comunicação de acidente de trabalho), encaminhando à Previdência Social o segurado acometido de acidente típico, doença ocupacional ou fato equiparado a acidente (art. 22). Além das infrações administrativas, responderá o empregador pelos danos materiais decorrentes da omissão até a regularização da concessão do benefício previdenciário, independentemente dos danos morais infligidos, ainda mais quando a recusa da comunicação derivar de falta de anotação da CTPS.

Responde objetivamente o empregador pelos danos causados ao empregado por companheiros de trabalho ou terceiros, contra quem pode mover ação regressiva visando o ressarcimento. No nosso entender, cabe indenização contra o empregador pelas seqüelas causadas ao empregado em decorrência do exercício do trabalho em atividades de risco, como bancos e usinas nucleares. Seria um contra-senso imaginar que o empregador responde objetivamente pela morte do cliente e pela morte do caixa, somente em caso de culpa ou dolo. Se o Direito foi feito para ser realizado, não se pode conceber interpretação literal ao texto constitucional, muito menos discriminatória. A regra é a responsabilidade subjetiva, mas não estão presentes no texto constitucional as limitações impostas por expressões como “somente”, “em nenhuma hipótese”, ou outras do gênero ao referir-se à responsabilidade do empregador por culpa ou dolo. Nas hipóteses de desenvolvimento de atividade de risco, a responsabilidade do empregador é a mesma que teria em relação ao cliente, colocado na mesma situação: objetiva.

Exclui a responsabilidade do empregador o fortuito externo: o trabalhador que, prestando serviços em rede elétrica, vem a falecer em virtude de vir a ser atingido por um raio.

Também a exclui a sua culpa exclusiva, por exemplo, quando descuida das normas de segurança e vem a ser atingido pela queda de um tijolo ou fica

cego em virtude de respingo de produto químico em decorrência de inobservância exclusivamente sua quanto às normas de procedimento.

Finalmente, nos casos de responsabilidade subjetiva, exclui a culpa do empregador o fato de terceiro.

Caso interessante foi decidido pela 6ª Turma do TRT da 1ª Região. O serviço de certo empregado de uma fábrica de bebidas consistia em limpeza de tanques já esvaziados após banho de soda cáustica e ácido muriático. Sucedeu que, após passagem de turno, o empregado abriu a escotilha de um dos tanques e recebeu um banho dos produtos químicos acima mencionados, vindo a ter 90% do corpo queimado e a falecer depois em decorrência das seqüelas experimentadas. Ouvidos vários informantes, apurou-se na delegacia que o empregado era treinado à realização do serviço e que, por negligência ou imprudência dele, o evento teria ocorrido. Ajuizada a reclamação trabalhista pelo espólio, ouviu-se das testemunhas das partes que antes e depois do evento alguns incidentes ocorreram em relação àquele tanque, que precisou ser consertado, porque a escotilha revelou-se defeituosa.

Ora, a atividade da empresa, relativamente à lavagem dos tanques, era de risco empresarial. Se o falecido era treinado para a realização do serviço e se a escotilha revelou-se defeituosa, a única excludente cabível seria a “culpa” exclusiva da vítima, que a empresa não comprovou, pelo que se considerou devida a indenização por danos morais e materiais.

Em outra ação, reexaminada pela 6ª Turma do TRT da 1ª Região, apurou-se que certa empregada, acometida de LER/DORT, doença profissional comprovadamente adquirida após anos de trabalho na empresa, foi dispensada. E que o empregador tinha ciência da doença, não tendo tomado as providências necessárias de encaminhamento da autora a tratamento adequado. Com isto, a autora terminou experimentando uma seqüela permanente e ficou incapacitada de trabalhar.

Ora, em se tratando de empresa que tem por finalidade exclusiva serviços de digitação permanente a cargo dos empregados, a referida doença é freqüente, sendo necessário que o empregador providencie, além de condições adequadas, monitoramento destinado a evitá-la ou minimizar os efeitos. Na hipótese, incide o risco empresarial da atividade desenvolvida, previsto no art. 2º, *caput*, da CLT c/c 927, parágrafo único, do Código Civil.

Conclui-se assim que a incapacidade permanente para os atos mais corriqueiros e movimentação dos braços gerou duas espécies de dano moral, físico e psicológico, a merecer composição, agravada pela inércia da empresa e, finalmente, pelo ato desumano de dispensar a empregada em tais condições.

No acidente de trabalho, o dano material é decorrência do dano moral. Da lesão à integridade ou vida do trabalhador, bens jurídicos merecedores de indenização pura, porque a ofensa extingue a existência ou a capacidade para o trabalho, resultam as despesas médicas, medicamentos, funeral e os lucros cessantes, como os ganhos deixados de receber em virtude do infortúnio (indenização reflexa).

A extinção da existência da pessoa provoca sofrimento à família, privando-a do convívio e, muitas vezes, do conforto material propiciado. Já a lesão à integridade pode provocar incapacidade temporária ou definitiva, afetando a auto-estima e provocando aflições ou complexos, ou mesmo o sentimento de impotência e desgosto, como ocorre em caso de perda de membro.

6.11.1 Indenização patrimonial reflexa em decorrência de acidente do trabalho

Nos termos dos arts. 948 e 950 do Código Civil, a vítima ou a família têm direito às despesas de tratamento até final convalescença ou ao ressarcimento do gasto com funeral e luto, sem prejuízo de outras despesas, por exemplo, desembolso de remoção.

Além do dano emergente, também os ganhos futuros cessados devem ser recompostos, observada a vinculação a uma concreta expectativa de ganhos. Se a promoção era certa, prevista por antiguidade em quadro de carreira, o aumento correspondente deve ingressar nos cálculos; se era incerta, uma mera aspiração, não.

No caso de homicídio, a indenização consistirá, além de outras reparações cabíveis, no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto de família; na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a sobrevivência que possuía (art. 948, I). A compensação do ressarcimento deverá dar-se sob a forma de pensionamento aos beneficiários, com constituição de capital para a garantia do cumprimento da prestação alimentícia (art. 629 do CPC).

No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas de tratamento médico, dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além dos danos morais.

Se da ofensa resultar defeito impeditivo ou diminutivo da capacidade de trabalho, será acrescentada uma pensão ou indenização correspondente à importância do trabalho para o qual o ofendido ficou inabilitado, ou da depreciação que ele sofreu (arts. 949 e 950 do Código Civil). O parágrafo único do

art. 950, aplicável ao *caput* do art. 950, faculta ao prejudicado exigir o pagamento integral, em vez do pensionamento.

São beneficiários da pensão os que sofrem prejuízo em virtude da morte da vítima: os sucessores da vítima (descendentes, cônjuge, companheiro, ascendentes) os demais beneficiários do sustento que era proporcionado pelo falecido, como o cônjuge anterior e terceiros dele dependentes.

7 – AVALIAÇÃO E COMPOSIÇÃO DO DANO MORAL

O sistema brasileiro não exige a necessidade de repercussão econômica para a indenizabilidade pecuniária do dano moral (art. 5º, X, da CR).

O art. 12 do CC estatui que se pode exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Os arts. 948 e 940 do CC estabelecem a indenizabilidade do dano patrimonial nos casos de homicídio e de ofensa à saúde, ressalvando a possibilidade de obtenção de dano compensatório da dor íntima.

A Lei de Imprensa fixou um teto máximo para as hipóteses de dano com culpa (art. 51) e o Código de Telecomunicações prevê, para indenizações que variam de 5 a 100 salários mínimos e que se levem em consideração a posição social ou política do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa (art. 84, § 1º), mas os arts. 953 e 954 do Código Civil de 2002, posteriores àquela legislação, determinam que, nos casos de injúria, difamação, calúnia e ofensa à liberdade pessoal, a lei manda indenizar os prejuízos patrimoniais e, equitativamente, os morais (arts. 953 e 954 do CC).

Enfim, o direito brasileiro adota o sistema aberto de fixação da indenização do dano moral, cabendo assim ao magistrado fixá-la, no exercício do poder discricionário conferido pela lei para o desiderato.

Assim, verifica-se a necessidade do estabelecimento de parâmetros que orientem a fixação do valor em pecúnia.

7.1 Princípios informativos da fixação

Nos termos do art. 944, *caput*, e parágrafo único, do Código Civil, a indenização deve ser avaliada segundo os critérios da extensão do dano e da proporcionalidade da culpa em relação ao dano.

Contudo, há casos em que a reparação *in natura* ou utilização de equivalente prático, se possível, pode se revelar mais eficiente, como a imposição de publicação de retratação patronal em jornais de grande circulação, destinada a recompor a boa imagem ou reputação.

Por outro lado, é preciso estabelecer o que deve ser razoavelmente considerado na avaliação da extensão do dano e proporcionalidade da culpa em relação ao dano.

Finalmente, a indenização deve ser significativa, segundo as condições pessoais do ofensor e do ofendido, inibir outras investidas do ofensor e dar exemplo social.

Pensamos, assim, que devem informar a fixação dos danos morais:

- a) o princípio da preferência pela reparação *in natura* ou equivalente prático, se possível, tempestiva e suficiente;
- b) o princípio da extensão do dano (integralidade da indenização);
- c) o princípio da razoabilidade (para a delimitação proporcional à parcela de culpa, intensidade e duração da dor, repercussão da ofensa e condições pessoais do ofensor e do ofendido).
- d) o princípio da tripla função: caráter compensatório, dissuasório e exemplar.

A indenização não tem caráter retributivo ou reparatório, e sim compensatório. Como é impossível eliminar os efeitos do agravo ou sofrimento à pessoa, a fixação em dinheiro, dada a importância econômica que ele representa, funciona como lenitivo, compensando assim, de alguma forma, o dano causado.

Na fixação, deve ser buscado um montante capaz de dar uma resposta social à ofensa, para servir de lenitivo para o ofendido, de exemplo no plano social e de desestímulo a novas investidas do ofensor.

7.2 Fixação pecuniária da indenização por danos morais

Partindo de projeto de lei proposto pelo Senado (nº 150/1999) e dele abstraindo os limites pecuniários estabelecidos e considerando como agravantes ou atenuantes os aspectos mencionados nos critérios gerais ali referidos, passamos a considerar o seguinte roteiro geral no estabelecimento de valor pecuniário em montante capaz de mensurar ou dosar os diversos aspectos da ofensa moral:

DOCTRINA

- a) Em relação à natureza da ofensa, a consideração:
 - a.1) Da intensidade ou grau de culpa (parágrafo único do art. 945 do CC);
 - a.2) A concorrência de culpa (art. 945 do CC);
 - a.3) A gravidade objetiva da ofensa (relevância ou teor de bem jurídico atingido);
- b) Em relação aos efeitos da ofensa, a consideração:
 - b.1) Da dor da vítima (a intensidade ou grau do sofrimento ou humilhação);
 - b.2) Dos reflexos pessoais e sociais do ato (repercussão objetiva e subjetiva da ofensa);
 - b.3) Da extensão e duração da conseqüências da ofensa (permanência ou temporalidade do dano – possibilidade de superação física ou psicológica da ofensa);
- c) Em relação às circunstâncias da ofensa, a consideração:
 - c.1) Da situação social, política e econômica das pessoas envolvidas;
 - c.2) Dos meios utilizados para possibilitar a ofensa;
- d) Em relação ao arrependimento, a consideração:
 - d.1) Da existência de retratação espontânea;
 - d.2) Do efetivo esforço para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso.

Passemos à rápida análise.

A intensidade da culpa deve ser levada em consideração. Quem provoca querendo o resultado (dolo), deve responder com valor maior do que aquele que por imprudência ou negligência termina provocando a ofensa. E o mais negligente deve responder em montante maior do que o menos negligente, porque mais intensa a sua culpa no evento.

A gravidade da ofensa também deve ser apreciada: ofensa mais grave, como a morte do trabalhador, em confronto com a perda de um membro, deve desafiar resposta maior, ou seja, indenização mais elevada; da mesma forma, ofensa mais duradoura, como a perda de um membro em decorrência de acidente de trabalho por culpa do empregador, em confronto com a fratura de uma perna também por acidente de trabalho culposo.

Dependendo dos meios e instrumentos utilizados, ou do ambiente em que se dá a ofensa, o dano pode ter maior ou menor repercussão, como ocorre se utilizados meios de comunicação como jornais, televisão e internet.

Fatores como popularidade e posição ocupada pelo ofendido (por exemplo, um diretor em uma empresa ou um artista de televisão) podem influir na maior ou menor extensão dos efeitos.

Quando se diz que as condições pessoais dos envolvidos influem na indenização, é porque a condição social, econômica, cultural, o grau de discernimento, o estado civil, o sexo, o modo de vida e a notoriedade dos envolvidos devem ser considerados na sua fixação. Uma cicatriz no rosto de quem vive da imagem, como é o caso de uma modelo, por certo atinge a vítima de forma mais intensa, devendo ser mais significativa a indenização.

A possibilidade econômica deve ser levada em consideração quando da fixação da compensação financeira, não podendo revelar-se insignificante para as condições econômicas do ofensor. Uma indenização de 5 (cinco) salários mínimos como forma de coibir revistas íntimas numa grande empresa pode se revelar inútil e ela até preferir assumir o risco, porque poderia sairia mais barato do que os danos materiais causados por eventuais furtos. A reparação precisa ser significativa para cobrir os três aspectos apontados: lenitivo, dissuasório e exemplar.

A compensação deve ser estipulada de forma exemplar, de forma a inibir o ofensor quanto a novas investidas, recompor a consideração social ou a dignidade pessoal ofendida e servir como lenitivo para aplacar a dor íntima do ofendido, consideradas a condição pessoal das partes, a intensidade da culpa e a extensão do dano.

Há decisões que levam em consideração o tempo de serviço do obreiro. Pode ser um parâmetro auxiliar na fixação, mas não necessariamente. Por exemplo, pouco importa se o trabalhador tinha um mês ou dez anos de casa, se o dano psicológico a ser composto decorre da perda de uma perna por culpa do empregador, mas pode servir de agravante quando a honra de um empregado com 10 (dez) anos de tempo de serviço e folha imaculada é injustamente ofendida pelo empregador.

Há também decisões que partem do pressuposto de que a indenização deve ser pequena quando uma revista íntima não causa maior repercussão. Ocorre que o bem violado é a intimidade e não a honra, pelo que a pouca repercussão é totalmente desimportante como parâmetro limitador.

8 – PRESCRIÇÃO DOS DANOS MORAIS

Prescrição é a perda do poder de exigir, no plano jurídico, o cumprimento de um dever jurídico, pelo não exercício dessa pretensão, num determinado prazo, estabelecido pelo legislador.

Em se tratando de direitos decorrentes de cumprimento de dever jurídico por parte de outrem, admitindo assim violação, o direito será subjetivo de prestação desse dever jurídico, com início do prazo de exercício a partir da violação (Amorim Filho, Agnelo in *Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis* – Revista Forense, 193-30, e Guimarães, Carlos da Rocha. *Prescrição e Decadência*. 2. ed., Forense, 1984).

O prazo prescricional difere assim do decadencial, que atinge o poder de criar, modificar ou extinguir direitos ou relação jurídica, a exemplo daquele contido no art. 394 da CLT.

São atingidas pela prescrição pretensões patrimoniais e extrapatrimoniais: à satisfação da gratificação natalina, à percepção do salário, à concessão e remuneração de férias anuais, à fixação da data das férias vencidas e não concedidas, apesar de já remuneradas, à inibição a ato de discriminação no ambiente de trabalho.

O revogado Código Bevilacqua, de 1916, fazia a distinção entre direitos patrimoniais e extrapatrimoniais para efeitos prescricionais, vedando o conhecimento, de ofício, da prescrição de direitos patrimoniais.

O Código Reale, de 2002, deixou de lado a distinção entre direitos patrimoniais e não-patrimoniais para efeito de conhecimento independentemente de requerimento, passando a permitir o conhecimento judicial, de ofício, apenas quando a prescrição beneficiasse incapazes.

A Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, que entrou em vigor em 17 de junho de 2006, revogou, expressamente, o art. 194 do Código Reale e, alterando o § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, enuncia que agora cabe ao juiz pronunciar, de ofício, a prescrição.

Assim, o conhecimento da questão não mais depende de requerimento da parte interessada, porque não mais importa, para esse fim, se o direito envolvido beneficia pessoa capaz ou incapaz, ou se ele é patrimonial ou extrapatrimonial.

Em razão da modificação, sem previsão residual, da competência para apreciação dos acidentes do trabalho pela Justiça do Trabalho, indaga-se se

será aplicável o regime prescricional civil ou o trabalhista em relação às novas causas e as anteriores à EC 45/2004.

Temos observado os seguintes posicionamentos:

- a) o direito é imprescritível;
- b) a prescrição aplicável é a civil, de 10 anos;
- c) a prescrição aplicável é a civil, de 3 anos;
- d) a prescrição aplicável é a civil, de 20 ou 10 anos, para as causas anteriores à EC 45/2004 e a trabalhista para as posteriores;
- e) a prescrição aplicável é a trabalhista.

Os fundamentos respectivos são os seguintes:

- a) o direito tutelado é personalíssimo e a prescrição trabalhista prevista na Constituição é aplicável aos créditos trabalhistas.
- b) não se tratando de crédito e sendo omissa a lei trabalhista, aplicável é a legislação civil.
- c) não se tratando de reparação civil propriamente dita, aplicável é o regime genérico de prescrição (10 anos).
- d) cuidando-se de reparação civil, o regime prescricional é o de 3 anos.

Há quem sustente que a modificação constitucional foi de competência, matéria processual e que não interfere no direito material, sendo de natureza civil a matéria pertinente a danos morais e, portanto, também dessa natureza a prescrição.

Ora, com a ampliação da competência trabalhista, a matéria de fundo poderá ou não ser de natureza tipicamente trabalhista. Será trabalhista quando decorrer da relação de emprego, como ocorre com o acidente do trabalho sofrido pelo empregado, hipótese em que a prescrição aplicável também precisará ser a trabalhista. Não se trata aqui de simples aplicação de regra de competência, o que transformaria a questão em processual, sem interferência da normatividade prescricional, que é de natureza material. O fato é que o direito material de fundo nos conflitos envolvendo acidentes de trabalho, por força da Emenda Constitucional nº 45/2004, deixou de ser de natureza civil e passou a ser de natureza trabalhista, como toda e qualquer questão tipicamente trabalhista, decorrente das relações de emprego.

Assim, no nosso entender, em matéria de danos morais, incluindo-se o acidente de trabalho, aplicável será a prescrição trabalhista ou a civil,

dependendo da relação a ser apreciada pela Justiça do Trabalho: sendo de emprego, será a trabalhista e sendo de trabalho, será a civil.

Há também quem sustente que por se tratar de parcela decorrente da violação de direito fundamental e sendo a lei trabalhista omissa a respeito, a prescrição seria a civil e assim a prescrição seria a geral, de 10 anos.

Existe aí uma confusão.

Se utilizada fosse a norma civil, a opção só poderia ser pela prescrição de três anos, prevista no art. 206, V, do Código Civil, aplicável às reparações civis por danos morais ou patrimoniais.

Por outro lado, os direitos fundamentais não são destinados a resolver, direta ou imediatamente, os conflitos de direito privado. A repercussão desses direitos, originariamente exercitáveis como garantias do cidadão contra o Estado, no âmbito das relações jurídicas, os transforma em outra categoria, a de direitos da personalidade, ajustados às circunstâncias e limitações necessárias ao desenvolvimento dessas relações.

Neste sentido, se ao Estado cabe garantir a vida, a saúde e a integridade física dos cidadãos, nas relações privadas o direito à vida, à saúde e à integridade física apreciado com enfoque totalmente distinto, especificamente com as normas de proteção e de composição das lesões decorrentes. Enfim, se os direitos fundamentais à vida, à saúde e à integridade física são imprescritíveis, não o são as indenizações decorrentes das ofensas cometidas.

Quanto a esse aspecto, de fato, crédito ou obrigação é a relação jurídica de natureza econômica, que visa à realização de uma prestação de dar, restituir, fazer ou não-fazer. E a referência legal é à aplicação do prazo de cinco anos aos créditos trabalhistas.

O problema é que em todos os processos trabalhistas envolvendo acidente de trabalho, o pedido feito é de pagamento de indenização pecuniária, quer em relação ao dano patrimonial, quer em relação ao dano moral, passando ambos assim a constituir crédito trabalhista. Ainda que a origem seja a ofensa a direito extrapatrimonial, a indenização destinada a compor o dano tem a natureza de crédito e de crédito tipicamente trabalhista, a ensejar a incidência da prescrição trabalhista.

Por fim, se a lei civil não mais distingue entre prescrição de direitos patrimoniais e prescrição de direitos extrapatrimoniais, não existe razão para entender-se por regimes jurídicos distintos de prescrição.

O que não nos parece possível é a aplicação da prescrição do direito civil no relacionamento entre empregado e empregador, que, no nosso entender,

DOUTRINA

contraria a lei trabalhista, que é expressa: de cinco anos no curso do contrato, com limitação a dois, a partir de sua extinção.

E quanto à hipótese de uma ação que se encontrava no Tribunal de Justiça, ainda em primeiro grau de jurisdição, com a contestação já apresentada, remetido à Justiça do Trabalho qual é o regime prescricional aplicável?

Nesse caso, é preciso aplicar regra de transição. Até o advento da EC 45/2004, a competência para o exame dos acidentes de trabalho era a Justiça Comum e a matéria não era considerada de natureza trabalhista e sim de natureza civil. Passou a ser da Justiça do Trabalho, como causa tipicamente trabalhista, decorrente da execução do contrato de trabalho, o mesmo contrato em relação ao qual a CLT protege o trabalhador por meio das normas de segurança e medicina do trabalho, destinadas a evitar os acidentes típicos e as doenças profissionais.

Assim, relativamente às causas ajuizadas a partir da EC 45/2004, nenhuma dúvida se pode ter a respeito: a prescrição aplicável é a trabalhista, que assim como ocorre com prescrição civil, não distingue entre prescrição de direitos patrimoniais e prescrição de direitos extrapatrimoniais.

Quanto às causas ajuizadas na Justiça Comum anteriormente à Emenda, aplicável é a prescrição de 20 anos até o início de vigência do novo Código Civil e, a partir dele, a de 03 anos, elasticida pela prescrição trabalhista de cinco anos no curso do contrato a partir da vigência da EC 45/2004.