

A FIXAÇÃO DA COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO APÓS A EC 45: DICOTOMIAS DO PASSADO E SEUS REFLEXOS NO PRESENTE

Fábio Luis Furrier*

1 – AS DICOTOMIAS DO PASSADO

Quem acompanha o trabalho do Supremo Tribunal Federal tem notado o surgimento de uma nova vertente do processo de “judicialização” da discussão política. Trata-se de uma estratégia adotada pelos próprios partidos políticos que possuem representação no Congresso Nacional¹ – e, portanto, legitimidade ativa para propositura de ações diretas de inconstitucionalidade – no sentido de fazer valer o princípio da inafastabilidade da jurisdição² com o objetivo de delegar ao Supremo a tarefa de equacionar certas pretensões cujas perspectivas são, a rigor, inerentes à atividade do Poder de onde emanam, e que deveriam encontrar ali seu palco mais adequado.

* *Ex-chefe de gabinete de Ministro do STJ; ex-assessor de Ministro do STJ; assessor de Ministro do STF.*

- 1 Conforme Luís Roberto Barroso, “A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental ou difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto pelo art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2012, p. 4). Como a CF/88 fornece aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional a possibilidade de ajuizamento de ADI e ADC (art. 103, VIII), muitos temas que possuem alta repercussão social têm sido trazidos ao STF por partidos políticos, que, em juízo concentrado, podem apresentar objeções a determinados projetos sem que, com isso, se vinculem diretamente a posições que poderiam ser consideradas impopulares, no contexto do debate político das Casas Legislativas.
- 2 “É importante assinalar que em todas as decisões referidas acima, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. O Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento”. (BARROSO, Op. Cit., p. 5)

Trata-se, como dito, de tendência recente; até há pouco ocorria o contrário, pois o Poder Legislativo brasileiro não se furtava à discussão dos problemas nacionais; nesse tempo, às vezes era necessário dirigir críticas não à imobilidade do debate político, mas justamente aos seus excessos, pois “para aquela fecundidade [de ideias], quase não havia tempo de gestação”³.

Cabe a cada um comparar épocas e decidir se é caso de ter ou não saudades. Para os limites deste artigo, o que interessa é constatar que durante o trâmite legislativo do Projeto de Emenda Constitucional que viria a se transformar na Emenda Constitucional nº 45, o tema “Justiça do Trabalho” – base do objeto deste estudo – foi objeto de todo tipo possível de proposta: começando pela extinção completa e irrestrita e absorção de sua estrutura à Justiça Federal⁴⁻⁵ e terminando pela solução vencedora, que ampliou suas competências; nenhuma possível resposta às necessidades judiciais do trabalhador brasileiro pareceu deixar de merecer alguma consideração dos nossos representantes.

Parece haver, efetivamente – e não só no Poder Legislativo –, um certo *desconcerto histórico* nas opiniões que se formam a respeito do papel a ser preenchido pela Justiça do Trabalho no contexto maior da atribuição de competências a que se submete a justiça brasileira. Paralelamente a este curioso trâmite da EC nº 45 no Congresso, havia uma questão aparentemente interminável para

-
- 3 Do conto “Ele e suas ideias”, de Lima Barreto. Nesse conto, um homem se torna conhecido por propor aos órgãos públicos, insistentemente, todo tipo de melhoramentos urbanos, em “um pingar de ideias diário, constante e teimoso”, embora muitas fossem “as mais disparatadas possíveis”. Ao longo da vida, por jamais tê-las visto concretizadas, ele acaba “triste, abandonado, desolado, em uma pequena cidade do interior”, quando recebe a visita do narrador, que, ao ir embora, ouve mais uma invenção despropositada: “o aproveitamento do bambu para encanamento d’água, nas cidades. Há economia e será uma fonte de renda para o Brasil”. In: SCHWARCZ, Lília Moritz (Org.). *Contos completos de Lima Barreto*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 290-2.
 - 4 Quem dá notícia da existência de tal proposta, durante o trâmite da PEC, é André Ramos Tavares (TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88 – (des)estruturando a justiça*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 127): “Entre as várias discussões sobre a Reforma do Judiciário, chegou-se a cogitar da extinção da Justiça do Trabalho, que seria absorvida pela Justiça Federal”. No mesmo sentido: FAVA, Marcos Neves. “Competência da Justiça do Trabalho para julgamento das ações de reparação de danos morais e materiais decorrentes das relações de trabalho – cinco anos da Emenda Constitucional 45 de 2004”. In: *Revista do TRT da 2ª Região*, São Paulo, n. 2/2009, p. 119: “Quase catorze anos transcorreram para que a Reforma do Judiciário resultasse aprovada pelas Casas Legislativas, por meio da Emenda Constitucional nº 45. Ao longo deste período, a Justiça do Trabalho deslocou-se de uma proposta inicial de extinção para a posição de único ramo do Poder Judiciário que foi aquinhado com ampliação significativa de competência”.
 - 5 Na época, “A Justiça do Trabalho sofria do que se poderia chamar de ‘complexo de extinção’. Quase todos os magistrados pressentiam a chegada do ‘Juízo Final’ (...). Os discursos reformadores sugeriam o aniquilamento da Justiça Especializada. A extinção seria tendência. A Nova Zelândia instituiu Justiça do Trabalho em 1895 e a extinguiu em 1995. Também a Espanha vivenciou a extinção da Justiça Trabalhista. Toda a conjuntura respaldando o que poderia parecer paranoia, mas que era, de fato, uma possibilidade plausível” (TUPINAMBÁ, Carolina. *Competência da Justiça do Trabalho à luz da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 87-8).

a qual o Poder Judiciário parecia ser incapaz de fornecer resposta unificada: a quem atribuir o exame de certas pretensões quando os institutos jurídicos a elas relacionados são temas historicamente ligados ao Direito Civil, mas (ao menos) os fatos se originam de uma relação de trabalho?

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, adotava o entendimento “de que a competência em razão da matéria é definida em função do pedido e da causa de pedir e, considerando que a pretensão relativa à indenização por dano moral tinha seu fundamento em norma de Direito Civil”, outra não podia ser a conclusão senão a de que competente a Justiça Comum, “não importando se o conflito se dava entre empregado e empregador”⁷⁶⁻⁷.

Porém, desde 1991 já se formara no Supremo Tribunal Federal jurisprudência afirmando que “o fato de ser a matéria de natureza civil é de somenos importância, pois, na verdade, o que interessa para se definir a competência da Justiça do Trabalho é que a relação jurídica embasadora do dano e do respectivo pedido seja de trabalho e, no caso, que o dano moral, material ou outro praticado tenha pertinência com essa relação trabalhista”⁸, conforme definido no Conflito de Jurisdição 6.959, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 22.05.91, em caso que analisou pretensão ajuizada por funcionários do Banco do Brasil em face de quebra de promessa (inserida no contrato de trabalho) relativa à venda, em certas condições, de imóveis ocupados pelos autores. Essa teria sido a primeira vez em que o STF afirmou não importar “a natureza da matéria discutida nos autos, mas, a sua origem, ou seja, o fundamento do pedido, que, se decorrer da relação de trabalho, atrai a competência trabalhista”⁹. Tal entendimento consolidou-se na definição da justiça trabalhista como a competente para o exame de pretensões relativas à compensação de danos morais decorrentes da relação de emprego (nos termos da redação originária do art. 114 da CF/88) e desaguou, em 2003, na edição da Súmula nº 736, *verbis*: “competem à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”.

6 COSTA, Waldir Oliveira da. “Dano moral nas relações de trabalho: questões controvertidas após a Emenda Constitucional nº 45”. In: *Revista do TST*, Brasília, vol. 73, n. 2, abr./jun. 2007, p. 110.

7 Em 1990, o STJ havia editado a Súmula nº 15: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente de trabalho”.

8 MELO, Raimundo Simão de. “Competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar os pedidos de indenização por danos material e moral decorrentes das relações de trabalho”. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho?* Análise crítica da jurisprudência do STF, do TST e do STJ após a EC 45/2004. São Paulo: LTr, 2011. p. 416.

9 MELO, Raimundo Simão de. Op. Cit., p. 417.

Ainda assim, especificamente no tocante à ação de compensação¹⁰ por danos morais derivados de *acidente de trabalho*, a competência continuava a ser atribuída à Justiça Comum; formou-se a curiosa situação de se admitir a competência da justiça trabalhista *para o gênero* mas não *para a espécie*, como constatou, à época, o Ministro João Orestes Dalazen¹¹.

Desde aquele período – qual seja, antes da EC nº 45 – havia autores apontando tal incongruência e defendendo a necessidade imediata de revisão da jurisprudência, ao entendimento de que, *mesmo sem Reforma alguma*, a própria redação originária da CF/88 estaria a garantir à Justiça do Trabalho competência que não vinha sendo corretamente exercida. Haveria, portanto, uma espécie de “competência trabalhista fantasma” na CF/88, de acordo com os seguintes fundamentos:

“A CRFB de outubro de 1988 não trouxe parágrafo restritivo de competência, como era praxe nas Constituições anteriores.

Na Carta de outubro de 1988 foi notada forte modificação quanto a competência da Justiça do Trabalho, no que se refere às ações de dano moral e material decorrente de acidente do trabalho, cuja pretensão encontra respaldo no inciso XXVIII do art. 7º da CRFB. Assim é porque (...) o artigo definidor da competência da Justiça do Trabalho não trouxe mais o parágrafo que, tradicionalmente, acompanhava o seu *caput*, dispondo sobre a exclusão da competência da Justiça do Trabalho as ações de acidente do trabalho. No texto de 1988 não há mais o parágrafo que aparecia em todas as Constituições anteriores, cujo objetivo era, explicitamente, excluir da competência da Justiça do Trabalho tais dissídios e também os litígios entre trabalhador e a autarquia federal, devedora dos benefícios previdenciários.

Vejamos.

10 Não se ignora que muitos acórdãos e doutrinadores demonstram preferências entre as expressões “compensação”, “reparação” e “indenização” (este último usado pela CF: art. 5º, X) ao se referirem à condenação imposta em face da violação de um direito moral; especialmente porque a expressão ‘compensação’ deixaria mais claro que, na base do sistema, vigora o conceito de que é impossível, realmente, equiparar um bem imaterial violado a um valor material pecuniário. Para os efeitos deste trabalho, porém, basta estabelecer como premissa que a condenação ao pagamento pecuniário em face de uma violação moral tem sentido reparatório do dano, independentemente do termo que se prefira usar, de forma que as expressões serão aplicadas indistintamente, ao longo do texto, como referentes a esse mesmo conceito fundamental.

11 DALAZEN, João Oreste. “A reforma do Judiciário e os novos marcos da competência material da Justiça do Trabalho”. In: COUTINHO, Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 173.

Na Constituição de 1946, depois de definida a competência no *caput* do art. 123, via-se o § 1º excluindo, expressamente, a competência para ‘os dissídios relativos a acidentes do trabalho’, que eram transferidos para a ‘Justiça ordinária’.

Na Constituição de 1967 a mesma regra aparece no *caput* do art. 134, definindo a competência geral da Justiça do Trabalho e, desta feita no § 2º, a mesma e expressa exclusão de competência para referidos litígios. Logo, as ações de empregados contra seus empregadores, cuja pretensão fosse obter indenização moral e/ou material, por culpa ou dolo, do empregador e em decorrência de acidente do trabalho, eram propostas na Justiça Comum, por expressa exclusão legal. Tal mecanismo se repetiu na Emenda nº 1, de 1969, com pequena modificação.

A contar da Carta de outubro de 1988, não havendo mais a expressa exclusão, com o desaparecimento do parágrafo e, de acordo com a regra geral do *caput*, era de se esperar o pacífico entendimento de que aquelas ações, entre empregados e empregadores, cuja pretensão fosse indenizações por danos morais e/ou materiais, decorrentes de acidentes de trabalho, fossem da competência desta Justiça Especializada.

Embora esse exercício de releitura dos textos das Constituições anteriores leve-nos a concluir ter havido mudança na competência da Justiça do Trabalho quanto àquelas ações, pelo menos a partir da edição do art. 114, é sabido que a jurisprudência foi sempre vacilante nesta matéria.”¹²

Jurisprudência, diga-se, não só do Superior Tribunal de Justiça, mas também do próprio Tribunal Superior do Trabalho¹³, fazendo eco a trabalhos doutrinários especializados¹⁴.

12 CAVALHERI, Gilmar. “A competência da Justiça do Trabalho para as ações de dano moral decorrentes de acidentes do trabalho e a aplicação no tempo da Emenda Constitucional nº 45/2004”. In: *Revista TRT da 12ª Região*, n. 22, 2º semestre/2005, p. 100-1.

13 Nesse sentido: MELO, Raimundo Simão de. Op. Cit., p. 418.

14 A controvérsia não cessou sequer com a vigência da EC nº 45; em face das profundas alterações realizadas no art. 114 da CF/88, “posições extremadas, de lado a lado, foram defendidas em trabalhos veiculados nas revistas especializadas, desde aqueles que afirmavam nada haver sido alterado, tendo como sinônimas as expressões ‘relação de emprego’ e ‘relação de trabalho’, até a possibilidade de exame de toda e qualquer controvérsia em que o trabalho humano estivesse presente como pano de fundo” (BRANDÃO, Cláudio. “As novas vertentes da competência da Justiça do Trabalho para julgar ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho”. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho?* Análise crítica da jurisprudência do STF, do TST e do STJ após a EC 45/2004. São Paulo: LTr, 2011. p. 430)

Os peculiares eventos que se sucederam no Supremo Tribunal Federal após a entrada em vigor da EC nº 45 só corroboraram as considerações *supra*, a respeito do *estranhamento* que a valorização da Justiça Trabalhista causou a partir da CF/88. Imediatamente após a entrada em vigor da Emenda, o STF julgou o RE 438.639/MG, mantendo a jurisprudência então consolidada no sentido de que competia à Justiça Comum o julgamento das demandas relativas a compensações por danos morais derivados de acidente de trabalho. Nessa oportunidade, a maioria vencedora dos Ministros do STF negou à EC nº 45 até mesmo um *efeito inovador* para a definição da competência relativa a tais hipóteses, muito embora os Ministros Ayres Britto – Relator vencido – e Marco Aurélio tenham afirmado exatamente o contrário; ou seja, que “o novo texto veio apenas explicitar o que já se continha na redação anterior do art. 114” (Min. Ayres Britto) e que “incide o art. 114 da Carta da República, no que revela a competência da Justiça do Trabalho”, “mesmo antes da Emenda” (Min. Marco Aurélio).

Em resumo, a EC nº 45 não teria provocado, nessa primeira análise, qualquer alteração nos padrões estabelecidos:

“A manifestação do Ministro Cezar Peluso, ao divergir do Ministro-Relator Ayres Britto, ilustra claramente o fundamento dessa decisão do STF:

‘Se nós atribuímos à Justiça do Trabalho a ação de indenização baseada no Direito comum, mas oriunda do mesmo fato histórico, temos uma possibilidade grave de contradição (...). Um mesmo fato com pretensões e qualificações jurídicas diferentes pode ser julgado de maneiras distintas, e quando for necessário apreciar determinada questão mais de uma vez, o julgamento deve ocorrer pela mesma Justiça para evitar contradição de julgados.’

A conclusão do voto do Ministro Cezar Peluso, acompanhado por mais sete Ministros, fundamentada inclusive em precedentes do STF, foi no sentido de que:

‘Assiste ao Poder Judiciário do Estado-membro e não à Justiça do Trabalho, a competência para processar e julgar as causas acidentárias, ainda que tenham sido instauradas contra o empregador, com fundamento no Direito Comum, tal como sucede na espécie ora em exame.’

Vale observar que o voto do Ministro Celso de Mello acrescentou o seguinte:

‘Cumpro pôr em destaque, finalmente, ante seu inquestionável relevo, a observação do eminente Ministro Cezar Peluso, consignada em decisão que proferiu no AI 527.105/SP – e ora reiterada no presente julgamento – de que a definição de competência da Justiça estadual, para processar e julgar as causas acidentárias, repousa em um princípio – o da unidade de convicção – que constitui, segundo enfatizou, a razão última de todas as causas de fixação e prorrogação de competência, de reunião de processos para desenvolvimento e julgamento conjuntos ou pelo mesmo juízo’.¹⁵

Porém, em uma mudança radical de posicionamento – bastante rara em tão curto espaço de tempo – o STF reformulou seu entendimento ao julgar o CC 7.204/MG, em 29.06.05, por decisão unânime. Do voto do Ministro-Relator, Ayres Britto, percebe-se que a fundamentação vencedora representa, a rigor, a exata inversão de tudo aquilo que sustentara o entendimento revisado; onde antes havia necessidade de “coerência sistêmica” entre julgados acidentários e de indenização passou a haver necessidade de “coerência sistêmica” entre todos os temas jurídicos relacionados a um evento-base, que é a relação de trabalho¹⁶⁻¹⁷.

Essa alteração radical não foi suficiente, porém, para resolver de forma definitiva todas as controvérsias secundárias. Mais adiante, em 2009, e com base nas mesmas premissas relativas à “unidade de convicção”, decidiria ainda o Supremo que as ações movidas por sucessores de trabalhador falecido em acidente de trabalho também devem ser julgadas pela Justiça Trabalhista, “mesmo não figurando o acidentado como autor da ação, sobretudo porque a causa de pedir continua sendo o acidente do trabalho ocorrido”¹⁸, em resposta à edição, pelo STJ, da Súmula nº 366, segundo a qual seria atribuição da “Justiça estadual processar e julgar ação indenizatória proposta por viúva e filhos de

-
- 15 BARROS, Cassio Mesquita. “Atualização das considerações sobre a competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 45”. In: *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, ano XV, n. 15, 2007, p. 133.
- 16 O voto do Min. Cezar Peluso afirma que o precedente anterior fora firmado com base na “unidade de convicção” e que “o princípio, a meu ver, é irretocável e ainda é o que deve presidir a solução da questão da competência neste caso”, muito embora se tenha chegado à conclusão oposta.
- 17 Posteriormente, o STF editou a Súmula Vinculante nº 22, segundo a qual “a Justiça do Trabalho é competente para 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”.
- 18 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. “Competência para julgamento das ações indenizatórias decorrentes de acidente do trabalho – jurisprudência dos tribunais superiores”. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho? Análise crítica da jurisprudência do STF, do TST e do STJ após a EC 45/2004*. São Paulo: LTr, 2011. p. 401.

empregado falecido em acidente de trabalho”. Para alguns, porém, o próprio STF não deixou de sucumbir parcialmente ao peso do passado; ao decidir que a hipótese de ação ajuizada por acidentado servidor público estatutário deveria continuar sob competência da Justiça Comum, de acordo com liminar concedida na ADI 3.395/DF, o STF não teria demonstrado “justificativa plausível de ordem científica ou processual” para tal posicionamento, restando a impressão de que a resistência a essa alteração se deveu, apenas, a um respeito injustificado à “jurisprudência sedimentada na Corte”¹⁹.

2 – EXPECTATIVAS DO PRESENTE

De qualquer modo, diante dos progressos inegáveis da jurisprudência no sentido da efetividade dos mandamentos constitucionais, o que representa essa “unidade de convicção” centrada na Justiça do Trabalho?

Significa que “o Juiz do Trabalho, (...) além de julgar o adicional de insalubridade, julga também a doença que o agente nocivo causou; quando julgar o adicional de periculosidade, terá em mente os acidentes ocorridos nos trabalhos em condições perigosas; ao julgar as horas extras paradoxalmente chamadas de habituais, tem conhecimento da fadiga crônica, do estresse e seus efeitos prejudiciais decorrentes das jornadas de trabalho exaustivas; enfim, não julga tão somente parcelas rescisórias ou verbas trabalhistas, visto que aprecia, em muitas ocasiões a ‘sucata humana’ que o trabalho produziu. Isso confere um sentido de unidade em questões aparentemente desconexas e maior coerência sistemática na proteção jurídica à saúde e integridade psicobiofísica dos trabalhadores”²⁰. Tratar-se-ia da “mais importante decisão em matéria acidentária e uma das mais relevantes de todos os tempos para a Justiça do Trabalho porque, a partir dela, todo o dantesco cenário do descumprimento das normas de segurança e medicina no trabalho e da problemática em torno do adoecimento do trabalho, inclusive as lesões causadas aos trabalhadores, pôde ser descortinado na jurisprudência trabalhista e passou a fazer parte do cotidiano das Varas e Tribunais, sobretudo em face do instigante tema da responsabilidade civil fundamentadora do dever de reparação dos danos ocasionados pelo infortúnio laboral”²¹.

Significa, ainda, que “a coerência sistêmica, inexistente no espraiamento de matérias vinculadas ao trabalho entre diversos órgãos da jurisdição, aperfeiçoou-se (...). E, por fim, uma maior – e melhor – proteção ao valor-trabalho, de

19 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Op. Cit., p. 405.

20 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Op. Cit., p. 397.

21 BRANDÃO, Cláudio. Op. Cit., p. 439.

assento fundamental no Texto – art. 1º, inciso IV – auferiu-se com a extensão dos limites de incidência da atuação da Justiça do Trabalho”²²².

Implica também em uma crescente especialização; “em algumas regiões, à luz do que se tinha na Justiça Estadual, foram criadas varas trabalhistas especializadas para o julgamento dessas lides, as quais, em tese, apresentam-se com corpo deveras diverso das lides envolvendo matérias trabalhistas comuns (...)”²²³.

E o que representa essa mesma “unidade de convicção” para o trabalhador?

Representa um reconhecimento de que “o trabalhador, pela sua situação de dependência econômica e de subordinação, está mais exposto às ofensas morais do que qualquer outra pessoa, porque ele arrisca diariamente seus bens pessoais mais valiosos, como a vida, a integridade física e psicológica, a honra, a dignidade, a intimidade e outros bens não menos importantes. Assim, no Direito do Trabalho o estudo do dano moral representa grande importância e desenvolvimento, pela necessidade de respeito aos valores humanos do trabalhador, como prescreve a Constituição Federal”²²⁴.

O mais importante, porém, talvez tenha sido exprimido em uma frase extremamente curta – e desvinculada de toda a fundamentação anterior – do voto do Ministro Ayres Britto no supracitado Conflito de Competência 7.204/MG. Não se trata apenas de “mudar o endereçamento” das petições iniciais referentes a uma demanda específica; trata-se de reconhecer que essas ações – as que veiculam pretensões à reparação por danos causados por acidentes de trabalho – foram, finalmente, devolvidas ao seu contexto original mais amplo, no qual repercute a constatação de que “a longa enunciação dos direitos trabalhistas veiculados pelo art. 7º da Constituição parte de um pressuposto lógico: a *hipossuficiência* do trabalhador perante seu empregador”. Em suma, trata-se também de um reconhecimento de que “na relação trabalhista, por ser espaço onde por presunção principiológica (refletida no conjunto normativo e no fazer dos operadores jurídicos) há um hipossuficiente a ser tuteado para fins de justiça social (tutela que se dará via reequilíbrio das relações fáticas no plano jurídico), mais que em outras relações existe o acentuado risco de violação à dignidade humana em diversos momentos (mesmo pré e pós-contratação)”²²⁵.

22 FAVA, Marcos Neves. “Competência da Justiça do Trabalho para julgamento das ações de reparação de danos morais e materiais decorrentes das relações de trabalho – cinco anos da Emenda Constitucional 45 de 2004”. In: *Revista do TRT da 2ª Região*, São Paulo, n. 2/2009, p. 119-126.

23 RUBIN, Fernando. “Dano moral e material – processo judicial de reparação em acidente de trabalho (indenizatória acidentária)”. In: *Revista Magister de Direito do Trabalho*, n. 48, maio/jun. 2012, p. 36.

24 MELO, Raimundo Simão de. Op. Cit., p. 413.

25 FINCATO, Denise Pires. “Acidente do trabalho e teletrabalho: novos desafios à dignidade do trabalhador”. In: *Direitos fundamentais & justiça*. Porto Alegre, HS, ano 2, n. 4, jul./set. 2008, p. 166.

Diante disso, perdeu espaço a preocupação antes tão funesta a respeito de um eventual descrédito da justiça – decorrente da possibilidade de que as ações acidentárias em desfavor do INSS (mantidas na competência da Justiça Estadual) e as ações reparatórias por acidentes do trabalho (transferidas à Justiça especializada) atinjam provimentos contraditórios; ainda que de forma tardia, um motivo de descrédito aparentemente mais importante superou o predecessor. A preocupação anterior tinha fundo processual; muito embora as regras de atribuição de competência às diversas justiças estejam previstas na Constituição Federal, a natureza do problema referente à indesejada coexistência de provimentos jurisdicionais conflitantes permanece a mesma, independentemente da origem formal de alguma das regras aplicáveis²⁶. A preocupação atual, ao contrário, tem repercussão intrinsecamente constitucional, em seu sentido mais puro; pelo art. 7º da CF/88, é possível invocar uma pletora de princípios e interpretações que são inerentes à perspectiva da relação de trabalho e que não encontram paralelo necessário nas relações civilistas típicas.

Antes da edição da EC nº 45, Amauri Mascaro Nascimento criticava a adoção do “sistema fragmentado” [i.e., aquele em que a Justiça do Trabalho tem competência limitada para as questões entre empregado e empregador], dentre outros motivos, porque “o Juiz do Trabalho forma a sua consciência à luz da realidade dos dissídios trabalhistas, através dos quais passa a ver as partes segundo as necessidades próprias do problema social”, enquanto “o Juiz da Justiça Comum decide, em grande parte, questões de natureza patrimonial e civil, nas quais a atitude do julgador é calcada em pressupostos muito mais intensos de justiça comutativa e não de justiça distributiva”²⁷. A reparação civil, portanto, deve ganhar novas perspectivas quando é devolvida ao contexto da jurídica trabalhista que fornece, em certos casos, seus contornos primordiais.

3 – REFLEXOS E PROJEÇÕES

A respeito desses novos contornos, analise-se, de início, o art. 7º da CF/88. Quais daqueles incisos possuem pertinência com o acidente de trabalho? Dentro

26 Nesse sentido – qual seja, o da ausência de superação de eventuais problemas processuais, que na verdade permanecem latentes em face da manutenção da competência da Justiça Estadual para o exame das lides acidentárias ajuizadas em desfavor do INSS: “(...) relevante o registro de que se o segurado possui paralelamente outra demanda envolvendo o mesmo problema de saúde, mas contra diverso réu (o órgão previdenciário ou mesmo a seguradora privada), pode trazer a prova lá colhida (geralmente a perícia) para fins de convencimento do juiz neste processo secundário. Por certo não é o caso de ser acolhida essa prova como emprestada (em sentido estrito), já que não houve identidade de partes, mas seguramente o aludido meio de prova pode ser recebido como prova documental unilateral, a se sujeitar ao crivo do contraditório no processo de reparação de danos” (RUBIN, Fernando. Op. Cit., p. 50).

27 Apud CAVALHERI, Gilmar. Op. Cit., p. 105.

de uma margem de segurança, mesmo aqueles que não se encontram habituados às lides trabalhistas reconheceriam, ao menos, a pertinência do tema com os incisos XXII (“redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”) e XXVIII (“seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”), sem contar a possibilidade de incidência dos princípios específicos de Direito do Trabalho, conforme definido pelos Tribunais.

Porém, é absolutamente necessário que se diga que as novas possibilidades de interpretação não substituem *integralmente* as bases originais civilistas. Em nada foi alterado o fato de que os institutos e conceitos tradicionais relacionados ao tema genérico – reparação civil – continuam sendo igualmente aplicáveis; tal conclusão decorre, aliás, da própria superação do argumento (sustentado, conforme visto, durante anos pelo STJ) segundo o qual a natureza civil da pretensão seria incompatível com seu exame pela Justiça do Trabalho. Não há como atingir conclusão diversa; a alteração de competência não se deu porque, de repente, teria o STF descoberto que os danos morais são matéria tipicamente trabalhista em sua essência, e sim porque, no processo de interpretação da Constituição, um novo elemento de conexão – a relação de trabalho, que é dado fático-jurídico preexistente ao acidente – passou a prevalecer sobre o antigo padrão (a natureza da pretensão reparatória). A norma constitucional deu primazia ao liame definido pela causa em substituição ao anterior, referente a um dos possíveis efeitos; o elemento de conexão definidor da competência foi, tão somente, “puxado para trás” na linha do tempo, e no espectro das consequências decorrentes dessa escolha não se encontra a transmutação da natureza das pretensões reparatórias que, eventualmente, surgem no curso da relação de trabalho.

Essa constatação parece ser unânime na doutrina, conforme se verifica a seguir:

“Não é demais repetir o que já restou afirmado quando do exame da evolução constitucional da competência da Justiça do Trabalho, quanto à definição da competência na Constituição de 1988. A regra vigente até dezembro de 2004, conforme manifestação da doutrina, era que a Justiça do Trabalho tinha sua competência fixada em três hipóteses: a primeira, e mais importante de todas, relacionada às partes do dissídio, ou seja, *trabalhadores e empregadores*; a segunda hipótese, em *razão da matéria*, abrangia *dissídios decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei*; e a terceira hipótese se refere aos dissídios decorrentes do *cumprimento de suas próprias decisões*, inclusive quanto à execução de contribuições sociais oriundas das suas próprias decisões.

No novo artigo só permanece a competência em razão da matéria, não havendo qualquer alusão à qualidade das partes. A competência material se refere à relação de trabalho, ou seja, a competência repousará na causa de pedir, não importando a qualidade das partes que residam em juízo e nem o direito invocado, se de Direito do Trabalho ou Direito Civil, mas apenas se a causa é oriunda da relação de trabalho, aqui já incluída a relação de emprego que, daquela, é espécie.”²⁸

No mesmo sentido, especificamente quanto ao cotejo entre lei civil e CLT:

“Nessas novas hipóteses [decorrentes da ampliação da competência constitucional da Justiça do Trabalho para analisar os casos que envolvam relação de trabalho, e não mais apenas para as relações de emprego] há de se indagar qual a legislação aplicável. A resposta parece bastante clara: será a civil comum e não a CLT, porque a mudança foi, neste ponto, formal (competencial) e não de fundo (das leis de regência dos contratos). Observe-se, ademais, que a jurisprudência sempre acentou que pouco importa, para a fixação da competência da Justiça do Trabalho, que a solução da lide (direito material aplicável) dependa das regras do Direito Civil, e não da CLT (cf. STF, Conflito de Jurisdição 6959-6/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.02.91; RE 349160-1/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.03.03). Ou seja, a atribuição de competência à Justiça do Trabalho não importa em aplicação automática da CLT. O *direito material* a ser utilizado pela decisão depende apenas e diretamente da causa, das características da lide, e não das características da Justiça à qual foi atribuído o dever de julgamento.”²⁹

A respeito da ausência de diferenciação ontológica de certas categorias conceituais, no espectro mais amplo do dano moral:

“(…) além das obrigações próprias do contrato de trabalho, tanto o empregado como o empregador devem, reciprocamente, respeitar a imagem e honra de cada um. Como já pacificado na jurisprudência, embora a pessoa jurídica não tenha intimidade (honra, dignidade e decoro – aspecto interior, porquanto agem segundo a vontade das pessoas que a comandam), tem o que a doutrina chama de honra objetiva, ou seja, uma imagem e reputação a zelar perante terceiros (aspecto exterior). Por isso, a empresa pode ter valores personalíssimos violados pelo empregado, como, por exemplo, um gerente de uma empresa que vincula na *internet* imagem

28 CAVALHERI, Gilmar. Op. Cit., p. 103.

29 TAVARES, André Ramos. Op. Cit., p. 129. Grifos no original.

depreciativa sobre a qualidade dos produtos da empresa em que trabalha. Por outro lado, o empregado tem que ter respeitadas sua intimidade, privacidade e imagem. Como pessoa física, o empregado pode sofrer danos em sua honra subjetiva (honra, dignidade e decoro – aspecto interior) e também em sua honra objetiva (imagem e reputação – aspecto exterior).³⁰

Todas essas manifestações – e outras no mesmo sentido³¹ – mostram que a Justiça do Trabalho está diante de um novo e complexo desafio: o de buscar um equilíbrio que preserve sua identidade e, ao mesmo tempo, honre a valiosíssima herança recebida, por meio de um amálgama antes improvável em que a lei civil, transplantada de contexto, passa a ser alimentada por princípios heterogêneos e, ao mesmo tempo, é responsável pela oxigenação destes. A necessidade de adaptação traz grandes perspectivas; como afirma Cassio Mesquita Barros, “ainda que os juízes do trabalho não tenham *ab initio* intimidade com questões relacionadas à ampliação da competência da Justiça do Trabalho, antes da alçada de juízes de outras especialidades, essa ampliação exigirá deles a abertura para novos horizontes, de caráter mais universal, ao mesmo tempo em que gravará essas novas atribuições com uma sensibilidade de quem está acostumado a lidar com questões tipicamente sociais³². Contudo, também há riscos. Nesse sentido, “a incorporação indiscriminada de elementos típicos do direito civil, vocacionado para dirimir lides entre partes em situação de igualdade na relação jurídica”, pode descaracterizar, segundo alguns autores, “a identidade do Judiciário Trabalhista³³”.

É possível reconhecer ao menos três exemplos concretos das perplexidades geradas pelos experimentos iniciais dessa tão importante alquimia. O primeiro se refere ao fato de que a Lei Civil de 2002 aparenta ser mais progressista no que tange à defesa do trabalhador do que a própria Constituição Federal. O art. 7º, XXVIII, da CF/88 expressamente exige dolo ou culpa do empregador, ao passo que o art. 927, parágrafo único, do Código Civil atribui responsabilidade objetiva àquele que, simplesmente, desenvolva atividade cuja natureza implique em risco para direitos de outrem – situação fática que pode ser reconhecida em um amplo espectro de atividades empresariais contemporâneas. Como resultado desse impasse, todo tipo de opinião se verifica; partindo da ideia de hierarquia

30 SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 115. Grifos no original.

31 A título exemplificativo: CALURI, Lucas Naif. “A nova competência da Justiça do Trabalho”. In: ALMEIDA, Jorge Luiz de (Org.). *A reforma do judiciário – uma abordagem sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004*. Millennium. p. 77.

32 Op. Cit., p. 140.

33 CORRÊA, Lelio Bentes. “A reforma constitucional e a Justiça do Trabalho: perspectivas e desafios na concretização do ideal legislativo”. In: *Revista do TST*, Brasília, vol. 71, n. 2, maio/ago. 2005, p. 81.

dos textos normativos, há quem dê total prevalência à Constituição, enquanto outros veem no art. 7º apenas um elenco mínimo de garantias ao trabalhador, inexistindo impedimentos à extensão da proteção deste por lei ordinária. No meio termo, propõe-se a colocação do texto constitucional como regra geral; a dificuldade de se demonstrar a culpa do empregador passa a ser contornada pelo socorro a normas específicas de proteção e de saúde do trabalho, cujo descumprimento, em alguma medida, raramente não seria verificável quando de um acidente; com isso, não se diz que “o empregador irá fazer prova contra si mesmo”, mas que este “terá que comprovar em juízo que observou todas as normas de segurança do trabalho e que também o meio ambiente do trabalho estava equilibrado quando do sinistro. Caso o empregador faça essa prova, o ônus da prova de demonstrar a culpa transfere-se ao empregado”³⁴.

A questão da culpa, portanto, sofre um deslocamento importante em seu eixo – que, talvez, possa ser identificada com um *rebaixamento* – porque “a culpa do empregador ou mesmo o risco da atividade, nessa hipótese, quase sempre resulta da não observância das normas regulamentares de segurança, higiene e saúde no ambiente laboral previstas na legislação trabalhista”³⁵, decorrendo de uma constatação concreta a respeito “das condições de trabalho inadequadas” e “da falta de segurança e higiene”³⁶; passa a culpa, assim, a estar fortemente vinculada à demonstração antecedente de violação a algum texto normativo, muitas vezes de hierarquia subsidiária (regulamentos e portarias do Ministério do Trabalho³⁷), mais do que relacionada às categorias genéricas clássicas do art. 186 do CC – ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência³⁸, que possuem notável substrato doutrinário e alto grau de abstração.

34 SCHIAVI, Mauro. Op. Cit. p. 38.

35 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Op. Cit., p. 394.

36 MELO, Raimundo Simão de. Op. Cit., p. 420.

37 Nesse sentido: “A matéria vem normatizada em diversos níveis, como por exemplo: a) – na Constituição Federal (art. 7º, XXII); b) – em Convenções Internacionais (120, 150, 155 e 161 da OIT); c) – na Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 154 a 201); d) – leis esparsas; e) – regulamentos e portarias” (SOUZA, Marco Antônio Scheuer de. *O dano moral nas relações entre empregados e empregadores*. Erechim: Edelbra, 1998. p. 284.

38 “(...) nos demais casos em que necessária a comprovação de culpa da empresa, razoável ser estabelecido, pelo juízo trabalhista, que compete ao empregador fazer a devida prova de que não agiu com dolo ou culpa. É a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, com inversão do ônus da prova – em razão de melhores condições técnicas e econômicas do empregador diante da fragilidade do empregado lesionado. Ainda, nesse sentido, é de se reconhecer a plena vigência das inúmeras disposições normativas, que impõem a adoção de medidas preventivas pelas empresas, conforme Normas Regulamentares (NRs) atreladas à Portaria nº 3.214, de 1978 – razão pela qual fica mais fácil, para a própria instrução, que o empregador traga aos autos a devida comprovação de que vem agindo, nos estritos contornos da lei, cumprindo as medidas de segurança e medicina do trabalho.” (RUBIN, Fernando. Op. Cit., p. 58)

A responsabilidade a ser suportada pela Justiça do Trabalho nessa questão é enorme, inclusive por razões históricas. Com efeito, é sabido que “foi com a lei francesa de acidentes do trabalho, de 1898, que se instaurou pela primeira vez um sistema de responsabilidade sem culpa. Por outro lado, essa proteção, que dia a dia só fez aumentar, não se deu por razões de saúde pública, como se poderia pensar, mas por questões de ordem social, de solidariedade social, isto é, para impedir que trabalhadores acidentados, por culpa anônima ou de ninguém, mas até mesmo por sua própria culpa, perdessem, junto com sua força de trabalho, sua capacidade de sustento, e, para sobreviver, tivessem que mendigar o pão nas ruas”³⁹. Preocupações que não perderam a atualidade e que são parte das expectativas depositadas sobre a justiça trabalhista brasileira.

Outro ponto controverso diz respeito à prescrição, pois “uma corrente doutrinária e jurisprudencial sustenta ser aplicável a prescrição prevista no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, após ser delimitada a competência material trabalhista. A outra corrente defende a tese de que a prescrição é a civil, porque se trata de ação de caráter pessoal e se rege pelas disposições do Direito Civil”⁴⁰. Há quem defenda, inclusive, a escolha do prazo previsto na lei civil – mais extenso quando comparado com o prazo prescricional determinado pelo art. 7º, XXIX, da CF/88 – com base no princípio *in dubio pro operario*⁴¹. De forma acessória, controverte-se ainda a respeito da possibilidade de decretação da prescrição pelo juiz, nos termos do art. 219, § 5º, do CPC; a jurisprudência do TST estaria se firmando no sentido de que a regra “entraria em choque com vários princípios constitucionais, como a valorização do trabalho e do emprego, da norma mais favorável e da submissão da propriedade à sua função socioambiental, além do próprio princípio da proteção”⁴².

Rememore-se, ainda, a forte divergência surgida entre STJ e TST a respeito da competência para julgar ações de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidentes de trabalho do qual resulta evento morte – ações ajuizadas, portanto, pelos sucessores da vítima trabalhadora. Conforme visto, o STJ chegou a editar a Súmula nº 366, segundo a qual seria competente a Justiça Estadual para “processar e julgar ação indenizatória proposta por viúva e filhos de empregado falecido em acidente de trabalho”, mas a decisão proferida pelo STF no Conflito de Competência 7.545, em 13.08.09, obrigou ao cancelamento daquele enunciado.

39 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 184-5.

40 COSTA, Waldir Oliveira da. Op. Cit., p. 113-4.

41 BELLONI, Marcio. “O dano moral no direito do trabalho”. In: *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 133, jan. 2009, p. 270.

42 RUBIN, Fernando. Op. Cit., p. 47.

Cada um desses três temas é complexo o bastante para ser desenvolvido de forma individualizada, em trabalho próprio; para os fins deste artigo, porém, basta mencioná-los como exemplos do tipo de dificuldade que o deslocamento de competência passou a apresentar à Justiça do Trabalho. Uma vez apresentado o contexto, interessa-nos mais de perto um quarto ponto inserido nesse amálgama, que é a fixação da compensação pelos danos morais derivados de acidente de trabalho.

Em poucas palavras: no momento de fixação da compensação pelos danos morais, seria possível vislumbrar focos de tensão entre a doutrina civilista herdada e os antecedentes principiológicos trabalhistas? Se positiva a resposta, de que forma tal tensão repercutiria no valor fixado em razão da procedência do pedido?

Tomemos como exemplo da “doutrina herdada” trecho de excelente obra do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, do STJ⁴³. Os critérios ali estabelecidos para a fixação da compensação são os seguintes: “a) a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano); b) a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente); c) a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima); d) a condição econômica do ofensor; e) as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica)”. Todos os (poucos) critérios são relacionados (i) ao fato danoso em si ou (ii) a condições pessoais do ofensor e da vítima; ou seja, ao fato e aos agentes, exclusivamente⁴⁴.

Evidente que o direito civil também apresenta seus questionamentos a respeito da escolha desses critérios⁴⁵. Há, particularmente, dois pontos que merecem destaque: os *punitive damages* e a “condição econômica da vítima”.

43 *Princípio da reparação integral*: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 283.

44 Em sentido praticamente idêntico, MORAES, Maria Celina Bodin de, Op. Cit., p. 295-6: “Com poucas variações, podem ser considerados aceites os seguintes dados para a avaliação do dano moral: i) o grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor (a dimensão da culpa); ii) a situação econômica do ofensor; iii) a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (a amplitude do dano); iv) as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica); e iv) a intensidade de seu sofrimento”.

45 Disso faz prova a própria jurisprudência consolidada do STJ; basta transcrever trecho do voto vencido proferido pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira no REsp 269.407/RJ, j. 28.11.00, que se tornou um ‘clássico’ sobre o tema da fixação dos danos morais e que é repetido à exaustão pelos acórdãos posteriores: “Certo é, no entanto, que a indenização, como se tem assinalado em diversas oportunidades, deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve procurar desestimular o ofensor a repetir o ato” (o que configura fórmula genérica de *punitive damages*, em essência).

Quanto a esse segundo fator, trata-se de argumento comumente relacionado à vedação ao enriquecimento ilícito, muito embora as relações entre os dois institutos sejam muito menos próximas do que se costuma supor, tanto menos porque a noção de enriquecimento pressupõe uma exata quantificação de patrimônio e o bem moral é, por definição, imprestável a valorações financeiras precisas. Na verdade, o argumento traz, de forma implícita, certo preconceito estamental, servindo para veicular a ideia de que as condições materiais da vítima são parâmetros de sua condição moral, a ponto de distorcer a própria essência da reparação. Nesse sentido: “Finalmente, exclui-se dessa análise a capacidade econômica da vítima, porquanto tal aspecto está vinculado tão somente à atividade desenvolvida pelo agente ofensor. Apesar de opiniões contrárias, tem-se que a quantificação do dano moral pela diferença de porte econômico da vítima seria conduzir a questão a ponto de torná-la insustentável. Partindo-se de uma situação hipotética em que vítimas com marcantes distinções econômicas sofressem um dano moral de idêntica natureza, como no caso do atraso de um mesmo voo, a considerar o padrão econômico das vítimas como critério específico para a fixação do dano moral, chegar-se-ia à conclusão de que o direito da personalidade do ‘rico’ teria mais valor do que a do ‘não rico’, fato que atenta contra o princípio da igualdade, inscrito no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (cf. ARRUDA, 1999, p. 57-58)”⁴⁶.

Conforme ressaltado em nota constante de trabalho anterior⁴⁷, “é certo que atualmente vem ocorrendo uma mutação ainda incompleta quanto ao centro de gravidade da responsabilidade civil, que vem deixando de estar voltado primordialmente à ofensa (e, conseqüentemente, ao ofensor) para se transferir ao ofendido; nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes (*Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 29) salienta que “Com o advento da Constituição de 1988, fixou-se a prioridade à proteção da dignidade da pessoa humana e, em matéria de responsabilidade civil, tornou-se plenamente justificada a mudança de foco, que, em lugar da conduta (culposa ou dolosa) do agente, passou a enfatizar a proteção à vítima de dano injusto”. Mas tal mudança, s.m.j., deveria vir em benefício da vítima, e não em seu prejuízo, como parece ocorrer com a aplicação desse argumento. Com efeito, só em uma perspectiva que conceda mais valor ao ofensor do que ao ofendido seria possível afirmar que uma compensação

46 SANTANA, Héctor Valverde. “A fixação do valor da indenização por dano moral”. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 44, n. 145, jul./set. 2007.

47 FURRIER, Fábio Luis. “A atuação do STJ no exame do justo valor compensatório dos danos morais: como adicionar objetividade a partir de duas propostas de método”. In: *Revista de Processo*. São Paulo, RT, ano 37, n. 206, abr. 2012, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, p. 308.

originada de dano moral poderia ser causa de enriquecimento ilícito, quando destinada a pessoa que vive com limitadas condições materiais”.

Os tão invocados *punitive damages*, por sua vez, costumam aparecer de forma disfarçada em alguns acórdãos, porquanto ainda se encontram distantes de unanimidade em doutrina. Na prática, trata-se de conceito situado em posição diametralmente oposta ao polo em que opera a “condição econômica da vítima”, mas que com este se alinha no que tange à injustiça do critério em si mesmo considerado; se antes a indenização valeria de acordo com quem a sofreu e não de acordo com o dano, agora a indenização passaria a valer não de acordo com o dano, mas de acordo com quem o provocou. São, portanto, *distorções recíprocas* que, a rigor, não encontram respaldo constitucional no art. 5º, X, da CF/88; tal dispositivo vincula a reparação do dano moral ou material à *violação* destes e não a uma conjugação entre dano e fatores secundários que, sob o pálio de uma intenção moralizante, são invocados com base em uma pauta de valores impertinentes aos fins da justa reparação ao ofendido.

Tome-se agora o desenvolvimento do tema por autores ligados às lides trabalhistas. Em primeiro lugar, Mauro Schiavi⁴⁸:

“Sob o enfoque trabalhista, parte da jurisprudência e alguns autores sustentam que se deve aplicar analogicamente o art. 478 da CLT, sendo a indenização por danos morais um salário por ano de serviço.

Nesse sentido, destaca-se a seguinte ementa:

A indenização por dano moral, à falta de norma específica que disponha sobre os critérios para sua fixação, deve ser calculada adotando-se, por analogia, a regra da indenização por tempo de serviço. O seu valor deve ser igual à maior remuneração mensal do trabalhador multiplicada pelo número de anos ou fração igual ou superior a seis meses de serviço prestado (TRT da 8ª Região, 4ª T.A/C, RO 3795, Rel. Georgenor de Sousa Franco Filho).

Em que pese o posicionamento *supra*, entendo que a aplicação analógica do art. 478 da CLT embora possa ser justo em determinadas hipóteses, não é o melhor critério como regra geral, pois em muitos casos pode provocar indenização excessiva e em outros indenização módica para os prejuízos morais.

João Oreste Dalazen apresenta um critério bem elaborado para liquidação do dano moral, assim redigido:

48 Op. Cit., p. 277-9.

1º) compreender que o dano moral em si é incomensurável: como ensina o argentino Jorge Iturraspe, ‘a dor, as disfunções nos estados de ânimo, os ataques à personalidade e à vida de relação, as frustrações nos projetos de vida, assim como os danos estéticos, à harmonia do corpo, à intimidade, não podem ser traduzidos em dinheiro’. Deve compreender, portanto, a impossibilidade de fórmulas matemáticas com vistas a pre-estabelecer um número. Não deve constituir preocupação, pois, apurar uma soma pecuniária que corresponda ao valor intrínseco preciso dos bens morais ofendidos. Afinal, por exemplo, é estimável em dinheiro a honra ultrajada?

2º) considerar a gravidade objetiva do dano, como propõe Roberto Brebbia, o que significa avaliar a extensão e a profundidade da lesão, tomando-se em conta os meios empregados na ofensa, as sequelas deixadas, a intencionalidade do agente, etc.

3º) levar em conta a intensidade do sofrimento da vítima, que é um elemento marcadamente individual e variável, como bem assinala Adriano de Cupis; lesões igualmente graves do ângulo objetivo podem provocar sofrimento diverso às pessoas, segundo a maior ou menor sensibilidade física ou moral de cada um. Importa, assim, sempre ter presente a personalidade da vítima, aspecto sobremaneira relevante quando se atenta para a circunstância de que o dano moral nasce da lesão sofrida ao complexo psíquico-espiritual da vítima;

4º) considerar a personalidade (antecedentes, grau de culpa, índole, etc.) e o maior ou menor poder econômico do ofensor;

5º) não desprezar a conjuntura econômica do país. Inconcebível que o Poder Judiciário fixe o valor do dano moral ignorando essa realidade;

6º) pautar-se pela razoabilidade e equitatividade evitando, de um lado, valor exagerado e exorbitante ao ponto de levar uma situação de enriquecimento sem causa, ou à especulação, ou conduzir à ruína financeira o ofensor; de outro, evitando-se um valor tão baixo que seja irrisório e desprezível, a ponto de não cumprir sua função inibitória.

(...)

Acreditamos que o *quantum* da reparação deve estar balizado pelos seguintes critérios:

DOCTRINA

- a) reconhecer que o dano moral não pode ser valorado economicamente;
- b) valorar o dano no caso concreto, segundo as características de tempo e lugar onde ocorreu;
- c) analisar o perfil da vítima e do ofensor;
- d) analisar se a conduta do ofensor foi dolosa ou culposa, bem como a intensidade da culpa;
- e) considerar não só os danos atuais, mas também os prejuízos futuros, como a perda de uma chance;
- f) guiar-se o juiz pela razoabilidade, equidade e justiça;
- g) considerar a efetiva proteção à dignidade da pessoa humana;
- h) considerar o tempo de serviço do trabalhador, sua remuneração;
- i) atender à função social do contrato de trabalho, da propriedade e função social da empresa;
- j) inibir que o ilícito se repita;
- k) chegar ao acerto mais próximo da reparação, mesmo sabendo que é impossível conhecer a dimensão do dano. Por isso, deve apreciar não só os danos atuais como os futuros (perda de uma chance);
- l) considerar a situação econômica do país e o custo de vida da região em que reside o lesado.”

Sem dúvida, grande parte dos critérios apontados nessa explanação pode ser resumida às fórmulas mais sintéticas propostas pelo modelo civilista; há mais, porém. Considerar “a conjuntura econômica do país” como um critério imprescindível à fixação dos danos morais não é, realmente, algo peculiar ao pensamento civilista. A “perda da chance”, por sua vez, é hipótese que ainda procura seus melhores contornos na jurisprudência e na doutrina, e costuma ser, por enquanto, apresentada aos tribunais não a partir de uma projeção para o futuro, mas a partir de um caso concreto em que se possa verificar, em tese, uma oportunidade já desperdiçada e que se ligaria ao evento-base por uma relação de causa e efeito (cuja comprovação é, exatamente, o ponto mais controverso do tema). A hipótese de cálculo que toma por base um salário por ano de serviço, em aplicação analógica do art. 478 da CLT, é, salvo melhor juízo, insustentável em termos constitucionais, pois desvincula completamente a lesão provocada da reparação devida; aqui se demonstra como são problemáticas as tentativas

de se proceder a uma superposição absoluta entre atribuição de competência e direito material a ser aplicado. A competência da Justiça do Trabalho não pode levar à conclusão de que falta norma específica a dispor sobre critérios de fixação da compensação, pois, mesmo em perspectiva excessivamente legalista, verifica-se que a própria CLT permite o uso do “direito comum” como fonte subsidiária do direito do trabalho (art. 8º, parágrafo único).

No aspecto positivo, por outro lado, encontram-se em tais critérios menções claras ao contexto trabalhista – função social do contrato de trabalho, tempo de serviço do trabalhador – que, ao menos em abstrato, devem ser responsáveis por um enriquecimento da discussão, por meio da especialização de seus limites. Na mesma linha, em certa medida particularizando os critérios antigos em face da preexistência da relação de trabalho⁴⁹:

“O juiz deve, portanto, levar em conta os seguintes elementos para fixar a indenização:

- a) situação financeira dos litigantes;
- b) discernimento do ofensor sobre a gravidade do fato;
- c) gravidade do ato;
- d) grau de cultura e posição social do ofensor;
- e) estabelecer punição pedagógica, visando evitar a reincidência do ato;
- f) intensidade do dolo ou da culpa;

49 Cite-se, ainda, mais uma proposta de critérios vinculados à lide trabalhista, a título exemplificativo: “Cabe aos magistrados a difícil tarefa de fixar o valor da indenização do dano moral, por meio do arbitramento e de uma base, agora com maior ênfase após a vigência do Código Civil (...) de 2002, trilhando pelo caminho do bom senso, prudente arbítrio, equidade e razoabilidade, e, para isso, deverá examinar e valorar as circunstâncias relevantes de cada caso, como a natureza dos fatos e a prova produzida nos autos, e para dimensionar o dano e repará-lo, deve-se primeiramente compreender que o dano moral é imensurável, não existe fórmula eficiente de ressarcimento e nem de reparação integral e que a finalidade da indenização não é a reposição das partes ao *status quo ante*, como ocorre com os danos materiais, mas, sim, em proporcionar à vítima a satisfação de outros bens da vida, como forma de assegurar-lhe uma compensação pelo mal sofrido. Em seguida, devem considerar a gravidade objetiva do dano, a pretensão e repercussão do dano na vida pessoal, familiar, profissional, social da vítima; a intensidade do sofrimento da vítima; a personalidade do ofensor; o maior ou menor poder econômico do ofensor; a situação econômica do país; e, por último, dar o valor, que não seja exagerado, que não leve ao enriquecimento sem causa da vítima, a conduzir o causador do dano à ruína financeira, e de outro lado não dar uma indenização de valor irrisório, a ponto de não propiciar à vítima a devida compensação, a satisfação não de ter o fim do sofrimento, mas de ter uma compensação satisfatória” (BELLONI, Marcio. Op. Cit., p. 270).

- g) a repercussão da ofensa na sociedade e no ambiente de trabalho;
- h) posição social do ofendido, verificando a moral do homem médio. Empregados mais conhecidos na empresa devem ter indenização maior, se a divulgação é do conhecimento geral.”⁵⁰

4 – CONCLUSÕES

O que é possível, em resumo, vislumbrar a respeito desse grande amálgama em processo de gestação pela jurisprudência trabalhista?

Há, em primeiro lugar – e como se procurou demonstrar ao longo do texto – uma necessidade de equilíbrio; critérios puramente civilistas não justificam todo o longo e custoso percurso de mudança da competência (e não fazem justiça às expectativas criadas a partir dessa alteração), enquanto que critérios puramente trabalhistas não podem fornecer resposta adequada às pretensões deduzidas. Há, também, que se precaver dos excessos; nesse ponto, servem como referência as dificuldades de adequação que alguns critérios – embora de relativa aceitação – têm gerado na esfera civil. À jurisprudência trabalhista é dada, então, a oportunidade de não reincidir em caminhos equivocados, agora apenas disfarçados por um vocabulário autorreferente. *Punitive damages* é expressão que pode ser substituída por várias formulações semelhantes no contexto trabalhista; o mesmo se diga quanto à “situação econômica da vítima”. Mas a essência nada mudaria; nesse caso, como diria certa ala dos filósofos escolásticos, o nome da rosa não é a rosa.

Seguir por tais caminhos resultará, possivelmente, no agravamento de um problema já tormentoso. Conforme visto, a constatação de culpa do empregador nos acidentes de trabalho – tema fundamental para tais ações – tem sido obtida através da interpolação de normas específicas de segurança e higiene; nesse caso, condenações em danos morais calculadas pelo acréscimo de intenções punitivas (com lastro em um alegado fomento moralizante ao desestímulo da conduta lesiva) podem ser facilmente identificadas com um meio indireto de coerção sobre o empregador, numa tentativa de obrigá-lo ao cumprimento dessas normas específicas que, porém, não deixam de possuir sanções próprias de salvaguarda ao seu eventual descumprimento, assim como meios particulares de tutela. Não é necessário distorcer a teoria dos danos morais para obrigar uma empresa a fornecer equipamentos de segurança: ao contrário, presume-se que tais normas possuam preceitos próprios de coerção e façam parte de um amplo sistema no qual existam legitimados a propor ações judiciais de tutela

50 MARTINS, Sergio Pinto. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 116.

desses direitos (como o Ministério Público do Trabalho), de forma que a eficácia dessas normas independe da ocorrência de um dano – antes ao contrário: elas são, justamente, tão eficazes quanto forem capazes de evitá-lo⁵¹. Não deixa de haver incongruência, portanto, em certas relações de causa e efeito que aparecem implícitas no argumento punitivo; se a culpabilidade não decorre da ausência de um dever geral de cuidado, mas do descumprimento de uma norma jurídica específica de segurança do trabalho, os *punitive damages* não podem reprimir o primeiro dano, na medida em que são consequência dele; portanto, por trás da (justa) intenção protetiva, o que se tem, na verdade, é a evocação da memória perpétua de um mártir desnecessário.

O melhor molde à definição dos critérios de fixação da compensação aparenta ser, portanto, o mais difícil de ser manuseado: o da especialização sem distorção de conteúdo. Há, inegavelmente, uma necessidade de análise do fato danoso e das circunstâncias relativas aos agentes envolvidos em cada caso concreto a partir dos critérios básicos civilistas; porém, estes devem ser iluminados pelas especificidades da relação de trabalho preexistente – tão bem conhecidas da justiça que, finalmente, teve sua competência firmada para o exame da matéria. Seria hipótese de se invocar, por todos, o art. 1º, IV, da CF/88; se não por outro motivo, apenas pelo fundamento do valor social do trabalho já seria possível dar às consequências do dano ocorrido em acidente de trabalho uma contextualização mais adequada.

Haveria a mesma necessidade no que tange à criação de novos “itens” valorativos de duvidosa pertinência com o dano e com os agentes envolvidos? A resposta precisa ser buscada sem que se perca de vista o foco principal em qualquer discussão sobre o vasto tema da reparação integral; jamais deve ser olvidada a perspectiva trazida à questão por um outro princípio constitucional de enorme magnitude, que é a exigência de valorização da dignidade da pessoa humana. A melhor proteção depende da força do sistema; nesse sentido, somar a fixação da compensação por danos morais objetivos extraídos de contextos secundários (como a intenção de obrigar o empregador a cumprir normas de

51 “Após longo embate acerca da natureza dos institutos do embargo e da interdição, o Ministério do Trabalho fixou o entendimento, sedimentado no art. 21 da Portaria MTE nº 40/2011, de que não se tratam de medidas sancionatórias, mas, sim, acautelatórias, adotadas em caso de grave e iminente risco ao trabalhador. Tanto assim é que o referido artigo não impede sejam lavradas autuações por infrações constatadas, incorrendo, portanto, qualquer forma de *bis in idem*, bem como não há qualquer necessidade de ao embargo ou à interdição corresponder, necessariamente, uma infração à legislação trabalhista. O critério é, assim, o grave e iminente risco, o fundamento, a imprescindível prevenção/precaução de acidentes ou doenças do trabalho, e o mote, a saúde e segurança do trabalhador.” (GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. “Meio ambiente de trabalho. Prevenção e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo”. In: *Revista do Superior Tribunal do Trabalho*, vol. 78, n. 1, jan./mar. 2012, p. 272-3)

segurança que possuem outros tipos de tutela possível) pode levar o sistema reparatório como um todo ao descrédito, ocasionando resultado inverso. Para caracterizar esse perigo, basta notar que a pressão pelo acolhimento dos *punitive damages* é, na prática, equivalente a uma pressão contrária – pela repressão àquilo que se convencionou chamar de “indústria do dano moral”. Uma condenação altíssima é comemorada pelos que ali veem a instrumentalização de uma prevenção genérica na mesma medida em que é criticada pelos que veem um incentivo à mercantilização das relações sociais. Tudo isso, indistintamente, opera em prejuízo ao melhor desenvolvimento e aceitação da tutela reparatória em seus devidos limites. A rigor, essas duas posições são desnecessárias; elas só existem porque, cada qual em sua origem, buscam retirar do sistema reparatório utilidades que este não pode fornecer.

As dificuldades que se apresentam à justiça trabalhista para o julgamento das lides relacionadas aos danos morais decorrentes de acidentes de trabalho só existem, hoje, porque certas dicotomias do passado – para a qual concorriam intenções, ideias e (pre)conceitos advindos de muitas origens – foram superadas; há que se atentar, porém, para a existência de novas dicotomias, cuja escolha pelo fomento ou pelo abandono, nesse momento, incumbe de forma exclusiva à jurisprudência trabalhista que está a surgir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Cassio Mesquita. “Atualização das considerações sobre a competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 45”. In: *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, ano XV, n. 15, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2012

BELLONI, Marcio. “O dano moral no direito do trabalho”. In: *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 133, jan. 2009.

BRANDÃO, Cláudio. “As novas vertentes da competência da Justiça do Trabalho para julgar ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho”. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho? Análise crítica da jurisprudência do STF, do TST e do STJ após a EC 45/2004*. São Paulo: LTr, 2011.

CALURI, Lucas Naif. “A nova competência da Justiça do Trabalho”. In: ALMEIDA, Jorge Luiz de (Org.). *A reforma do judiciário – uma abordagem sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004*. Millennium.

CAVALHERI, Gilmar. “A competência da Justiça do Trabalho para as ações de dano moral decorrentes de acidentes do trabalho e a aplicação no tempo da Emenda Constitucional nº 45/2004”. In: *Revista TRT da 12ª Região*, n. 22, 2º semestre/2005.

- COSTA, Walmir Oliveira da. “Dano moral nas relações de trabalho: questões controvertidas após a Emenda Constitucional nº 45”. In: *Revista do TST*, Brasília, vol. 73, n. 2, abr./jun. 2007.
- CORRÊA, Lelio Bentes. “A reforma constitucional e a Justiça do Trabalho: perspectivas e desafios na concretização do ideal legislativo”. In: *Revista do TST*, Brasília, vol. 71, n. 2, maio/ago. 2005.
- DALAZEN, João Oreste. “A reforma do Judiciário e os novos marcos da competência material da Justiça do Trabalho”. In: COUTINHO, Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- FAVA, Marcos Neves. “Competência da Justiça do Trabalho para julgamento das ações de reparação de danos morais e materiais decorrentes das relações de trabalho – cinco anos da Emenda Constitucional 45 de 2004”. In: *Revista do TRT da 2ª Região*, São Paulo, n. 2/2009.
- FINCATO, Denise Pires. “Acidente do trabalho e teletrabalho: novos desafios à dignidade do trabalhador”. In: *Direitos fundamentais & justiça*. Porto Alegre, HS, ano 2, n. 4, jul./set. 2008.
- FURRIER, Fábio Luis. “A atuação do STJ no exame do justo valor compensatório dos danos morais: como adicionar objetividade a partir de duas propostas de método”. In: *Revista de Processo*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo, RT, ano 37, n. 206, abr. 2012.
- GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. “Meio ambiente de trabalho. Prevenção e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo”. In: *Revista do Superior Tribunal do Trabalho*, vol. 78, n. 1, jan./mar. 2012
- MARTINS, Sergio Pinto. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2007.
- MELO, Raimundo Simão de. “Competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar os pedidos de indenização por danos material e moral decorrentes das relações de trabalho”. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho? Análise crítica da jurisprudência do STF, do TST e do STJ após a EC 45/2004*. São Paulo: LTr, 2011.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. “Competência para julgamento das ações indenizatórias decorrentes de acidente do trabalho – jurisprudência dos tribunais superiores”. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho? Análise crítica da jurisprudência do STF, do TST e do STJ após a EC 45/2004*. São Paulo: LTr, 2011.
- RUBIN, Fernando. “Dano moral e material – processo judicial de reparação em acidente de trabalho (indenizatória acidentária)”. In: *Revista Magister de Direito do Trabalho*, n. 48, maio/jun. 2012.
- SANTANA, Héctor Valverde. “A fixação do valor da indenização por dano moral”. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 44, n. 145, jul./set. 2007.
- SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz (Org.). *Contos completos de Lima Barreto*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

DOUTRINA

SOUZA, Marco Antônio Scheuer de. *O dano moral nas relações entre empregados e empregadores*. Erechim: Edelbra, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88 – (des)estruturando a justiça*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUPINAMBÁ, Carolina. *Competência da Justiça do Trabalho à luz da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.